

Incitación al odio y colectivos vulnerables, del Derecho internacional al Derecho español: especial referencia al delito de incitación al odio por motivos religiosos

Incitement to hate and vulnerable groups, from international law to Spanish law: special reference to the crime of incitement to hatred for religious reasons

Alberto José FERRARI PUERTA*

RESUMEN: El delito de incitación al odio del artículo 510 del Código Penal español está siendo aplicado de manera cada vez más frecuente por los tribunales. En este trabajo, se analiza el contenido de este artículo y se plantea la necesidad de que su aplicación se circunscriba exclusivamente a los discursos dirigidos contra grupos vulnerables, en línea con el significado primigenio que tenía el castigo del discurso del odio en el momento de su surgimiento en el Derecho internacional. Además, el artículo se adentra en la concreta modalidad del delito de incitación al odio por motivos religiosos, sosteniendo que su aplicación debería limitarse a la protección de las minorías religiosas, y no extenderse, en el caso de España, al colectivo católico, que goza de una posición dominante en el ámbito jurídico y sociológico.

* Graduado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador predoctoral FPU de la Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho/ Instituto Universitario de Ciencias de las Religiones). Contacto: <alferrari@ucm.es>. Fecha de recepción: 13/01/2023. Fecha de aprobación: 24/02/2023.

PALABRAS CLAVE: delito de incitación al odio; Código Penal español; colectivos vulnerables; Derecho y religión; Derecho internacional.

ABSTRACT: The crime of incitement to hatred in Article 510 of the Spanish Criminal Code is being applied more and more frequently by the courts. This paper analyzes the content of this article and raises the need for its application to be limited exclusively to speech directed against vulnerable groups, in line with the original meaning of the punishment of hate speech at the time of its emergence in international law. In addition, the article delves into the specific modality of the crime of incitement to religious hatred, arguing that its application should be limited to the protection of religious minorities, and not extended, in the case of Spain, to the Catholic community, which enjoys a dominant position in the legal and sociological sphere.

KEYWORDS: crime of incitement to hatred; Spanish Criminal Code; vulnerable groups; Law and Religion; International Law.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de “delito de odio” se encuentra cada vez más presente en la sociedad española, tanto en los medios de comunicación como en el debate político. Además, en los últimos tiempos, la aplicación por los tribunales del delito de incitación al odio, previsto en el artículo 510 del Código Penal (C.P.)¹ español, se ha incrementado exponencialmente.

El presente trabajo persigue varios objetivos: en primer lugar, explicar cuál fue el origen del castigo del discurso del odio en el ámbito del Derecho internacional; en segundo lugar, exponer las principales características del delito de incitación al odio en el Derecho español; en tercer lugar, expresar las razones por las cuales solo debería tutelarse frente a estos discursos a los colectivos vulnerables, a la luz tanto del sentido originario de la lucha contra estos discursos como de la finalidad que se persigue sancionando a estos; y, en último lugar, analizar el delito de incitación al odio por motivos religiosos en España, aplicando a esta modalidad los criterios interpretativos propuestos para el delito de odio en general.

II. EL NACIMIENTO DE LA LUCHA CONTRA EL DISCURSO DEL ODIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El origen del castigo del discurso del odio en el ámbito internacional se encuentra en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 y en el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos

¹ Las abreviaturas que emplearemos en el presente trabajo son C.P. (Código Penal español) y TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Hacemos referencia a ellas en la presente nota al pie en aras de una mayor claridad expositiva.

Civiles y Políticos de 1966. El primero de estos artículos establece en su apartado a) que los Estados parte en la Convención castiguen “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”. Por su parte, el segundo afirma que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

A la luz de estos preceptos, podemos observar que la lucha contra el discurso del odio, desde sus inicios, ha estado ligado a la protección de minorías, entendiendo dicho concepto no desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo, como un sector de la población numéricamente inferior, sino también cualitativo, como un sector socialmente subordinado. En este sentido, resulta especialmente clarificadora la definición de minoría brindada por Francesco Capotorti, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas, en su Informe sobre derechos de las minorías de 1979:

“un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, *en situación no dominante* [la cursiva es nuestra], cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, incluso de modo implícito, un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”².

Por su parte, algunos de los órganos de tratados de derechos humanos han reforzado en sus pronunciamientos la acotación

² Citado en CONTRERAS MAZARÍO, José María. *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas: de la tolerancia a la interculturalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 159-160.

de la lucha contra el discurso del odio a los grupos vulnerables, minoritarios o tradicionalmente discriminados. Es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano encargado de velar por la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Así, en el párrafo sexto de su Recomendación n.º 35 (2013), sobre la lucha contra el discurso del odio racista, se hace referencia a la necesaria vulnerabilidad de los grupos protegidos cuando se afirma lo siguiente:

al abordar el discurso de odio racista se han tratado todas las formas específicas de discurso a que se hace referencia en el artículo 4, dirigidas contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de la Convención [...], como los pueblos indígenas, los grupos cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables [...] El Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican *una religión distinta de la mayoría*, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos [ambas cursivas son nuestras]

Además, en el párrafo vigésimo de esta misma Recomendación se advierte de que la lucha contra el discurso del odio no puede servir como pretexto para “para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición”.³

³ Disponible en:

<<https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-2013-combating-racist>>.

En lo que respecta al ámbito regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido tradicionalmente demasiado cauto en este aspecto, resistiéndose a vincular expresamente la categoría de víctima del discurso del odio con la de grupo vulnerable. Sin embargo, en la sentencia emitida por el TEDH de 28 de agosto de 2018 (*asunto Savva Terentyev c. Rusia*), el Tribunal ha puesto fin a esta reticencia. En el asunto del que trae causa la sentencia, un internauta opositor al Gobierno ruso, tras conocer una denuncia de la ONG Memorial sobre la orden de registro de un diario local en el marco de una campaña electoral, publicaría un comentario en el blog del presidente de Memorial arremetiendo contra los policías rusos, a los que, además de tildarles de “cerdos” y “matones”, les deseaba que fueran quemados en las plazas principales de las ciudades rusas, al estilo de Auschwitz. Este comentario le supondría al internauta una condena de un año de prisión por incitación al odio. Disconforme con ello, el condenado interpondría una demanda ante el TEDH por vulneración de la libertad de expresión (artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que sería estimada por el Tribunal. Este fundamentaría su decisión, primeramente, en el interés público que subyacía al mensaje, dado que este pretendía criticar el cierre de un periódico por parte de las autoridades. Además, sostendría el Tribunal que, a pesar de que la utilización del símil de Auschwitz resultaba desafortunada, no podía considerarse como una identificación del internauta con la ideología nazi. También aduciría que los mensajes no se dirigían, a modo de amenaza, contra ningún policía individualmente considerado, sino contra la institución policial en su conjunto. Asimismo, el Tribunal considera relevante que no existiera en ese momento un contexto de violencia que pudiera verse agravado por la publicación de ese comentario. Por último, y esto es lo más relevante, el Tribunal afirma que la policía “no puede ser descrita como una minoría desprotegida o grupo con una historia de opresión o desigualdad, o que haya tenido que sufrir arraigados prejuicios, hostilidad y discriminación, o que sea vulnerable por cualquier

otra razón”. De esta manera, está reconociendo tácitamente que el discurso del odio debe perpetrarse contra minorías o colectivos discriminados y vulnerables para considerarse como tal.

III. EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España, el delito de incitación al odio se introduciría por primera vez en el ordenamiento penal, concretamente en su artículo 510 C.P., con ocasión de la aprobación del Código Penal de 1995. Su aprobación vino motivada por un turbulento contexto internacional marcado por los actos de limpieza étnica y genocidio acaecidos en la guerra de los Balcanes y por un, no menos convulso, contexto nacional caracterizado por un incremento de la violencia neonazi⁴, que llegaría a cobrarse varias víctimas mortales en el primer lustro de la década de los noventa, entre ellas la trabajadora migrante Lucrecia Pérez y el joven antifascista Ricardo “Richard” Rodríguez.

La redacción originaria del artículo 510 estaba compuesta por dos apartados: el primero de ellos castigaba la provocación a la violencia, la discriminación y el odio contra determinados grupos (a los que luego nos referiremos), mientras que el segundo hacía lo propio con la difusión de informaciones injuriosas sobre dichos grupos cuando quien las difundía era consciente de su falsedad o las había difundidos sin contrastarlas ni comprobar su veracidad (“con temerario desprecio hacia la verdad”).

La redacción del artículo se vio modificada en 2015 para adaptarlo a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea. Dicha Decisión obligaba a los Estados miembros a tipificar en sus Códigos Penales “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un

⁴ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP*, Madrid, Civitas, 2013, pp. 116-122.

miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico” (art. 1.1.a)); la difusión de escritos que contuvieran mensajes susceptibles de llevar a cabo dicha incitación (art. 1.1.b)); y la apología pública, negación o trivialización flagrante de crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (arts. 1.1.c) y d))⁵. Dado que no todas las conductas previstas en la Decisión estaban recogidas en el artículo 510, fue necesaria su reforma.

La nueva versión del artículo 510 C.P. en su primer apartado regula la incitación directa o indirecta a la violencia, discriminación, odio y hostilidad contra los grupos protegidos o sus miembros (apartado 1.a); la producción, la distribución e incluso la tenencia con esta finalidad de material que pueda fomentar las citadas conductas (apartado 1.b); y la negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes internacionales cuando dichas conductas contribuyan a crear un clima de hostilidad, violencia, discriminación u odio contra los grupos protegidos por el precepto (apartado 1.c). El apartado segundo, por su parte, castiga la lesión de la dignidad de los miembros de los grupos mediante discursos que les humillen, menosprecien o desacrediten (apartado 2.a) y el enaltecimiento de delitos cometidos contra estos grupos distintos a los crímenes internacionales a los que se refiere el 510.1.c (apartado 2.b). Los dos apartados siguientes son subtipos agravados del artículo, ya con motivo del uso de medios de comunicación de masas para extender el mensaje (apartado 3), ya debido al carácter idóneo del mensaje, por el contexto en el que se emite, para provocar una alteración de la paz pública (apartado 4). Finalmente, el apartado quinto establece la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la función docente para los autores de estos delitos, y el sexto establece una pena de la misma índole consistente en el borrado o destrucción del material de odio.

⁵ La Decisión completa se puede consultar en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444>>.

Por otra parte, la lista de grupos protegidos por el artículo ha ido creciendo con el tiempo: en su redacción original de 1995, el precepto castigaba la comisión de esta conducta cuando se llevaba a cabo “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”. En 2015, aprovechando la reforma general del artículo, se añadirían los motivos de género e identidad sexual, además de sustituirse el término “minusvalía” por “discapacidad”. Por último, en 2022, la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, introduciría en el precepto los motivos de antigitanismo y aporofobia.

Por último, hemos de indicar que la redacción del delito ha sido merecedora de numerosas críticas doctrinales, las cuales han censurado el excesivo adelantamiento de las barreras de defensa penal que comporta este precepto⁶, así como la incompatibilidad de este con algunos principios básicos del Derecho penal, como el de taxatividad, por la excesiva indeterminación del tipo⁷, o el de proporcionalidad, por el castigo con la misma pena de conductas que no entrañan el mismo nivel de peligro para el bien jurídico protegido por el precepto, que es la seguridad existencial de los grupos protegidos⁸.

⁶ MARTÍN RÍOS, Blanca, “La represión del discurso del odio a través del Derecho Penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual”, en: MARTÍN RÍOS, Blanca (coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 61.

⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, en: *RECPC*, núm. 18-11, 2016, p. 49.

⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, “Hacia una interpretación restrictiva...”, *op. cit.*, en: MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 167.

IV. EL GRAN DILEMA: ¿SE APLICA EN EXCLUSIVA EL ARTÍCULO 510 A LOS DISCURSOS DIRIGIDOS CONTRA GRUPOS VULNERABLES?

Ya hemos analizado al inicio de este trabajo que, en el ámbito del Derecho internacional, la lucha contra el discurso del odio ha estado ligada, desde su nacimiento, a la protección de minorías, protección que luego se ha extendido a la categoría más genérica de colectivos vulnerables. La pregunta que deberemos responder en este apartado consiste, pues, en si en el Derecho español ocurre lo mismo, esto es, si el artículo 510 solo se aplica cuando el discurso violento o discriminatorio se dirige contra grupos vulnerables, y no cuando tiene como diana a grupos hegemónicos (blancos, heterosexuales, etc.).

Para buena parte de la doctrina⁹, el delito de incitación al odio solo debería aplicarse a grupos vulnerables, dado que es el historial de persecución y de vulneración de los derechos más básicos que acompaña a estos colectivos el que convierte en peligrosos los mensajes violentos o discriminatorios dirigidos contra ellos, los cuales pueden hacer retornar estas situaciones de violencia o discriminación que estos grupos han experimentado a lo largo de los siglos. Por el contrario, difícilmente se podrían dar estas situaciones de proferirse este mismo tipo de mensajes contra grupos tradicionalmente hegemónicos, porque carecen de un bagaje previo de vulneración de esos derechos que, si no neutraliza total-

⁹ Entre otros, DE PABLO SERRANO, Alejandro, “Los límites jurídicos-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad de desprecio”, en VÁZQUEZ ALONSO, Víctor y ALONSO SANZ, Lucía. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Sevilla, Athenaica, 2017, p. 160; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio*. Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 196-198; LAURENZO COPELLO, Patricia. “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio” en LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Granada, Comares, 2021, pp. 257-284.

mente los mensajes dirigidos contra ellos, sí merma notablemente los efectos. Es por ello que los discursos contra los grupos que se encuentran en una posición dominante no resultan lo suficientemente lesivos como para merecer un reproche penal.

Nosotros coincidimos totalmente con la postura anterior. A modo de refuerzo de la misma, hemos de recordar que el modelo que subyace al delito de incitación al odio en nuestro derecho es el de la selección discriminatoria (*discriminatory selection model*), lo que implica que el castigo a imponer se fundamenta en los efectos que el discurso puede provocar. Se diferencia así del *animus model*, que pone el foco en la motivación del autor y no en los efectos de su conducta¹⁰. Por tanto, si lo relevante son los efectos del mensaje, lógicamente solo deben ser objeto de sanción penal aquellos discursos que entrañen un auténtico peligro para los colectivos frente a los que se dirigen. Y, a nuestro juicio, este peligro solo es inherente a los discursos que van destinados contra los colectivos vulnerables.

Debemos recalcar, por otra parte, que, aunque esta postura entrañe una diferencia de trato entre los grupos hegemónicos y los vulnerables en favor de estos últimos, ello no supone un tratamiento discriminatorio hacia los primeros. Recordemos que el Tribunal Constitucional español ha manifestado que aquellas diferencias de trato objetivas y razonables no constituyen una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 14 de la Constitución española (sirvan de ejemplo, entre otras, sus sentencias 75/1983, de 3 de agosto, y 76/1990, de 26 de abril). En este caso, como acabamos de explicar, el riesgo de provocar brotes de violencia y discriminación que traen consigo los discursos contra los colectivos vulnerables no concurre, sin embargo, en el caso de los mensajes dirigidos contra los grupos

¹⁰ Sobre la distinción entre *animus model* y *discriminatory selection model*, vid. CANCIO MELIÁ, Manuel y DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *¿Discurso del odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-72.

hegemónicos. En consecuencia, entendemos que existe en este caso una justificación objetiva y razonable para la disparidad de trato entre unos y otros en lo que respecta a la aplicación del artículo 510 C.P.

A pesar de lo anterior, los operadores jurídicos (en particular, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Fiscalía) han optado en España por una interpretación radicalmente distinta, que también incluye a los colectivos hegemónicos dentro de los grupos protegidos frente al delito de incitación al odio. Así, sirviéndose de una interpretación literal del artículo 510, entienden que, cuando el precepto se refiere, por ejemplo, a “motivos racistas” o “de orientación sexual”, está englobando tanto los mensajes dirigidos contra grupos vulnerables como los magrebíes, los afrodescendientes o los homosexuales, como aquellos que se profieren contra los blancos o los heterosexuales. Dicha interpretación se ha visto reforzada por la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio, en la que se sostiene que, aunque sea cierto que “el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos”, el legislador ya ha tenido en cuenta este factor a la hora de tipificar cuáles son los grupos protegidos, de manera que los tribunales no tienen que realizar ningún tipo de “juicio de vulnerabilidad” posterior. Además, afirma que la protección de determinados grupos no depende de ningún juicio de valor ético, de manera que “una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”¹¹.

La inclusión de los nazis como colectivo protegido por el delito de odio entraña, a nuestro juicio, una absoluta tergiversación del significado originario y del fundamento de este delito, y evidencia cuáles son, en última instancia, las consecuencias de extender la tutela frente a estos discursos a grupos no vulnerables.

¹¹ La Circular completa se puede consultar aquí: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771>.

Además, en los últimos tiempos, el problema se ha agravado aún más, dado que se ha comenzado a emplear el delito de odio como instrumento de protección de las instituciones frente a la crítica política, produciéndose imputaciones por delitos de odio contra el Rey, el Gobierno o la Policía. Dichas imputaciones resultan especialmente criticables no solo porque contravienen las advertencias de los tratados de derechos humanos frente al uso espurio del discurso del odio como medio de silenciamiento de la crítica política, sino porque ni siquiera encajan en el tenor literal del artículo 510: así, ni el Rey ni la Policía son subsumibles en ninguno de los motivos de odio que se mencionan en el precepto. Alguno podría aducir que la incitación al odio contra ellos puede encajar en la categoría de motivos ideológicos, pero ello entraría en contradicción con el carácter neutral que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a estas dos instituciones.

Por último, la jurisprudencia por lo general ha avalado la inclusión de los grupos hegemónicos como sujetos pasivos del delito de odio. Es cierto que encontramos alguna excepción en las resoluciones de los tribunales inferiores: es el caso, por ejemplo, del auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 72/2018, de 28 de junio, o del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, que archivaron las actuaciones penales iniciadas por presuntos delitos de incitación al odio contra la Policía en Cataluña, al entender, en línea con lo que sostuvo el TEDH en el ya mencionado asunto *Savva Terentyev c. Rusia*, que los cuerpos policiales no podían considerarse un grupo vulnerable y, por ende, no podían ser sujetos pasivos del delito de odio. Sin embargo, por lo general el Tribunal Supremo, a la hora de interpretar el artículo 510, ha refrendado la posición contraria: sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 437/2022, de 4 de mayo, que confirmó la condena por un delito de odio del artículo 510.2 impuesta a varios individuos de ideología independentista en Cataluña que profirieron insultos contra varios seguidores de la selección española de fútbol, aglutinados en la plataforma “Barcelona por la Selección”. Ante las alegaciones de la defensa de

los condenados de que no podía haberse cometido un delito de incitación al odio porque las víctimas no formaban parte de un grupo vulnerable, el Supremo respondió que “el concepto de la ‘vulnerabilidad’ no es un elemento del tipo [del 510.2 CP], ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito”.

No podemos terminar este apartado sin poner de manifiesto que la introducción en 2022 del motivo de aporofobia en el artículo 510 supone un tímido avance hacia la interpretación del precepto ligada a la vulnerabilidad de los grupos protegidos. La aporofobia, es, por definición, el odio y desprecio hacia las personas sin recursos económicos, por lo que, a diferencia de otros motivos mencionados en el precepto, en este caso no cabe una interpretación “bidireccional”, que tutele también a las personas adineradas frente a los discursos que puedan dirigirse contra ellas. Con todo, dicho avance resulta insuficiente, en tanto que, por sí solo, no implicará un cambio real en la interpretación del artículo 510 para que se aplique exclusivamente para tutelar a los grupos vulnerables.

V. EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO POR MOTIVOS RELIGIOSOS Y LA CUESTIÓN DE LA VULNERABILIDAD

Una vez explicadas cuáles son las características fundamentales del delito de incitación al odio en el Derecho español y cómo dicho delito, a nuestro juicio debería aplicarse para proteger exclusivamente a los colectivos vulnerables, nos centraremos en el delito de incitación al odio por motivos religiosos, que constituyen uno de los motivos mencionados en el artículo 510. Aplicando los criterios anteriores a esta concreta modalidad del delito de inci-

tación al odio, debemos llegar a la conclusión de que, en España, este delito no debería aplicarse contra los discursos que se dirijan frente a la religión católica, sino únicamente contra aquellos que se profieran contra las minorías religiosas. Ello se debe a que, por las razones que explicaremos a continuación, la religión católica es la confesión dominante o hegemónica en España.

En primer lugar, hemos de indicar que la religión católica ha sido la religión oficial del Estado español hasta 1978, con el único paréntesis de la Constitución republicana de 1931. En la actualidad, la vigente Constitución española de 1978 consagra la laicidad del Estado en su artículo 16.3, que afirma que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. La ausencia de una mención expresa de la laicidad ha llevado a algunos sectores conservadores a aducir que, a la luz de nuestra norma fundamental, España no es un Estado laico, sino aconfesional, lo que trataría de justificar el mantenimiento de cierta situación de privilegio para la Iglesia Católica¹². Sin embargo, dicha aseveración resulta incorrecta, en tanto que, a efectos de nuestro ordenamiento jurídico, el término “aconfesional” debe concebirse como sinónimo de “laico”. Muestra de ello es que los dos principios sobre los que se sustenta la laicidad, que son la neutralidad (esto es, la imparcialidad del Estado hacia todas las creencias) y la separación (es decir, la no confusión entre funciones estatales y religiosas ni entre instituciones de ambos órdenes), se encuentran presentes en el modelo español de relación con las confesiones. El propio Tribunal Constitucional, aunque en sus orígenes se resistía a emplear el término laicidad (probablemente,

¹² Una muestra de ello la encontramos en este fragmento de un artículo del antiguo Arzobispo de Toledo, Braulio Rodríguez Plaza, publicado el 10 de abril de 2015 en la revista semanal *Padre Nuestro*, publicada por el Arzobispado de Toledo: “la aconfesionalidad del Estado no es sinónimo de neutralidad ni mucho menos de poder frente a lo religioso, sino que ha de ponerse al servicio del bien común y de la sociedad concreta, en la que de hecho se valora y se profesa una religión, que en el caso de la católica forma parte de su histórica tradición milenaria”.

por pensar que podría ser erróneamente asociado a un modelo hostil hacia la Iglesia, como lo era el de la Constitución de 1931), ha empleado esta palabra para definir nuestro modelo en su sentencia 46/2001, de 15 de febrero, si bien ha añadido a la misma el adjetivo de “positiva”: al hablar de laicidad positiva, el supremo intérprete de la Constitución pretende recalcar que nuestro modelo laico es de naturaleza cooperacionista, de manera que puede colaborar con las confesiones religiosas no para otorgarlas privilegios, sino para garantizar el desarrollo pleno de la libertad de conciencia de los ciudadanos que profesan esas creencias religiosas.

A pesar de lo anterior, es evidente que nuestro modelo de laicidad adolece de imperfecciones, las cuales se traducen en un trato jurídicamente favorable, en diversos ámbitos, hacia la religión católica. Muestra de ello son los cuatro Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979: aparte de que la naturaleza de tratados internacionales de estos acuerdos constituye, por sí misma, una merma de la potestad del Estado para legislar autónomamente en materia religiosa, una parte del contenido de estos Acuerdos resulta difícilmente compatible con el principio de laicidad: es el caso, por ejemplo, del artículo II del Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos culturales, que obliga a todos los niveles educativos preuniversitarios a ofertar la asignatura de religión católica “en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales” (sin perjuicio de que para los alumnos no sea obligatorio cursarla), o del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, que prevé la participación de la Santa Sede en el nombramiento del Vicario General Castrense (máxima autoridad de los capellanes castrenses), que se encuentra integrado en el Ejército español, gozando del rango de general de división y recibiendo la retribución correspondiente del erario público¹³.

¹³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 396.

Con todo, la posición dominante de la Iglesia católica no solo se encuentra reflejada en el ordenamiento jurídico, sino también en el ámbito sociológico. Aunque España haya experimentado en las últimas décadas un profundo proceso de secularización que ha incrementado notablemente el número de no creyentes, todavía sigue siendo mayoritaria la población española que se declara católica, aunque no sea practicante. Así lo atestigua el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas correspondiente a diciembre de 2022, de acuerdo con el cual la mayoría de la población, un 37,7 %, se declara católica no practicante, seguida de un 18,7 % que se declara católica practicante¹⁴.

En definitiva, no hay duda de que el colectivo católico puede tildarse como hegemónico en España. Por tanto, de acuerdo con la interpretación del delito de odio por la que nosotros abogamos, dicho colectivo no debería encontrarse tutelado en España frente a este tipo de discursos, debiendo reservarse dicha protección a las minorías religiosas. En particular, hemos de alertar de dos tipos de discursos contra dichas minorías: el discurso antisemita y el discurso islamófobo. El primero goza, por desgracia, de una tradición de siglos en España, si bien algunos autores han tratado de deslindar el tradicional discurso antijudío, de raíz principalmente religiosa, y el discurso antisemita contemporáneo, con un fuerte componente de odio étnico. En cualquier caso, en la actualidad, aunque todavía la retórica antisemita está presente en grupos de ideología neonazi, se encuentra mucho más extendido en nuestro país (y, en general, en toda Europa) el discurso islamófobo, que responde a tres factores fundamentales: en primer lugar, la concepción de la religión musulmana como incompatible con los valores occidentales y, por ende, como un enemigo a combatir; en segundo lugar, la asociación del islam con el terrorismo, sobre todo a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas; y, en tercer lugar, la combinación entre odio

¹⁴ Disponible en: <https://datos.cis.es/pdf/Es3388marMT_A.pdf>.

religioso y xenofobia, asociándose el Islam con la inmigración, sobre todo con la procedente del norte de África¹⁵.

Por último, hemos de destacar que, en el ámbito regional europeo, tanto el Consejo de Europa como las instituciones de la Unión Europea también conciben al antisemitismo y la islamofobia como las principales simientes de odio por motivos religiosos en el continente. Ciertamente tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo también se han referido en ocasiones al anticristianismo, pero como un fenómeno a combatir fuera de Europa, en aquellos países donde los cristianos, al ser una minoría religiosa, está expuesta a prácticas discriminatorias y persecutorias¹⁶.

VI. EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Los tribunales españoles, siguiendo la tónica general antes relatada, no han restringido la aplicación del delito de incitación al odio a las minorías religiosas. Así queda reflejado en la jurisprudencia menor, esto es, en los pronunciamientos de las Audiencias Pro-

¹⁵ Sobre la influencia de estos factores en la configuración del pensamiento islamóforo, ver BRAVO LÓPEZ, Fernando, *En casa ajena: bases intelectuales del antisemitismo y la islamofobia*, Bellaterra, Barcelona, 2012; y TARAS, Raymond, "Islamophobia never stands still: race, religion and culture" en MEER, Nasar (ed.), *Racialization and Religion. Race, culture and difference in the Study of Antisemitism and Islamophobia*, New York, Routledge, 2014, pp. 33-49.

¹⁶ Esta relegación a un segundo plano del anticristianismo en Europa ha sido, sin embargo, criticado por algunos autores. A este respecto, ver MUT BOSQUE, María, *Anticristianismo en Europa: respuesta de las principales instituciones europeas ante los actos de persecución, intolerancia y discriminación contra los cristianos en Europa* en PÉREZ MADRID, Francisca (dir.), *Discurso de odio y creencias*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 63-90.

vinciales. Un ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 102/2019, de 21 de febrero. Dicha sentencia confirmó la absolución por un delito de incitación al odio (y la condena por otro delito, el de interrupción de ceremonias religiosas del artículo 523 CP) a varias militantes del colectivo feminista FEMEN que irrumpieron en la catedral madrileña de la Almudena y se encadenaron en la celosía de la cruz del altar con el torso desnudo y pintado de mensajes en contra de la Iglesia Católica y a favor del aborto. Sin embargo, el argumento en el que se fundamentó esta decisión no fue el carácter no vulnerable del colectivo católico, sino el hecho de que no se acreditó que existiera por parte de las militantes un ánimo de humillar o denigrar a dicho colectivo. De esta afirmación se deduce que, aunque en este caso no los considere víctimas, la sentencia concibe a los católicos como uno de los hipotéticos sujetos pasivos del delito de incitación al odio.

Con todo, excepcionalmente podemos encontrar alguna resolución judicial que, apartándose de la tendencia general, aboga por una interpretación favorable a circunscribir la aplicación del delito a los discursos contra grupos vulnerables. Es el caso del auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 104/2021, de 26 de febrero. El asunto del que traía causa esta resolución consistió en una exposición organizada por el Ayuntamiento de Baiona (municipio de Vigo, en Galicia) en la que se mostraban varias fotografías de mujeres desnudas portando símbolos cristianos. La Asociación Española de Abogados Cristianos presentaría una denuncia contra el alcalde de Baiona y la concejala de Igualdad del municipio por un delito de incitación al odio, entre otros cargos. Sin embargo, la denuncia sería archivada por el Juzgado de Instrucción n.º 7 de Vigo, archivo que sería confirmado por el referido auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Este último señaló que no podía entenderse cometido un delito de incitación al odio porque, además de que no se desprendía de las fotografías ningún tipo de incitación a la violencia o a la discriminación, “no puede considerarse a los cristianos o personas que profesan la religión católica como un colectivo vulnerable”.

Por último, y aunque no se haya limitado la aplicación de este delito a los discursos contra minorías religiosas, lógicamente también encontramos sentencias pronunciándose sobre delitos de odio contra estas. Es el caso, entre otras, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 55/2017, de 21 de marzo, que confirma la condena por un delito de incitación al odio del artículo 510.1.a) a un individuo que colgó un vídeo en Facebook titulado “Asesina a todos los judíos”, en el que, además de aparecer varias mujeres arrancando la cabeza a un muñeco de judío ortodoxo, se reproducían imágenes reales de niños judíos asesinados; o de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 99/2020, de 3 de marzo, que confirma la condena, por el mismo delito que en el caso anterior, a un individuo del grupo musical de ideología neonazi WolfSSturm por la difusión masiva por medios virtuales de sus canciones, las cuales arremetían tanto contra los judíos (“6 millones de mentiras sobre nuestra historia, falseados testigos pagados por judíos”, decía una de ellas para referirse a la inexistencia del Holocausto”) como contra los musulmanes (“no hay musulmanes moderados o radicales, no! revientan, incitan y matan, son animales”).

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas, hemos tratado de cumplir con los objetivos marcados en la introducción de este trabajo. A continuación, expondremos, a la luz de estos objetivos, las principales conclusiones que extraemos de esta investigación.

En primer lugar, resulta evidente que el significado original del castigo del discurso del odio, planteado por primera vez en el ámbito del Derecho internacional en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, era la protección de las minorías, entendiendo como tales aquellos grupos dentro de un Estado que, además de ser nu-

méricamente inferiores, se encontraban en una posición “no dominante”, esto es, en una situación de subordinación social. Una posición que se ha visto reforzada por los pronunciamientos de algunos órganos de tratados de derechos humanos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual, en su Recomendación n.º 35 (2013), sobre la lucha contra el discurso del odio racista, hace referencia claramente al carácter vulnerable de los grupos protegidos frente a este tipo de discurso.

En segundo lugar, en el ámbito español, el castigo penal del discurso del odio se introduce por primera vez con ocasión de la aprobación del Código Penal de 1995, contemplándose en el artículo 510 de dicho Código. En su versión original, castigaba solo la incitación directa a la violencia, la discriminación o el odio contra los grupos protegidos preceptos, así como la difusión de informaciones injuriosas sobre los mismos. Sin embargo, el artículo fue reformado en 2015, con el objetivo de adaptarlo a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea. Actualmente, pues, el artículo no solo castiga la incitación directa a la violencia, la discriminación y el odio, sino también la indirecta, así como la producción, distribución e incluso la mera posesión con finalidad de difusión del material de odio. Además, también ha incluido el castigo de la negación o enaltecimiento de crímenes internacionales, así como la justificación o enaltecimiento de delitos que se hayan cometido contra los grupos protegidos. Todo ello ha expandido notablemente los márgenes del artículo, convirtiéndose por ello en el blanco de críticas doctrinales, que entienden que se produce un adelantamiento excesivo de las barreras de defensa penal, así como una vulneración de principios básicos de nuestro Derecho penal, como el principio de taxatividad o el de proporcionalidad.

En tercer lugar, coincidimos con buena parte de la doctrina en que el delito de incitación al odio solo se debe aplicar para proteger a los grupos vulnerables, porque son estos los que, como consecuencia de su historial de persecuciones, pueden volver a experimentar situaciones de violencia o discriminación como

consecuencia de la propagación en la sociedad de discursos proferidos contra ellos. Esto no supone un trato discriminatorio hacia los grupos hegemónicos, toda vez que la diferencia de trato objetiva y razonable no vulnera el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución española. Sin embargo, la postura en España de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Fiscalía General del Estado y, por lo general, también de los tribunales de justicia, ha sido la contraria, abogando todos ellos por la inclusión de los grupos hegemónicos dentro de los sujetos protegidos por el artículo 510. En los últimos tiempos, existe además una tendencia a extrapolar esta protección a las instituciones, como la Policía, lo que, además de contradecir la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, supone una tergiversación hasta límites insospechados del fundamento de este delito.

Por último, y extrapolarlo la doctrina anterior al concreto caso del delito de incitación al odio por motivos religiosos, entendemos que en España dicho delito debe aplicarse contra discursos dirigidos contra minorías religiosas, como el discurso antisemita o el islamófobo. Sin embargo, no debería castigar aquellos discursos dirigidos contra el colectivo católico, al gozar la religión católica en España de una preeminencia tanto jurídica (a pesar del carácter laico del Estado español) como sociológica, que la convierte en la religión dominante. El hecho de que cualquier discurso proferido contra todo un colectivo, aunque este sea hegemónico, sea moralmente criticable y pernicioso para la sociedad no debe hacernos olvidar el sentido de la sanción del discurso del odio desde sus orígenes, que no es otro que la protección de los grupos socialmente subordinados.