

Julia Serrano Trigueros

Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

~Delitos de discriminación~

I. INTRODUCCIÓN

El legislador español traza el concepto de dignidad de la persona como principio informador de todo nuestro ordenamiento jurídico configurado como un mínimo invulnerable, y ello porque la esencia misma del ser humano debe ser respetada siempre y ponderada junto con el resto de derechos. No es baladí el incremento de procedimientos que se viene produciendo en los últimos tiempos en nuestro país relativos por ejemplo a la difusión del discurso del odio o la incitación de actos de tal naturaleza a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, donde señala 40 registros de estos procedimientos, y manifiesta como se percibe la creciente e imparable incidencia de la utilización generalizada de estas herramientas con objetivos discriminatorios y de humillación y hostigamiento frente a los que son diferentes, y la necesidad de combatir duramente estas conductas para evitar que las enormes posibilidades que ofrecen estas tecnologías sean utilizadas perversamente poniendo en riesgo valores esenciales de nuestro Estado de Derecho como el pleno respeto a la dignidad de las personas y la vigencia del principio de igualdad de todos los seres humanos¹.

La Decisión Marco 2008/913/JAI «relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho Penal», tuvo como objetivo de todos los Estados miembros de la UE, el castigo de los delitos de carácter racista y xenófobo, al mismo nivel de «sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias». Europa optaba así, frente a la incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo de personas -o contra un miembro de dicho grupo- definido por la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico (...) por un modelo intervencionista, y adelantaba la barrera penal en la lucha contra dicho fenómeno, frente a otros modelos liberales en los que la respuesta contra los delitos de odio quedaba constreñida, en su caso, al simple reconocimiento de la facultad judicial

¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en 2016, p. 608.

de agravación de la pena cuando, en la comisión de cualquier delito, se apreciara y se acreditara, un ánimo discriminatorio o de odio².

La LO 1/2015 de 30 marzo, determinó en nuestro Código Penal, la reforma de la regulación del art. 510 CP influida por la trasposición de la Decisión Marco citada, acometida, según explicaba el Preámbulo de dicha Ley, ocupándose de «dos grupos de conductas». Por una parte, y con una penalidad mayor, de las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos.

Por otra parte, de los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes, con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia³.

II. DELITOS DE DISCRIMINACIÓN.

² GÓMEZ MARTÍN, 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 (RECPC). N° 18-20, 2016, pp. 2-3.

³ La STS 259/2011, de 21 de abril, caso que se denominó “Librería Kalki”, ya había acotado el tipo penal del art. 510 CP: «Principalmente después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente tras la constatación de algunos de los hechos cometidos bajo el nazismo, se consideró necesaria la reacción de la Humanidad contra las ideas y las conductas genocidas. Lo ocurrido en la segunda mitad del Siglo XX, e incluso en la década ya consumida del siglo XXI, demuestra que la configuración de métodos, sistemas o medidas de reacción contra el peligro de que esas conductas se ejecuten nuevamente sigue siendo imprescindible. Y no solo desde proclamaciones más o menos contundentes, sino mediante políticas activas, bien de carácter positivo a través de la educación, formación e información; o incluso llegando a la sanción penal para los casos más graves. Todas ellas orientadas a evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos o de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana.(...) El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

La rúbrica del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código penal, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», sirve para englobar diferentes delitos que sólo tienen en común el que su realización se produce por utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, como el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22), o por limitar o conculcar otros derechos fundamentales como el de la libertad religiosa y las creencias religiosas (art. 16) y el derecho a no ser discriminado (art. 14).

En la Sección 1ª del Capítulo IV se tipifican los delitos de discriminación. La no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está recogido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto nacionales, como internacionales. Así lo reconocen expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2) y la Constitución española de 1978 (art. 14). Complemento de este derecho es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias, etc., pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana aparece, pues, como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico.

Las figuras relacionadas con la discriminación y la xenofobia han sufrido una importante modificación en la reforma operada por LO 1/2015, que ha dado nueva redacción a los artículos 510, 511 y 512 y ha introducido un nuevo artículo 510 bis, destinado a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito previsto en el artículo 510. En el actual art. 510 del C. P. se incluyen tres clases distintas de delitos, que son los delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia. En cuanto al sujeto pasivo de tales conductas el mismo es común, ya que está referido a un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice 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.

Se añade con la nueva regulación la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; así mismo se introducen matizaciones respecto a la descripción del elemento subjetivo que forzosamente deben concurrir en la actuación del sujeto activo del delito. También se añade el concepto de la identidad sexual frente al anterior de orientación sexual, por lo que extiende la punición a supuesto de transfobia, y sustituye el término minusvalía por el de discapacidad, ello en consonancia con la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴.

1. Provocación a la discriminación

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 510.1 del C.P, tipifica tres conductas punibles:

- a) En el apartado a) del artículo 510.1 CP, se castiga el fomento, la promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo (un grupo o individuos pertenecientes a él) por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.

MUÑOZ CONDE⁵ señala que en este apartado se castigan conductas provocadoras con motivación discriminatoria de grupos y personas pertenecientes a esos grupos. Se trata de conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan aunque no se produzca ésta. Pero el apartado a) exige que «públicamente» fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia y exige una motivación que puede ser racista, o discriminatoria por razón de la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad. Al incluir también la incitación «indirecta», el precepto va más allá del concepto de apología que da el art. 18,1, que exige para que la apología sea delito como

⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), p. 174.

⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; p. 680.

forma de provocación el que por su naturaleza y circunstancias constituya una «incitación directa a cometer un delito», pero la STC 214/1991, de 17 de diciembre, refiriéndose concretamente a la apología del genocidio (anterior art. 607.2 CP), consideró que era suficiente para justificar el castigo de estas conductas el que las mismas supongan una incitación indirecta o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia.

b) La letra b) del artículo 510.1, castiga a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia 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.

Estas conductas no tienen precedente en el Código Penal anterior a la reforma de 2015, y castiga comportamientos preordenados a la realización de la conducta. Serían comportamientos previos a los de la letra anterior y constitutivos de un menor desvalor jurídico-penal. VIVES ANTÓN⁶, señala que en la nueva regulación se equiparan, pues, conductas bien distintas, hasta el punto de asimilar la distribución con la posesión para la distribución, una conducta que estima que se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal Constitucional consideró como punto de arranque para poder castigar penalmente en la regulación anterior.

c) Las conductas sancionadas en el art. 510.1 letra c), consistente en negar, trivializar gravemente o enaltecer, públicamente en los tres casos, 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

⁶ VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 670.

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.

En este apartado se incluyen y se amplían las conductas que antes de la reforma de 2015 se tipificaban exclusivamente como apología del delito de genocidio, incluyendo también la de los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Las conductas típicas consisten en negar, trivializar gravemente o enaltecer estos delitos, o enaltecer a sus autores, siempre que se cometan por motivos racistas o discriminatorios contra grupos o contra una persona determinada por su pertenencia a esos grupos. La inclusión del llamado «negacionismo» entre estas conductas, es decir, el simple hecho de negar que se hayan cometidos estos delitos, fue considerada por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, como inconstitucional en relación con la anterior apología del genocidio, pero dicha sentencia dejó abierta la posibilidad de que se pudiera castigar en la medida en que la negación de estas conductas fuera un medio idóneo para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, que es lo que castiga ahora este precepto.

2. Delitos contra la integridad moral y de enaltecimiento con finalidad discriminatoria

Tras la reforma de 2015 se castiga en el apartado 2 del art. 510, con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, una serie de conductas que en sí mismas constituyen delitos contra la integridad moral o de enaltecimiento referidas a los grupos y personas mencionados en el art. 510. En este apartado se tipifican dos conductas de diferente contenido.

Por un lado, en la letra a) se castiga a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de los grupos o personas mencionados en el art. 510; y a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de dichas personas. Esta conducta, que no se recoge en la Decisión Marco antes señalada, se ha introducido como una modalidad equivalente a los delitos contra la integridad moral que se tipifican en el Título VII. La razón de su

incriminación no es ya sólo el enaltecimiento de conductas delictivas, que se castiga en la letra b) de este apartado segundo, sino la humillación de sus víctimas⁷.

Como ya se puso de relieve en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en muchos casos el enaltecimiento de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, se hace a costa de la humillación de las víctimas, argumento que se repite en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. MUÑOZ CONDE⁸, señala que es discutible aquí el castigo de la posesión con finalidad de distribución o difusión de material idóneo para provocar la humillación. El Tribunal Constitucional tiene dicho que ni la apología de los verdugos, ni las manifestaciones vilipendiadoras, ni la humillación de las víctimas integran el derecho a la libertad de expresión (SSTC 214/1991, de 17 de diciembre; 176/1995, de 11 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre). Eso es algo que está fuera de toda duda. CUERDA ARNAU⁹ señala que la cuestión es si no basta con los delitos de injurias o contra la integridad moral para tutelar a las víctimas y si castigar, como aquí se hace, la tenencia de libros es compatible con un régimen de libertades.

Por otro lado, en la letra b) se castiga a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra los grupos o personas y con las motivaciones mencionadas en el art. 510, siempre que no se trate de los delitos incluidos en la letra c) del apartado 1.

a) Tipos cualificados.

En el párrafo último del apartado 2 se contiene una cualificación (uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses) para los hechos previstos en ese apartado cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

En el apartado 3 se dice que las penas previstas en los apartados anteriores, 1 y 2, 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. Y en el apartado 4 se contiene otra cualificación cuando los

⁷ CHACÓN LEDESMA, Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace: <http://federacionkamira.es/wp-content/uploads>.

⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 678.

⁹ CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 668

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, en cuyo caso se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

El apartado 5 dispone que en 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.

b) *Medidas.*

En el apartado 6 se dispone 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 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.

c) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

La reforma de 2015 prevé en el art. 510 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con los delitos tipificados en el art. 510 (en realidad el art. 510 bis se remite a «los dos artículos anteriores», aunque la referencia al art. 509 parece ser más bien un error material del legislador).

El art. 510 bis CP establece:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31bis 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 66bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

3. *Discriminación en los servicios públicos.*

El artículo 511 del CP, establece:

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

La conducta típica consiste en denegar una prestación pública a la que tenga derecho una persona física o jurídica, por parte de un funcionario o un particular encargado de un servicio público, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad. Se trata así de un delito doloso, de mera actividad, que puede cometerse por acción (denegando) u omisión (no revocando la denegación), en el que se castiga la realización de conductas discriminatorias en el acceso al disfrute de un servicio público que le corresponde a alguien en virtud de la normativa administrativa, por alguno de los motivos que, taxativamente, son descritos en el tipo penal.

4. Discriminación profesional o empresarial

El artículo 512 del CP, tipifica la denominada discriminación profesional o empresarial,

“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”.

La conducta típica es prácticamente idéntica a la contenida en la infracción del artículo 511 del CP, por lo que, en relación con la tipicidad objetiva y subjetiva, nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Las diferencias entre las infracciones de los artículos 511 y 512 CP radican en los sujetos (activo y pasivo) y en el objeto material. En el delito previsto en el art. 512 CP puede ser sujeto activo cualquier persona que deniegue una prestación en el desempeño de su actividad profesional o empresarial, sin que la prestación a la que se tenga derecho sea de carácter público. Asimismo, el delito

de denegación discriminatoria en el sector privado excluye incomprensiblemente a las personas jurídicas como eventuales sujetos pasivos, a pesar de ser perfectamente imaginables situaciones de discriminación contra ellas.

Especial dificultad de este tipo delictivo lo entraña la referencia a una prestación a la que se tenga derecho, sin que haya una concreción normativa de dicho derecho. Parece, pues, que estos supuestos van referidos a situaciones donde, en principio, todo el colectivo social puede ser beneficiario de una prestación, pero la denegación provenga de un motivo discriminatorio a los que alude el tipo penal.

III. CONSIDERACIONES DOCTRINALES A LA CRIMINALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO.

Como hemos señalado, el nuevo artículo 510 CP es más amplio que su precedente porque no sólo incorpora la conducta antes prevista en el artículo 607.2 CP, sino porque el legislador ha decidido castigar cualquier conducta que de manera directa o indirecta incite o favorezca las actitudes y sentimientos xenófobos o discriminatorios, yendo indiscutiblemente mucho más allá de lo obligado por la Decisión Marco 2008/913/JAI. CUERDA ARNAU¹⁰ plantea que el adelantamiento de la intervención penal que se ha producido supone, en unos casos, problemas de colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión y, en otros, consecuencias difícilmente compatibles con el principio de prohibición de exceso y, más concretamente, con las exigencias de Delitos contra la Constitución, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto derivadas del mismo. No se olvide que el anterior artículo 607.2 CP ya tuvo que afrontar una cuestión de inconstitucionalidad que se zanjó con una sentencia interpretativa (STC 235/2007, de 7 de noviembre), en la que, por cierto, se encuentra el origen de algunas referencias típicas con las que el legislador ha pretendido eludir objeciones de inconstitucionalidad.

Junto a la ampliación del ámbito típico, se incrementan sustancialmente las penas, que, en virtud de lo dispuesto en el número 4 del artículo 510 pueden llegar a los 6 años de prisión. Además, en todos los casos es obligado imponer una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un tiempo superior de hasta 10 años al de la duración de la pena impuesta. Por otra parte, obsérvese que se impone la destrucción, borrado o inutilización de los libros,

¹⁰ CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 667.

archivos, etc., consecuencia que, por las evocaciones que sugiere, no deja de producir cierta inquietud.

El precepto, antes y, en mayor medida, ahora, ha suscitado un enconado debate doctrinal entre quienes se muestran decididamente favorables a la intervención penal en este ámbito y quienes se manifiestan en contra o, al menos, muestran los recelos que suscita castigar conductas en ocasiones muy cercanas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ señala que la doctrina penal ha discutido ampliamente dicha cuestión analizando si los anteriores artículos 510 y 607.2 del Código Penal suponían una intervención injustificada del ius puniendi del Estado y en consecuencia, violaban la libertad de expresión, siendo la opinión mayoritaria partidaria de considerar que tal derecho fundamental encuentra sus límites en manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro, correspondiéndose tal opinión doctrinal con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹.

El debate, sin embargo no está finalizado porque debe deslindarse de forma adecuada el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, ya que una sociedad democrática exige la defensa de los distintos discursos políticos, no siendo factible castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática. Además no deben descuidarse las consecuencias que para el Estado Democrático de Derecho puede conllevar el que se ha denominado «efecto desaliento», en el sentido de que exponía la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999, al referir que una reacción penal excesiva puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión o de información, “(...) *ya que sus titulares sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada*”, por lo que exige proporcionalidad en la reacción penal¹². Así, el propio TC señala que con la medida punitiva se persigue desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, pero una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que podrían calificarse como concomitantes o colaterales, y que

¹¹ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), Nº 12 (julio de 2014), p. 174.

¹² STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997. Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada. Vulneración del derecho a la legalidad penal: principio de proporcionalidad. Votos particulares. BOE 197 de 18 de agosto de 1999.

desalentarían el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los asuntos públicos, lo que tiene una indudable trascendencia ya que cuando la conducta lícita en ejercicio de un derecho fundamental se desalienta, se plantea un grave problema desde la óptica de que los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo¹³.

IV. CONCLUSIONES

Merece la pena concluir con unas palabras para la reflexión, publicadas por el TS tras el fallo de la STS 259/2011, Sala 2ª de lo Penal, de 12 de Abril de 2011 ("Librería Kalki") que absolvió por los delitos del art. 510.1, 51.5.2 y 607.2 CP a los acusados que habían sido condenados en primera instancia: *“El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que sólo se castigan los actos y no las ideas o las personas en si mismas consideradas, se pone a prueba en los delitos del odio, ya que, indudablemente, son las ideologías del odio las reprobables penalmente. El adelanto de la barrera punitiva que suponen los tipos penales de estas características no debería ser neutralizado al amparo de una libertad de expresión, que, en definitiva y para estas ideologías, forma el caldo de cultivo del odio y que, tarde o temprano, se traduce en horrendos crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar unas de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo”*.

BIBLIOGRAFÍA

CHACÓN LEDESMA, Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace: <http://federacionkamira.es/wp-content/uploads>.

CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

DE DOMINGO PÉREZ, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento». Dialnet. Revista de estudios políticos, Nº 122, 2003.

¹³DE DOMINGO PÉREZ, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento». Dialnet. Revista de estudios políticos, Nº 122, 2003, p. 151.

GÓMEZ MARTÍN, 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 (RECPC). 18- 20, 2016.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014).

VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
