

VALORACIÓN CRÍTICA DE LA CIRCULAR 7/2019 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LAS PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS DELITOS DE ODIO DEL ART. 510 DEL CÓDIGO PENAL

*M^a Concepción Molina Blázquez, Prof^a Ordinaria de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas (ICADE), España*

1. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2015, de 30 de marzo, llevó a cabo una profunda modificación de los preceptos del Código penal destinados a sancionar conductas que se vinculan con los fenómenos del «discurso del odio»¹ y del «negacionismo»², realidades que se enmarcan bajo el paraguas más amplio de lo que se ha dado en denominar «delitos de odio»³. Todos estos términos se han importado, en los últimos tiempos, de ordenamientos de Common Law (fundamentalmente, de EE.UU.), y nuestra legislación no los ha acogido, al menos de momento, ni a nuestro juicio, debería hacerlo puesto que, por definición, el odio es

¹ La Recomendación 15 (2015) de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio, entiende por discurso del odio “fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”.

² El término negacionismo se utiliza para comprender los supuestos de negación, justificación y minimización de los delitos de genocidio.

³ La doctrina viene entendiendo por «delitos de odio» aquellas infracciones penales en las que la conducta del autor viene motivada por un prejuicio hacia la víctima por pertenecer a un colectivo concreto. Las infracciones penales relacionadas con el discurso del odio y el negacionismo no serían sino modalidades concretas de delitos de odio. Sobre este tema, véase Delitos de odio; Guía práctica para la abogacía (2018) p. 12-14.

una emoción, y un derecho penal de hecho como lo es el nuestro se concilia mal con la idea de la existencia de delitos que consistan en emociones. Sin embargo, la terminología «delitos de odio» cada vez gana más adeptos, por lo que la emplearemos en esta comunicación.

El nuevo y extenso art. 510 del CP, fruto de la LO 1/2015, vino a sustituir el contenido de los anteriores arts. 510 (provocación a la discriminación, al odio y a la violencia) y 607.2 (negación o/y justificación del genocidio), ampliando notablemente el ámbito típico de las conductas que se inculcaban en ellos⁴. Además, se incorporó el contenido del art. 510 bis de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de los delitos del art. 510.

Según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 los objetivos perseguidos por la reforma fueron los de introducir los criterios derivados de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007⁵, y la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Con fecha 14 de mayo de este año, cuatro años después de la reforma legal, la Fiscalía General del Estado ha emitido la Circular 7/2019, que contiene las Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal⁶.

El objeto de esta comunicación es el análisis y valoración de la Circular 7/2019, por lo que nos ceñiremos a su contenido, es decir el art. 510 del

⁴ La doctrina mayoritaria había estado realizando una interpretación restrictiva de los tipos relativos al discurso del odio y al negacionismo. Esa interpretación restrictiva fue cuestionada por el Fiscal Coordinador de los Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, Aguilar García, que achacaba a la misma la escasa aplicación del art. 510 y proponía su reforma. Según Alastuey Dobón (2016) 16-17 la reforma del art. 510 se ha inspirado sin duda en las propuestas Aguilar García.

⁵ Establecía el art. 607.2, en su redacción anterior a la reforma de 2015, que “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que (*nieguen o*) justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. La STC núm. 235/2007 declaró inconstitucional y nula la inclusión del término «*nieguen o*» e interpretó todo el resto del artículo exigiendo que las conductas supusieran una incitación al odio o la hostilidad para ser punibles.

⁶ La Circular se ha publicado en el BOE de 24 mayo 2019, núm. 124.

CP, aunque antes de comenzar queremos dejar constancia de que a nuestro juicio no cabe duda de que bajo el término «discurso del odio» se deben recoger también el contenido del art. 578 del CP, que castiga el enaltecimiento y justificación públicos del terrorismo y los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del mismo, y del 579.1, la difusión pública de mensajes o consignas que tengan como finalidad, o por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de actos terroristas. La prueba evidente de ello es que la propia Circular 7/2009 utiliza ejemplos de conductas que han sido consideradas constitutivas de estos delitos para ilustrar cómo debe interpretarse el art. 510 del CP.

2. CONTENIDO DEL ART. 510 DEL CP TRAS LA REFORMA DE 2015

El actual art. 510 contiene seis tipos básicos y varios tipos agravados.

Los tipos básicos están contenidos en los números 1 y 2 del art. 510, que comparten los siguientes elementos comunes:

- a) Todos identifican un «grupo diana» al que viene referida la conducta típica. A este respecto hay que tener en cuenta dos cuestiones: 1) que la conducta típica puede dirigirse contra el grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al grupo, pero que en todo caso el objeto material del delito se identifica con el «grupo diana» (homosexuales, judíos, mujeres...); y, 2) lo que identifica al «grupo diana» es la pertenencia de sus miembros a una ideología, religión o creencia, situación familiar, etnia, raza o nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.
- b) Todas las modalidades típicas son dolosas, y contienen un «elemento tendencial»; el sujeto activo tiene que haber realizado la conducta por motivos discriminatorios, o como el legislador se siente en la necesidad de especificar, «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, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad»).

El Art. 510 .1, contiene tres tipos básicos, castigando, con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia *contra* [«grupo diana»] *por motivos* [«elemento tendencial»].
- 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* [«grupo diana»] *por motivos* [«elemento tendencial»]
- 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 hubiera cometido *contra* [«grupo diana»] *por motivos* [«elemento tendencial»], cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos

El art. 510.2 contiene otros tres tipos básicos -dos de ellos en la letra a)- y un tipo agravado para la modalidad de la letra b); se castiga con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, a:

- a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de [«grupo diana»] por motivos [«elemento tendencial»] 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 [«grupo diana»].
- b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra [«grupo diana»] por motivos [«elemento tendencial»], 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.

Los tipos agravados, de aplicación a todas las modalidades básicas, están contenidas en los números tercero y cuarto del art. 510. Según el art. 510.3 las penas se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hayan llevado a cabo a través de un medio de comunicación social accesible a un elevado número de personas; mientras que el art. 510.4 obliga a imponer la pena en la mitad superior, pudiendo llegar a elevarse a la pena superior en grado, cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en los integrantes del grupo diana.

Por otra parte, debe señalarse que el núm. 5º del art. 510 prevé la imposición de una pena de inhabilitación especial para profesiones y oficios que tengan relación con ámbitos formativos y de ocio de cualquier clase, tratando de evitar así que las personas condenadas por estos delitos puedan ejercer influencia negativa sobre los más jóvenes⁷. Así mismo, en el art. 510.6 se imponen, como una suerte de consecuencias accesorias, medidas destinadas a hacer desaparecer los soportes físicos o tecnológicos que hayan sostenido materialmente los contenidos delictivos o/y bloquear o interrumpir el acceso a los mismos cuando estos se hayan perpetrado vía internet.

Por su parte, el art. 510 bis establece que también las personas jurídicas pueden ser responsables criminales de los delitos contenidos en el art. 510 y señala las penas que se les pueden imponer.

Aunque valorar la actual regulación penal del «discurso del odio» y el «negacionismo» no es el objeto de esta comunicación, sí queremos dejar constancia de que la doctrina penal hace una crítica demoledora de la misma. A título ejemplificativo, para Teruel Lozano (2015) es un “auténtico engendro penal” (p.32) y para Alastuey Dobón (2016) resulta “sencillamente incomprensible si se examina a la luz de la interpretación doctrinal de los preceptos derogados, de las propuestas de *lege ferenda* formuladas desde la crítica de los citados preceptos, así como de los criterios jurisprudenciales que comenzaban a asentarse al respecto” (p.3).

3. LA CIRCULAR 7/2019 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

3.1. El contenido de la Circular 7/2019

⁷ La duración de la pena será superior entre 3 y 10 años a la pena privativa de libertad que se imponga en la sentencia.

La Circular 7/2019 da comienzo con una Introducción en la que se recuerdan los objetivos de la LO 1/2015, que modificó los arts. 510 y 607.2, recogidos en su Exposición de Motivos, cómo todos los indicadores apuntan a un incremento de los delitos de odio, fomentados por el uso de las nuevas tecnologías, y recuerda las actuaciones realizadas por la propia Fiscalía General para abordar esta problemática, singularmente la creación de la figura del Fiscal de Sala Delegado para la tutela penal de la igualdad y la no discriminación. La Introducción concluye con la afirmación de que los contornos del artículo 510 son muy difusos y que quizás ello esté dificultando la detección y sanción de la variedad de conductas que presenta el fenómeno de la «intolerancia excluyente».

En segundo lugar, se abordan las cuestiones que son comunes a todo el art. 510 y que, según la propia Fiscalía, además de coadyuvar al correcto entendimiento del fenómeno, permiten dar pautas interpretativas generales para identificar correctamente las conductas que merecen reproche penal. Estas características comunes se refieren al bien jurídico protegido; a la delimitación de las conductas típicas en relación a la libertad de expresión, a la naturaleza jurídica de los delitos; al sujeto pasivo y al contenido subjetivo de los tipos.

En tercer lugar, se ocupa la Circular de ir analizando cada uno de los tipos concretos contenidos en el art. 510, recurriendo a las definiciones que aporta la Recomendación núm. 15 ECRI y a la doctrina jurisprudencial del nuestro Tribunal Constitucional y Supremo para ejemplificar las conductas que pueden ser consideradas constitutivas de cada una de las modalidades típicas. A este respecto llama desde luego la atención que la Circular vaya señalando las diferencias entre el contenido típico del art. 510 y lo exigido por la DM 2008/913/JAI, para dejar constancia del mayor alcance sancionador de éste y que no se haya recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para ilustrar en qué pueden consistir las conductas que se sancionan.

Para acabar, la Circular aborda otras cuestiones de carácter más general; la interpretación de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4^a, por su vinculación con el listado del art. 510; el régimen penológico y la suspensión de la ejecución de la pena; las consecuencias accesorias, en cuanto a los soportes del delito y a la comisión del delito por internet, y la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento en relación con ellas; y, por último, acaba remitiendo, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la

comisión de los delitos del art. 510 a la Circular 1/2016, de 22 de enero, de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente debe señalarse que la propia Circular recoge en sus últimas páginas un interesante resumen de su contenido bajo el título Conclusiones.

3.2. Valoración crítica de la Circular 7/2019: ¿qué ha aportado?

3.2.1. El bien jurídico protegido y las consecuencias que se siguen de la elección del mismo

Una de las cuestiones que más debatió la doctrina respecto del delito contenido en el anterior art. 510 fue la del bien jurídico protegido, barajándose diversas propuestas que se pueden agrupar en torno a dos polos; la consideración de un bien jurídico de carácter individual o de carácter supraindividual. Tanto las propuestas de un signo como del otro trataban de conseguir una interpretación restrictiva del art. 510, porque a juicio de la doctrina este artículo infringía directamente el principio de mínima intervención penal, ya que adelantaba de forma alarmante las barreras de protección y contenía «delitos de opinión».

3.2.1.1. La Circular 7/2019 claramente se decanta por considerar que el bien jurídico que se protege en el art. 510 es de carácter *supra individual* y consiste en *la dignidad del ser humano como elemento vertebrador del orden constitucional y, por ende, del sistema de derechos y libertades propios de una sociedad democrática*. Es por eso que tiene sentido ubicar sistemáticamente el art. 510 entre las infracciones contra la Constitución (Título XXI del Libro II CP) y no entre los delitos que protegen bienes jurídicos personales. En consonancia con esta idea, recuerda la Circular que ya la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1991, de 11 de noviembre, argumentó que “la dignidad humana -junto con «los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás»- se constituye como el «fundamento del orden político y de la paz social» (FJ núm. 8)”.

Que la dignidad es el bien jurídico que se protege, y no la igualdad o el derecho a no ser discriminado, y que se concibe como bien jurídico supra individual queda claro desde el momento en que la Circular insta a los Sres./Sras. Fiscales a

“valorar si la conducta del sujeto activo supone no sólo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio. Para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción u omisión sólo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo. Supone, en definitiva, un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia.” (Circular 7/2019, pp. 4-5)

El texto transcrito resulta, a nuestro juicio, muy significativo en tanto que está instando a los fiscales a que consideren que sólo se pueden subsumir en la categoría de delitos de odio conductas muy graves, expresivas de una intolerancia incompatible con la convivencia democrática, y que supongan un desprecio para la dignidad del ser humano.

3.2.1.2. Esta consigna de cautela sigue presente en la Circular a la hora de abordar si el derecho a la libertad de expresión debe quedar limitado por «discurso del odio». Así es, la Circular parte de que la libertad de expresión en un pilar básico del Estado democrático, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, aunque no se trata de un derecho absoluto, sino que encuentra su límite en la dignidad de la persona, y por ello no ofrece cobertura al «discurso del odio». De ahí que sea necesario que en cada caso concreto se examine si las conductas que se pretenden subsumir en el art. 510 exceden, o no, los márgenes de la libertad de expresión.

Muy significativo resulta, a nuestro juicio, que la Circular haga en este contexto expresa mención de la falta de definición unívoca de lo que debe entenderse por «discurso del odio», y recuerde que “en un entendimiento cabal de los principios de última ratio y de intervención mínima, el Legislador no ha podido pretender una sanción penal para cualquier expresión de lo que, en definitiva, es un sentimiento humano como el odio” (Circular 7/2019, p. 6). Tras esta afirmación la Circular hace un recorrido por los textos normativos europeos y la jurisprudencia de nuestros tribunales, constitucional y supremo, tratando de dar contenido a la expresión «discurso del odio», para concluir afirmando que se trata de un concepto “esencialmente valorativo, que debe estar apegado a una realidad social que, como tal, es cambiante” (Circular 7/2019, p. 8)

Creemos que ni a la propia Fiscalía se le oculta el peligro de manipulación e ideologización que conllevan todos los elementos valorativos, y que es por eso que finaliza este apartado buscando *criterios objetivos* para determinar si las conductas concretas quedan amparadas, o no, por la libertad de expresión, “sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar necesariamente, en los casos de duda” (Circular 7/2019, p. 9. Estos criterios objetivos los encuentra la Circular en la Recomendación núm. 15 de la ECRI -que recoge los criterios del Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas para fijar el umbral de las expresiones que deben ser consideradas delictivas-, y en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 646/2018 que estable los requisitos que debe reunir la conducta «generadora de odio» para poder ser considerada delictiva.

La lectura de los criterios de la Recomendación, y de los requisitos a los que se refiere el Tribunal Supremo, dejan claro que la Fiscalía General considera que solo las conductas muy graves en las que la/s víctima/s se hayan elegido por «motivos discriminatorios» y con el ánimo de agredir al «grupo diana», que tengan la virtualidad de crear sentimientos de humillación, inseguridad o amenaza a todo el «grupo diana» y que lesionen las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y tolerancia de forma que toda la sociedad se vea concernida por la conducta, quedarán fuera del amparo de la libertad de expresión. Es decir, que la Fiscalía está inclinándose por una postura restrictiva a la hora de aplicar el art. 510 del CP.

3.2.1.3. La Circular 7/2019 aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de los «delitos de odio» utilizando distintos fragmentos de las sentencias dictadas en los últimos años por nuestro Tribunal Supremo para avalar su postura de que, salvo la conducta contenida en el art. 510.2.a), se trata de delitos de peligro abstracto. A continuación, matiza esta afirmación considerando que el delito del art. 510, con la salvedad hecha del 510.2.a), “no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes” (Circular 7/2019, p. 11).

A nuestro juicio afirmar que el art. 510 contiene delitos de peligro abstracto/hipotético, como hace la Circular, es erróneo⁸ porque si se parte de que el bien jurídico protegido es la «*dignidad de la persona en tanto que bien supra individual que vertebrada el orden constitucional*», y de que las conductas que caen bajo el paraguas del «discurso del odio» solo pueden ser consideradas delictivas en tanto que agreden a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, la conclusión lógica sería la afirmación de que todos los tipos del art. 510 constituyen delitos de lesión de ese bien jurídico supra individual.

Otra cosa distinta es que la dignidad de la persona, como pilar vertebrador del orden constitucional y bien jurídico protegido en el art. 510 CP, se considere lesionado solo por aquellas conductas que sean «generadoras de odio, hostilidad, discriminación o violencia», actitudes que expresan una intolerancia excluyente hacia el diferente, el «grupo diana». Es decir, se considerarán lesivas del bien jurídico las conductas susceptibles de propiciar una situación de riesgo real, aunque sea potencial, para las personas que integran el «grupo diana».

3.2.1.4. De manera congruente con la elección de un bien jurídico de carácter supra individual para los delitos del art. 510, la Circular considera que el sujeto pasivo de estos delitos es de carácter colectivo y no individual.

Respecto de los colectivos, los «grupos diana», la Circular aclara tres cuestiones: a) Los «grupos diana» son un número clausus, por lo que no se incluye ni la aporofobia ni la gerontofobia; b) No es necesario demostrar la vulnerabilidad del «grupo diana»; c) El valor ético del «grupo diana» es indiferente, así, por ejemplo, los nazis pueden ser «grupo diana» a los efectos del art. 510 CP. Esta última afirmación, que ha levantado una acerva crítica contra la Circular entre los defensores de los derechos humanos, es quizás la que más patente hace que la Fiscalía considera que es muy fácil ideologizar el contenido del art. 510 y que no debe hacerse.

3.2.1.5. La problemática del bien jurídico protegido no estaría completa si no se hiciera ahora referencia a dos cuestiones que la Circular aborda más adelante, en los apartados dedicados al análisis de los tipos concretos contenidos en el art. 510 CP.

⁸ La confusión suele ser frecuente cuando se aborda la interpretación de delitos con bienes jurídicos supra individuales contruidos sobre la puesta en peligro de bienes jurídicos de carácter individual, por ejemplo, los delitos contra la seguridad vial.

Por una parte, la Circular al analizar el tipo contenido en el art. 510.1.a), afirma que el bien jurídico protegido (la dignidad de la persona) es un bien personalísimo y que ello “impediría la apreciación de un delito continuado (por aplicación de lo dispuesto en el art. 74.3 CP) cuando se realicen varias acciones contra «grupos diana» distintos y/o por motivos diferentes. En estos casos la calificación sería la de concurso real de delitos, a sancionar conforme a los criterios expuestos en los arts. 73 y concordantes CP” (Circular 7/2019, p. 20).

Consideramos esta postura errónea. Partiendo, como hace la propia Circular, de que el bien jurídico es *la «dignidad del ser humano como elemento vertebrador del orden constitucional»*, es decir un bien jurídico supra individual, no puede afirmarse después que se trata de un bien jurídico personalísimo. Así es, si lo que se protege en estos tipos es la dignidad como bien jurídico personalísimo no tiene sentido su ubicación sistemática entre los delitos contra la Constitución, en ese caso las conductas deberían ubicarse entre los delitos que protegen los bienes jurídicos individuales, en el art. 173, por ejemplo. Naturalmente si consideramos que el bien jurídico es supra individual y no personalísimo podremos apreciar, en su caso, una continuidad delictiva en algunos de los supuestos en los que se realicen varias acciones contra «grupos diana» distintos y/o por motivos distintos.

Por otra parte, al analizar el contenido del art. 510.2.a) incurre la Circular en una inconsistencia parecida. Así es, considera la Circular que el art. 510.2.a) contiene un delito de resultado, de lesión del bien jurídico *«dignidad del ser humano»*, y de ahí extrae la consecuencia de que existe un concurso de normas entre este tipo y el contenido en el art. 173.1, que debe resolverse a favor del 510.2.a). Siguiendo la misma línea argumental la Fiscalía mantiene que los actos subsumibles en el tipo del art. 510.2.a) cometidos individualmente contra personas del mismo colectivo deben resolverse como un concurso ideal de delitos del art. 510.2.a).

Consideramos esta postura errónea. A nuestro juicio el delito del art. 510.2.a), como los contenidos en el resto del art. 510, es efectivamente un delito de lesión del bien jurídico *«dignidad del ser humano»*, cuya consumación exige la realización de actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito del «grupo diana», de tal forma que los actos cometidos contra varias personas del grupo no supondrán la comisión de varios delitos sino de uno solo, si es que se da una conexión espacio-temporal entre los distintos actos. Pero si los actos concretos contra la

persona individual que forma parte del «grupo diana» son por sí mismos constitutivos de un delito de trato degradante del art. 173.1 debe sancionarse como concurso ideal de delitos el del 510.2.a) por el ataque a la dignidad de la persona en tanto que principio vertebrador del orden constitucional, y del art. 173.1 en cuanto atentado a la integridad moral de la persona física que sufre la acción.

3.2.2. El tipo subjetivo de los «delitos de odio»

3.2.2.1. Señala la Circular 7/2019 que el art. 510 del CP contiene tipos dolosos siendo suficiente un dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a dicha comprensión. Después de esta afirmación la Fiscalía dedica varios párrafos, con cita abundante de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, a desterrar la idea de que el art. 510 exija un dolo específico «de fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia» considerándose suficiente para afirmar el actuar doloso con el conocimiento por el sujeto activo de que la conducta que realiza objetivamente puede producir dichos efectos.

A continuación, y partiendo de que intención y motivación son distintas, la Circular considera que para que la conducta sea típica debe concurrir un elemento subjetivo tendencial, que se cifra en que el sujeto activo debe actuar por «motivos discriminatorios». Así es, según lo expresa la Circular

“En los delitos de odio el sujeto activo ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero sólo es responsable penalmente si, como ya se expuso anteriormente, la conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que ésta pueda ser perseguida penalmente”

Después de esta afirmación la Circular va analizando los distintos motivos discriminatorios (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, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad) para concluir afirmando que estos motivos están taxativamente recogidos en el art. 510, puesto que no existe ninguna

cláusula genérica de cierre, y que no admiten interpretaciones extensivas.

3.2.2.2. A continuación del apartado dedicado al elemento subjetivo, la Circular nos sorprende con otro distinto dedicado a los «criterios generales para valorar la existencia de un móvil de odio».

La sorpresa tiene su origen, primeramente, en el hecho de que la Circular desgaje del elemento subjetivo del tipo el móvil del odio porque, ¿qué otra cosa que contenido subjetivo puede ser el móvil del odio? Pero aún más sorprende que se dedique todo un apartado al móvil del odio, cuando se acaba de negar que los tipos del art. 510 exijan un dolo específico.

A nuestro juicio este apartado de la Circular solo se explica considerando que su contenido no se refiere solo a los delitos del art. 510, sino que también pretende abarcar las infracciones penales contra bienes jurídicos de carácter individual que vengan motivadas por el odio. De hecho, la propia Circular lo expresa así:

“Lo que ahora se pretende, en consonancia con uno de los objetivos básicos de esta Circular, es exponer de forma sistematizada algunos parámetros o indicadores generales que, en la práctica, permitan a los Sres. Fiscales valorar la presencia o no de un delito de odio, con independencia de su concreta modalidad” (Circular 7/2019, p. 16).

La Circular a continuación recoge los que se han dado en llamar indicadores de odio, también denominados de “polarización radical”, sin que añada nada nuevo a los que ya se han recogido en otros instrumentos⁹.

Quizás lo más significativo respecto de este apartado sea que en las conclusiones la Circular afirme que “es el carácter esencialmente valorativo de estas figuras delictivas lo que aconsejan la utilización de criterios o parámetros que denoten la presencia de un móvil de odio o discriminación” (Circular 7/2019, p. 36).

3.2.3. Análisis de las concretas conductas delictivas sancionadas en el art. 510

⁹ Así, por ejemplo, se recogen estos mismos indicadores en el Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 16 y ss.

La Circular dedica apartados independientes a cada una de las modalidades típicas recogidas en el art. 510, definiendo los términos que se utilizan en el mismo, para lo que acude con frecuencia a la Recomendación 15 de la ECRI, y ejemplificando las conductas típicas que se recogen, recurriendo para ello a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.2.3.1. Respecto de los apartados dedicados al art. 510.1 debe señalarse, por una parte, que la Circular va haciendo notar a los Fiscales cómo el legislador español ha excedido el mandato contenido en la DM 2008/913/JAI. Por otra parte, merece ser resaltado cómo en la labor de interpretación de estos tipos la Fiscalía va haciendo hincapié en los elementos típicos que alejan lo preceptuado en el art. 510.1 de conductas de mera opinión.

En efecto, para el tipo del art. 510.1.a) (promoción, fomento, incitación al odio...) se afirma que “no basta con expresar ideas u opiniones odiosas, sino que es necesario que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo” (Circular 7/2019, p.19); En el tipo del art. 510.1.b) (elaboración, tenencia y/o difusión...) la Fiscalía insta a los Fiscales a prestar “especial atención al elemento teleológico del tipo penal, supeditado a la aptitud del material para el fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia, que es el que determinará si la conducta es o no punible” (Circular 7/2019, p. 21); Respecto del delito del art. 510.1.c) (negacionismo, trivialización grave de crímenes contra la humanidad...) la Circular considera que existe un elemento tendencial que condiciona la tipicidad penal y que consiste en que la negación, la trivialización grave o el enaltecimiento favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, entendido éste “en sentido objetivo, es decir, que suponga una posibilidad de crear dicha situación”, instando después a los Fiscales “a tener en cuenta las circunstancias concurrentes a fin de valorar si las conductas analizadas en cada caso son susceptibles de generar o no una situación objetiva de peligro o riesgo de que se puedan cometer actos de violencia, hostilidad, discriminación u odio contra un determinado colectivo o una parte o individuo del mismo “ (Circular 7/2019, p. 24).

A nuestro juicio este proceder de la Fiscalía General deja claro que los tipos contenidos en el art. 510.1 deben aplicarse de manera mesurada, e incluso restrictiva.

3.2.3.2. En los apartados dedicados a los tipos del art. 510.2 la Circular también remarca cómo el legislador español ha ido mucho más allá de lo exigido por la DM 2008/913/JAI y, a continuación, busca la forma de aclarar qué es lo que se sanciona en estas conductas típicas, recurriendo para ello a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 578 del CP.

Respecto de la conducta tipificada en el art. 510.2.a) la Circular, con acierto, señala que cuando las acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito supongan además la lesión de otro bien jurídico deberá sancionarse como concurso ideal de delitos.

Por lo que respecta al tipo del art. 510.2.b) la Circular no tiene más remedio que evidenciar que en el mismo se ha prescindido de la exigencia de ánimo incitador, aunque buscando una aplicación restrictiva recuerde a los Fiscales que “la exigencia de que la conducta se realice «por cualquier medio de expresión pública o de difusión», unido a la necesidad de que el bien jurídico protegido sea afectado, al menos, potencialmente, determina la exigencia de que la conducta tenga una cierta entidad o relevancia” (Circular 7/2019, p. 27).

4. CONCLUSIÓN

La Circular 7/2019 ha realizado una bastante correcta labor de interpretación del contenido del art. 510 del CP, de la que hay que destacar que: a) deja constancia de que el legislador en 2015 fue mucho más allá de lo exigido por la DM 2008/913/JAI, b) afirma el alto contenido valorativo de los tipos contenidos en el art. 510; c) deja constancia de que pueden ser sujetos pasivos del delito «grupos diana» no considerados vulnerables (como los nazis); d) aboca a los Fiscales a una aplicación mesurada, e incluso restrictiva, de los tipos. En definitiva la valoración de la Circular ha de ser positiva.

REFERENCIAS

- Alastuey Dobón, C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la Reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (18-14)*, 1-38. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>
- Teruel Lozano, G. (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *INDRET octubre*, 1-51. <https://core.ac.uk/download/pdf/39073429.pdf>

- VVAA. Delitos de odio; Guía práctica para la abogacía (2018). Fundación Abogacía Española, 1-19. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/12/guia_delitos_de_odio.pdf
- Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771
- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444>
- Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación (2015), Ministerio del Interior, <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+AC TUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b>
- Recomendación 15 (2015) de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio, consultable en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>