

¿DEBE SER DELITO LA PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, A LA VIOLENCIA O AL ODIOS CONTRA GRUPOS POR MOTIVOS DE SEXO, RAZA U OTROS? EL EJEMPLO ESPAÑOL¹

LETICIA JERICÓ OJER

Prof. Ayudante de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

I. Análisis del artículo 510.1 CPE

A. Cuestiones problemáticas

Incluido en la Sección 1ª (*“De los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”*) del Capítulo IV (*“De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”*) del Título XXI (*“Delitos contra la Constitución”*) del Libro II CPE, el artículo 510.1 CPE sanciona las conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra determinados grupos o asociaciones. Así, el precepto establece lo siguiente:

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

Inspirado en lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención de la Asamblea General de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1965², y teniendo como precedente al artículo 165 ter CPE 1944/

¹ Este artículo coincide en gran medida con el titulado “El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (artículo 510.1 CP)?”, actualmente en prensa. Dicho artículo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ-2004/0062-JURI, subvencionado por el MEC y fondos FEDER, en el Proyecto de Investigación LE009C05, financiado por la Junta de Castilla y León (Grupos de Investigación de Excelencia) y en el Proyecto de Investigación titulado “Problemas jurídico-penales de la integración de los ciudadanos extranjeros y de la protección de las minorías en la provincia de León”, subvencionado por la Diputación Provincial de León, dirigidos todos por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyo equipo investigador formo parte.

² Artículo 4.- *“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado*

1973³, el tenor del artículo 510.1 CPE experimentó notables variaciones desde la presentación del texto originario del Proyecto de CPE⁴. Si bien la introducción de la enmienda n° 490 modificó sustancialmente el contenido de dicho texto⁵, cabe señalar que la modificación más importante se realizó sobre la redacción aprobada por el Pleno del Congreso⁶, al ser objeto en el Senado de una enmienda que, entre otras y por economía legislativa, planteó

color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella". Por lo que respecta al estudio de los delitos relativos a la discriminación en el derecho comparado, v. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia*, 1999, n. 445, 289 s.; LANDA GOROS'ITZA, *Intervención penal*, 2000, 103 ss.

³ Artículo 165 ter CPE 1944/1973: "1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito". Este precepto, junto con el delito de apología del genocidio y la agravante genérica de discriminación, fue introducido por LO 4/1995, de 11 de mayo. Por lo que respecta al análisis del art. 165 ter, v., entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, 1986, 301 ss.

⁴ Artículo 490 del Proyecto de CPE: "Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses", [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *BOCG 77-1* (1994), 68].

⁵ Pues amplió lo establecido en aquél, además de incluir un segundo apartado. Así, a través de la enmienda presentada por el Grupo Popular, se propuso añadir la siguiente redacción: "Serán castigados con igual pena: 1º. Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda. 2º. Los que manipularan informaciones o emitieran informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad". La justificación a la enmienda es triple: en primer lugar, porque tanto la incitación al odio como a la violencia racial constituyen una amenaza a la seguridad de Europa y de la democracia, además de estar dichas conductas tipificadas en diferentes legislaciones europeas. En segundo lugar, la inclusión del concepto "antisemitismo" se justifica por razones históricas y por su aparición más virulenta desde la Segunda Guerra Mundial. Finalmente, la tipificación de la difusión de informaciones falsas encuentra su razón de ser en el posible exceso de la libertad de información que puede merecer sanción penal, [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *BOCG 77-6* (1995), 231].

⁶ Artículo 502. "1. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional o su pertenencia a una

reducir el contenido del concepto de provocación⁷, restricción que, como puede observarse, se mantuvo en el texto finalmente aprobado.

No resulta problemática la delimitación de las conductas típicas recogidas en este precepto, ya que la intención del legislador español es la de castigar la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia, aunque el propio artículo exige que estas modalidades vayan dirigidas contra grupos o asociaciones en situaciones de especial vulnerabilidad recogidas taxativamente en el propio tipo⁸. Primeramente, y por lo que se refiere a la provocación a la discriminación, restrictivamente se ha exigido que la propia discriminación debe tener por objeto un hecho ilícito, no necesariamente penal, requiriéndose que el trato desigual al que se instiga pueda calificarse, en sentido jurídico, de discriminatorio⁹. En segundo lugar se lleva a cabo una incriminación de las conductas de provocación al odio, exigiendo en este sentido que la instigación se dirija a crear o ahondar actitudes de auténtica hostilidad hacia determinadas personas¹⁰. Como tercera modalidad delictiva,

etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con igual pena: 1º. Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda. 2º. Los que manipularen informaciones o emitieren informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad”, [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCG 77-13 (1995), 736].

⁷ Así, la enmienda nº 410, presentada por el Grupo Socialista proponía la siguiente redacción del precepto. Artículo 502: “*Los que provocaren a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”. Tal y como consta en la justificación de la enmienda, por razones de economía legislativa y para evitar confusiones sobre el tipo de conducta se sustituye el contenido del precepto que reproduce la definición de provocación, se produce una refundición de conductas, se enumeran las causas de discriminación de forma más omnicompreensiva y, finalmente, se define la conducta del número 2.2º en consonancia con el tipo común de injurias, [SENADO, BOCG 87 c (1995), 219].

⁸ Sin embargo, tal y como se analizará a continuación, la discrepancia doctrinal surgirá a la hora de delimitar el concepto mismo de provocación.

⁹ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 260, no siéndolo, por ejemplo, cuando, a través de un artículo periodístico, se incita a los lectores a no mantener relaciones sexuales con seropositivos o a no acudir a una ceremonia religiosa a determinada hora porque en ese período de tiempo concurre un grupo gay que tiene su sede en las cercanías.

¹⁰ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 264 s., quien no exige que la provocación al odio tenga por objeto hechos ilícitos, a diferencia, por ejemplo, de la provocación a la discriminación. La autora justifica esta diferenciación para dotar de contenido específico a la conducta de provocación al odio, ya que “cuando la agitación pueda considerarse dirigida a la realización de actos ilícitos, seguramente quedará comprendida en alguna de las dos primeras modalidades”. De este modo, se recogen incitaciones que sólo de un modo indirecto podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia, intentando evitar lo que la autora denomina “antesala de la violencia”.

el artículo 510.1 CPE sanciona la provocación a la violencia que, igualmente, debe recaer sobre grupos o asociaciones colocadas en una especial situación de vulnerabilidad. Mayoritariamente se ha abogado por la utilización de un concepto extensivo de violencia, incluyendo incluso la fuerza en las cosas¹¹, exigiendo al mismo tiempo que se trate de una incitación a hechos ilícitos que, mayormente, darán lugar a la comisión de un tipo delictivo¹².

Es destacable que la inmensa mayoría de la doctrina penal española que se ha ocupado del análisis del artículo 510.1 CPE manifiesta su oposición, no sólo por lo que respecta a aspectos formales de la misma, sino principalmente al cuestionar el fundamento legítimo de incriminación de este tipo de conductas¹³. Así, es posible hallar objeciones formales a la redacción del tipo, como por ejemplo la desafortunada referencia a expresiones tales como “motivos antisemitas”¹⁴, “situación familiar”¹⁵, “orientación sexual”¹⁶,

¹¹ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 261. En opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 510, esta extensión es discutible, aunque podría ser admisible teniendo en cuenta que el precepto castiga incluso la provocación al odio. Admitiendo un concepto extensivo de violencia, abarcando la incitación a ejercer fuerza en las cosas, como por ejemplo, incitando a incendiar casas, barrios o negocios, GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 249. Aunque la propia autora reconoce la inadecuación de interpretar este término generalmente en sentido tan amplio, plantea la idoneidad de hacerlo en este caso, no por la peligrosidad que pueden representar los actos para las personas, sino “porque en esta figura delictiva se trata de anticipar la barrera de intervención del Derecho penal ante conductas de provocación a delitos violentos especialmente desvalorados por poner en peligro no ya sólo el bien jurídico afectado por el acto violento en sí, sino también el derecho a no ser discriminado”. Optando, sin embargo, por un concepto más restrictivo de violencia, BERNAL DEL CASTILLO, *Discriminación*, 1998, 79 ss., admitiendo la violencia física e incluso en algunos casos la violencia como fuerza en las cosas, pero excluyendo del concepto de violencia la violencia moral, al suponer una ampliación excesiva y mayor inseguridad jurídica.

¹² LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 261.

¹³ Todo ello con independencia de opiniones aisladas que, tras ofrecer una visión realmente negativa del precepto, apuntan algún aspecto positivo de esta regulación. En este sentido, v. GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 256, al establecer, por lo que se refiere a los motivos, un sistema *numerus clausus*; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4^a, 2004, 1898, al suprimir el legislador del elemento “ideas o doctrinas”, en relación con la regulación anterior.

¹⁴ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 248, al entender que no existe diferencia entre cometer el delito por motivos racistas o antisemitas o movido por la discriminación referente a la etnia o raza. Se adhiere LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 235; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 32, puesto que esta referencia ya queda recogida al mencionar el tipo la etnia o la religión de la víctima. Se adhiere a esta crítica DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1037; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 292 s., ya que puede ser subsumido en el actuar por motivos racistas, en la discriminación por la etnia, raza o nación, o incluso en la discriminación por su religión; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4^a, 2004, 1899, al entender que colisiona con la nota de generalidad que debe predicarse de toda regulación.

¹⁵ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 246, al no ser dicha situación una fuente clara de desvaloración social y olvidar el legislador otras que sí lo son como la precariedad económica. Se adhiere LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 236.

¹⁶ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 247, al considerar la autora que se debe hacer referencia a las tendencias sexuales, es decir, al carácter de homosexual, bisexual o heterosexual, pero no al modo de ejercer la sexualidad (aun admitiendo la citada autora que la referencia al ejercicio de la sexualidad podría incluir supuestos evidentes de marginación, como por ejemplo sería el caso de la prostitución), lo que concedería gran amplitud al tipo.

“enfermedad”¹⁷ u “origen nacional”¹⁸, e incluso se ha hecho hincapié en los problemas de redundancia¹⁹ y ambigüedad²⁰ que puede plantear el tipo, amén de las dificultades de prueba que surgen de forma evidente en el proceso penal²¹. Sin embargo, al margen de estas consideraciones que apuntan más bien a aspectos formales y procesales en la aplicación del precepto, pueden contabilizarse varias cuestiones controvertidas sobre las que ha girado el análisis crítico del contenido del artículo 510.1 CPE.

Casi de forma unánime, la doctrina penal española se ha mostrado contraria a la tipificación penal de las conductas de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. Así, se ha puesto de manifiesto reiteradamente que, como delito de peligro abstracto²², supone un excesivo adelantamiento de la barrera de protección penal²³, lo que ocasiona que el precepto adquiera un carácter meramente simbólico²⁴ y sea muestra de la tendencia expansiva al castigo en el ámbito del Derecho penal²⁵. Ejemplo evidente de ello es la decisión del legislador de castigar una conducta de provocación a un sentimiento o una emoción, como es el odio, que en ningún caso va a ser constitutivo de delito²⁶. Esta última

¹⁷ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 247 s., exigiendo restrictivamente que la enfermedad coloque al afectado en una situación de inferioridad y marginación social. A modo de ejemplo, la autora considera que se mantendrían fuera del tipo la conducta de los padres que exigen el despido de un profesor porque sufre frecuentes depresiones.

¹⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, “*Discriminación*”, 2004, 257, en lugar de aludir al término “nación”, lo que permitiría considerar típica la provocación no sólo a la nación actual del afectado, sino a la que fue anteriormente su nacionalidad.

¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1037, puesto que motivos racistas y pertenencia a etnia o raza tienen el mismo significado.

²⁰ DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1037, al poner de relevancia la dificultad de determinar el contenido de la expresión “provocar al odio”.

²¹ Teniendo en cuenta la dificultad de probar el odio, salvo que se exteriorice en actos concretos, DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038. Abogando por la destipificación de esta conducta, v. LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 265; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038.

²² LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 250 s., no sólo por el hecho de que el precepto castiga el incitar a que otros lesionen los bienes jurídicos tutelados, sino también por el hecho de que no se hace ninguna referencia al individuo, sino a los grupos o asociaciones; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia*, 1999, 288 s.; GÓMEZ NAVAJAS, *LL 1999-3*, 1841; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 508; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 227. También la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona 16-11-1998.

²³ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 34.

²⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, “*Discriminación*”, 2004, 261 s.; CANCIO MELIÁ, “*Derecho penal del enemigo*”, 2003, 76.

²⁵ MUÑOZ CONDE, *PE*, 15ª, 2004, 824, al incriminar la provocación al odio y a la violencia; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4ª, 2004, 1899.

²⁶ BERNAL DEL CASTILLO, “*Discriminación*”, 1998, 81; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038. Además, si el odio se concreta en actos de discriminación o de violencia, o es porque existió con anterioridad una provocación a la violencia o a la discriminación, o fue una incitación indirecta no punible a tenor de lo previsto en el art. 18 CPE; GARCÍA ÁLVAREZ, “*Discriminación*”, 2004, 227, 251.

cuestión ha llevado a plantear si en el artículo 510.1 CPE se castiga en todo caso la provocación a una conducta delictiva. Mientras que la opinión mayoritaria lo rechaza²⁷, existe un sector doctrinal que así lo entiende²⁸. Dentro de este último destaca la postura defendida por GARCÍA ÁLVAREZ, pues considera que se debe restringir el artículo 510.1 CPE a la provocación directa y pública a hechos constitutivos de delito²⁹.

Igualmente se ha evidenciado por la doctrina penal cómo la redacción del precepto vulnera de forma palmaria principios básicos limitadores del *ius puniendi*. De este modo, el artículo 510.1 CPE iría en contra, primeramente, del principio de proporcionalidad, no sólo porque se castiga igualmente la conducta de provocación a la violencia que la provocación a la discriminación o al odio³⁰, sino principalmente porque la pena que lleva aparejada este delito es superior a la del delito de discriminación del artículo 511 CPE³¹, o a la pena que correspondería por la aplicación

²⁷ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 253; LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 223; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509, ya que la modalidad típica de provocación al odio impide admitir que en todos los casos se exija una provocación a la perpetración de un delito; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038, lo que ocurrirá en el supuesto de la provocación a la violencia, pero no necesariamente en la provocación a la discriminación ni al odio; CARBONELL MATEU/ VIVES ANTÓN, *Comentarios II*, 1996, 2003, por lo que respecta a la discriminación y a la violencia, pero no al odio; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4º, 2004, 1899; LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 84.

²⁸ CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, 1997, 1275, postulando por una interpretación restrictiva por lo que respecta a la provocación al odio, concretando éste en hechos, ya que de no ser así, se incluirían en el precepto conductas que, probablemente, el legislador no deseaba sancionar penalmente. Sin embargo, en mi opinión, se debe tener en cuenta que la interpretación restrictiva que realiza CANCIO MELIÁ no se desprende del tenor del precepto, sino que responde, más bien, a un *desideratum* del propio autor; GARCÍA ÁLVAREZ, "Discriminación", 2004, 245 s., para fundamentar la intervención del castigo penal.

²⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, "Discriminación", 2004, 246 ss., atendiendo a la configuración de la provocación genérica del art. 18.1 CPE, y con el propósito de hacer realidad el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y de intervención mínima. Así, se debe castigar la provocación a la discriminación, entendiendo por ésta la realización de un acto discriminatorio constitutivo de delito y la provocación a la violencia, siempre y cuando la realización de actos violentos sean constitutivos de delito. Sin embargo, por lo que se refiere a la provocación al odio, y como provocar al odio no es, atendiendo a lo exigido por el art. 18.1 CPE, provocar a ningún delito, no deber permitirse, en su opinión, que sea delictiva la incitación a experimentar emociones contra un grupo de personas, por muy despreciables que éstas sean. Como manifiesto con posterioridad, son loables estos intentos de restringir el tipo del art. 510.1 CPE. Sin embargo, esta propuesta tropezaría con el obstáculo del tenor literal del propio precepto, que castiga expresamente la provocación al odio.

³⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Violencia*, 1999, 292; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1037, teniendo en cuenta que la primera modalidad conduce a resultados más gravosos.

³¹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4º, 2004, 1899. Además, en opinión de este autor, la sistemática de este artículo, anterior a la incriminación de la propia conducta de discriminación (art. 511 CPE) apunta a la naturaleza "sui generis" de este precepto. En opinión de DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1039, la inducción a la discriminación del art. 511 CPE (en donde supone que el autor ha llevado cabo a la conducta descrita en el tipo) se castiga menos que la provocación prevista en el art. 510.1 CPE, lo que supondría una incoherencia punitiva.

de alguno de los delitos provocados³². A estos argumentos viene a añadirse la previsión de una mayor pena para la provocación a un delito de peligro indeterminado que para la provocación a un delito de resultado, como pueden ser las lesiones del artículo 147.1 CPE³³.

Además, también se ha señalado que el castigo de estas modalidades de provocación supone una vulneración del principio de intervención mínima, con el argumento de que resulta incoherente castigar la provocación a una violencia que, en muchos casos, va dar lugar a unos tipos (como por ejemplo delitos o faltas de daños, coacciones, amenazas, malos tratos o faltas de lesiones) respecto de los cuales no está prevista la punición expresa de la provocación, tal y como exige el artículo 18.2 CPE³⁴.

No es, por lo tanto, de extrañar, que se hayan elevado voces abogando por la eliminación de dicho precepto en el CPE³⁵. Una tesis particular a favor de la destipificación es la que la ofrece LANDA GOROSTIZA³⁶. Este autor sostiene que el artículo 510.1 CPE no puede ser de aplicación general en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, LANDA GOROSTIZA lleva a cabo una contextualización de la incriminación, al considerar que sería de admisible aplicación en aquellos casos en los que existan colectivos inmersos en una situación crítica, de manera

³² BERNAL DEL CASTILLO, "Discriminación", 1998, 85, en referencia al delito de daños, que lleva aparejada una pena de multa que oscila entre los 6 y 24 meses (art. 263 CPE).

³³ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 34.

³⁴ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 35.

³⁵ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 33 s. La propuesta de supresión de las conductas de provocación al odio, a la discriminación y a la violencia se fundamentan, respecto de cada modalidad, en el carácter difuso de la conducta, la expresa tipificación de actos de discriminación especialmente graves (arts. 314, 551 y 512 CPE) y, por último, el excesivo adelantamiento de la barrera penal de protección para unos bienes jurídicos sometidos a un riesgo indeterminado. Sin embargo, esta propuesta dentro del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL no es unitaria. Una posición minoritaria sostiene que el precepto debería mantenerse, aunque con modificaciones, quedando redactado del modo siguiente: "Los que provoquen a la violencia contra individuos, grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses". La marginación en la que se encuentran diversos grupos, que es precisamente lo que les coloca en una situación de menor garantía en el ejercicio de sus derechos fundamentales, es lo que, a juicio de este sector, legitima un adelantamiento limitado de las barreras de protección. Sin embargo, se debe tener en cuenta que alguna opinión minoritaria ha justificado la tipificación de las conductas de provocación en el artículo 510.1 CPE en razón de los bienes jurídicos protegidos en el precepto, en alusión a la dignidad humana y el derecho de todo individuo a no ser discriminado. Así, GÓMEZ NAVAJAS, *LL 1999-3*, 1841 s., aunque reconoce el excesivo adelantamiento de la barrera de protección penal en los supuestos de provocación al odio. Igualmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, que condenó a un librero barcelonés como autor de un delito de provocación al odio, a pesar de que reconoce el adelantamiento de la barrera de protección penal, encuentra que esto está plenamente justificado por la idoneidad de las conductas para poner en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma.

³⁶ LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 355 ss., 366 ss.

que la realización de las provocaciones contenidas en el tipo podría ocasionar una situación amenazante para ellos³⁷. Sin embargo, el autor niega la existencia de dichos colectivos en la sociedad actual, por lo que, al no presentarse la excepción que legitimaría la intervención, aboga por la desaparición del tipo³⁸. No obstante, propone una redacción nueva con la inclusión determinadas exigencias, como son la existencia de una situación crítica, la aplicabilidad exclusiva a grupos sobre los que quepa esperar que sufran situaciones de amenaza colectiva existencial, la relevancia de la conducta típica y no de los motivos, la precisión de las conductas típicas de provocación, la necesidad de exigir con la provocación una situación de amenaza coactiva sobre el grupo y, finalmente, la conceptualización del precepto no como un adelantamiento a la protección llevada a cabo por los delitos de discriminación (artículos 314, 511 y 512 CPE), sino como delito autónomo y específico orientado a la protección de colectivos vulnerables³⁹.

Una tercera cuestión ha girado en torno a la delimitación del bien jurídico protegido en el artículo 510.1 CPE. Es notoria la falta de consenso en esta tarea, pues se ha defendido, entre otras propuestas, que lo que el legislador intenta proteger con la incriminación de estas conductas es la relación de grupos vulnerables en las condiciones de seguridad existenciales⁴⁰, la dignidad humana⁴¹ o la paz pública⁴². Hay incluso quien ha aludido a la

³⁷ LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 355 ss.; Críticamente, GARCÍA ÁLVAREZ, "Discriminación", 2004, 240 s., al entender que, incluso en supuestos de "crisis de legitimación", se debe rechazar su aplicación. Así lo exige, en opinión de esta autora, el respeto al principio de intervención mínima y la exigencia en la incriminación de un verdadero ataque para bienes jurídicos importantes, requisitos que no pueden obviarse ni tan siquiera en situaciones excepcionales.

³⁸ LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 366.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 366 ss., 374, en el sentido siguiente: "Los que provocaren a acciones violentas, hostiles o gravemente arbitrarias contra colectivos étnicos especialmente vulnerables, o contra miembros de éstos, serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años y multa de seis a doce meses, cuando la provocación sea adecuada para producir un efecto amenazante sobre la vida o integridad física del conjunto de los miembros del colectivo. Se entenderá que la provocación a la que alude el párrafo anterior es adecuada para producir el efecto amenazante únicamente cuanto por la especial gravedad de las circunstancias sociales de tensión interétnica, la provocación sea equiparable a una amenaza directa contra la integridad física y/o la vida de los miembros del colectivo en su conjunto. (Párrafo opcional). La vigencia de este precepto será temporalmente limitada a 'X' años/meses a partir de su entrada en vigor al término de los cuales quedará automáticamente derogado".

⁴⁰ LANDA GOROSTIZA, "Intervención penal", 2000, 346 ss. Críticamente, GARCÍA ÁLVAREZ, "Discriminación", 2004, 241, al entender este bien jurídico convertiría en superfluo el art. 510.1 CPE, puesto que la existencia de grupos humanos ya queda protegida a través del delito de genocidio (art. 607.1 CPE).

⁴¹ FERREIRO GALGUERA, *RDP* 72 (2003), 240.

⁴² BORJA JIMÉNEZ, "Violencia", 1999, 293. En contra, LAURENZO COPELLO, *EPC* XIX (1996), 237 ss., por su amplitud e indeterminación.

existencia de diferentes bienes jurídicos según se trate de la provocación a la discriminación, pues en este caso sería el derecho a no ser discriminado, o de provocación a la violencia, en donde se pone en peligro tanto el derecho a no ser discriminado como los bienes jurídicos realmente afectados⁴³. Sin embargo, generalmente se ha entendido que el bien jurídico que se protege es el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social⁴⁴.

Otra interrogante que se ha planteado la doctrina penal española es lo relativo a si las conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia pueden ir dirigidas no exclusivamente contra “grupos y asociaciones”, tal y como exige el tipo, sino contra los miembros individuales de los mismos⁴⁵. Hay algunas opiniones que, restrictivamente, optan por entender típicas las conductas sólo cuando vayan dirigidas contra “grupos o asociaciones”⁴⁶, pues el principio de legalidad así lo impondría⁴⁷. Sin embargo, existen autores que, a pesar del tenor literal, abogan por el castigo de las modalidades de provocación cuando éstas van dirigidas exclusivamente contra los miembros

⁴³ GARCÍA ÁLVAREZ, “Discriminación”, 2004, 257 s., sin que haga referencia al bien jurídico protegido cuando el legislador opta por castigar la provocación al odio, probablemente en coherencia con la tesis que defiende en el sentido de que el principio de intervención mínima obliga a interpretar restrictivamente el tipo y exigir que la provocación sea a actos constitutivos de delito, no participando la provocación al odio de este requisito.

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, *EPC XLIX* (1996), 236 ss., matiza la delimitación del bien jurídico protegido al entender que existiría no sólo un interés individual, como es el derecho a ser tratado de forma igual que los semejantes, sino también un interés colectivo, como es la preservación de un modelo de convivencia presupuesto del texto constitucional; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1036, haciendo extensiva la protección de este bien jurídico a los arts. 511 y 512 CPE.

⁴⁵ Téngase en cuenta que la redacción originaria del precepto en el Proyecto de CPE de 1994 llevaba a cabo una referencia expresa a la discriminación de grupos y también de personas. Así, el art. 490 del Proyecto de CPE disponía lo siguiente: “Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”, [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *BOCG 77-1* (1994), 68].

⁴⁶ CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, 1997, 1275 s., aludiendo al tenor literal del tipo a la exigencia de proporcionalidad punitiva en relación con delitos que suponen una discriminación directa, efectiva y grave, como los del arts. 314 o 511 CPE; PORTILLA CONTRERAS, *PE II*, 1997, 686; LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 222, 342, al entender que se trata de un tipo autónomo de peligro destinado a la evitación de actuaciones que afecten a un grupo vulnerable en su conjunto, si bien estima que los miembros individuales pueden ser calificados como objeto del delito, aunque no sujeto pasivo; FERREIRO GALGUERA, *RDP 72* (2003), 240, sosteniendo, sin embargo, la incongruencia de sancionar penalmente estas conductas cuando van dirigidas a grupos o asociaciones y dejar impune la provocación cuando va dirigida a sujetos individuales; LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 82 s.

⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 508, ya que lo contrario (incluir a individuos) supondría una ampliación contra reo de un tipo penal que, de por sí, supone una anticipo exagerado de las barreras de punición.

individuales⁴⁸, utilizando como argumentación la propia sistemática de la redacción del tipo, la estructura lógica de la conducta, al entender que la provocación contra grupos implica indefectiblemente la provocación a los miembros de los mismos, y finalmente, el interés en evitar lagunas punitivas irracionales⁴⁹.

La referencia en el tipo a los “motivos racistas”, “antisemitas”, a los relacionados con la “ideología”, “religión”, “creencias”, “situación familiar”, “la pertenencia de los miembros del grupo o asociación a una etnia o raza”, el “origen nacional”, el “sexo”, la “orientación sexual”, la “enfermedad” o la “minusvalía” han conducido a plantear si el artículo 510.1 CPE exige algún especial elemento subjetivo del injusto⁵⁰, aunque esta cuestión no ha sido tratada ampliamente por la doctrina. Partiendo del hecho de que el tipo exige una comisión dolosa⁵¹, se ha defendido muy aisladamente la existencia de un elemento subjetivo específico, al entender que la antijuridicidad de la actuación se fundamenta en el hecho de que el autor actúe impulsado por una determinada motivación⁵². Sin embargo, contrariamente otras opiniones niegan esta posibilidad ya que la alusión a “por motivos” no hace referencia a la motivación o la actitud interna del autor, sino que lo que pretende es limitar el ámbito típico de la conducta discriminadora siempre y cuando concurren dichas circunstancias,

⁴⁸ CARBONELL MATEU/ VIVES ANTÓN, *Comentarios II*, 1996, 2003; LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 251 s., no sólo por la naturaleza individual del bien jurídico protegido, sino también por el absurdo al que se llegaría si se considerase atípica la conducta en relación a un único individuo concurriendo alguna circunstancia prevista en el tipo. En su opinión, el legislador, al situar el punto de referencia en el propio colectivo, lo que pretende es evitar que se cree en los ciudadanos una situación hostil de rechazo hacia los caracteres que distinguen al grupo, actitud que sienta las bases para posibles actos de discriminación hacia sus miembros. A su juicio, el objeto de tutela siguen siendo los miembros individuales del grupo, aunque su protección se adelanta doblemente. Sin embargo, la autora reconoce que esta interpretación da lugar a un espectro excesivamente amplio de conductas punibles; BERNAL DEL CASTILLO, *Discriminación*, 1998, 84, ya que la referencia a la persona individual está implícitamente recogida en el tipo; GÓMEZ NAVAJAS, *LL 1999-3*, 1841, puesto que el precepto apunta a aspectos tales como las creencias o la situación familiar que ponen de manifiesto valores de naturaleza individual; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 258 s., ya que lo lógico es que las conductas se dirijan contra alguno de los miembros de un grupo marginal; MUÑOZ CONDE, *PE*, 15º, 2004, 825.

⁴⁹ DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1037 s.

⁵⁰ Entiendo por elementos subjetivos del tipo o del injusto aquellos “ánimos o fines específicos distintos al simple dolo y requeridos expresamente por la descripción legal, sin los cuales, la conducta no es que sea típica pero no culpable, sino que no está ni siquiera penalmente prohibida, no es típica y antijurídica”. (LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 395).

⁵¹ GARCÍA ÁLVAREZ, “*Discriminación*”, 2004, 259. En opinión de DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038 s., se exigiría dolo directo, es decir, el conocimiento y voluntad de la acción provocadora y además respecto de la violencia, la discriminación o el odio.

⁵² Lo que, en opinión de quien sostiene esta tesis, plantea no sólo problemas de prueba, sino también un claro acercamiento al Derecho penal de autor de difícil encaje en un Estado social y democrático de Derecho, (BORJA JIMÉNEZ, *Violencia*, 1999, 272 ss., 292).

representando la motivación el componente objetivo del comportamiento que especifica el factor de identificación del grupo al que se dirige⁵³.

Por último, cabe poner de manifiesto que una de las cuestiones que mayor controversia suscita es la relativa a si el artículo 510.1 CPE es un tipo dependiente de la provocación genérica (artículo 18.1 CPE) o, por el contrario, se puede considerar como tipo autónomo.

Es posible distinguir, en este sentido, dos corrientes diferenciadas: en primer lugar, aquellos que consideran que la noción de provocación debe ser interpretada según el sentido del artículo 18.1 CPE⁵⁴. Por el contrario, hay quien entiende que la provocación prevista en el artículo 510.1 CPE es autónoma respecto de la que regula el artículo 18.1 CPE. Así, la no aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 18.1 CPE vendría motivada por la exigencia en este precepto de la incitación a la perpetración de un delito, lo que no se requiere en el artículo 510.1 CPE⁵⁵, además de la desaparición en este precepto de cualquier referencia a la apología como forma específica de provocación o a la publicidad⁵⁶. Igualmente se ha sostenido que la potencial lesividad de las conductas tipificadas para grupos o asociaciones impide interpretar que esta provocación es similar a la contemplada en el artículo 18.1 CPE⁵⁷.

En el ámbito de esta discusión, merece destacar la interesante opinión sostenida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Este autor parte de la premisa de que el artículo 18.1 CPE requiere la incitación “a la perpetración de un delito”. En su opinión, podría ser admisible considerar que en los casos de la *provocación a los delitos de discriminación* de los artículos 511, 512 y 314

⁵³ LANDA GOROSTIZA, “Intervención penal”, 2000, 237 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 510, a pesar de que el tipo no exige que los motivos se refieran a la asociación o sus miembros, propone una interpretación restrictiva al delimitar el ámbito de lo punible a los casos en los que los motivos se refieran a la ideología, religión, creencias, etc.. del grupo, consideración a la que me adhiero; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 259 s.

⁵⁴ BERNAL DEL CASTILLO, “Discriminación”, 1998, 76; CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, 1997, 1274; GÓMEZ NAVAJAS, *LL* 1999-3, 1843, atendiendo al hecho de que el art. 510 CPE no exige publicidad, a diferencia del art. 165 ter CPE 1944/1973; FERREIRO GALGUERA, *RDP* 72 (2003), 240; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038, exigiendo en la incitación unos mínimos, como es el hecho de que ésta llegue a los destinatarios y que estos resuelvan cometer actos de violencia o de discriminación; GARCÍA ÁLVAREZ, “Discriminación”, 2004, 245; MUÑOZ CONDE, *PE*, 15º, 2004, 825.

⁵⁵ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 253 s., aunque apunta la necesidad de recurrir a lo exigido en el art. 18.1 CPE para delimitar el contenido de la provocación del art. 510.1 CPE; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4º, 2004, 1899, aunque deberá ser interpretada en el sentido del art. 18.1 CPE.

⁵⁶ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 253 s.; Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona 16-11-1998, aunque el engarce con lo dispuesto en el art. 18.1 CPE sea incuestionable.

⁵⁷ LANDA GOROSTIZA, “Intervención penal”, 2000, 342.

CPE sí nos encontramos ante una auténtica provocación del artículo 18 CPE⁵⁸. Igualmente podría sostenerse que los casos de *provocación a la violencia* pueden constituir delitos concretos. Sin embargo, lo que impide la aplicación directa del artículo 18.1 CPE es la referencia de la *provocación al odio*, pues la provocación a este sentimiento no constituye ningún delito. El citado autor sostiene la posibilidad de una aplicación analógica a los supuestos que recoge el artículo 510.1 CPE de los requisitos que establece el artículo 18.1 CPE para la provocación a perpetrar un delito. De este modo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO argumenta que “*si el CP es estricto a la hora de exigir requisitos para castigar la provocación a hechos punibles, parece razonable que lo sea al menos en igual medida respecto de la provocación a hechos no delictivos*”⁵⁹.

El hecho de que el artículo 510.1 CPE castigue conductas de provocación ha planteado el interrogante de cómo se debe sancionar, por ejemplo, la conducta de provocación a la violencia cuando ésta va seguida de la perpetración del delito. Si se acogiera la previsión recogida en el artículo 18.2 CPE, que castiga como inducción los casos en los que a la provocación genérica a delinquir haya seguido la perpetración del delito, esto conduciría, a juicio de LAURENZO COPELLO, a resultados punitivos absurdos, ya que el castigo que lleva aparejado el artículo 510.1 CPE puede ser mayor que la pena prevista para el delito en concreto cometido⁶⁰. En opinión de esta autora, no se plantean problemas si el delito al que se incita no contempla el castigo expreso de la provocación, ya que será de aplicación lo previsto en el artículo 510.1 CPE, al no poder aplicar la regla contenida en el artículo 18.2 CPE (esto es, que la provocación seguida de perpetración del delito se castiga como inducción). El conflicto se plantearía, por ejemplo, si se provocara a ejercer violencia física y esta se concretara en unas lesiones, que es un delito que sí admite el castigo de los actos preparatorios punibles. A su juicio, la punición puede fundamentarse a través de dos consideraciones: o bien castigarse únicamente la inducción al delito de lesiones aplicando la agravante del

⁵⁸ Sin embargo, se debe tener en cuenta no sólo que estos delitos tipifican conductas referidas a personas individuales (salvo el artículo 511.2 CPE), sino también que resultaría incoherente que la provocación a los artículos 314, 511 y 512 CPE se castigara en el artículo 510 CPE con una pena superior a la que estos preceptos prevén para los supuestos de consumación, concluyendo el autor que la discriminación a la que se refiere el artículo 510 es más amplia que la contemplada en dichos preceptos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509.

⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509, sin que esta interpretación restrictiva solvete las incongruencias que plantea el art. 510.1 CPE.

⁶⁰ Así, por ejemplo, la inducción a un delito de lesiones del artículo 147 se castigaría con la pena de prisión de seis meses a tres años, mientras que la provocación a la violencia del artículo 510.1 CPE llevaría aparejada una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

artículo 22.4 CPE⁶¹, o plantear un concurso ideal entre la provocación a la violencia del artículo 510.1 CPE y la inducción al delito de lesiones. LAURENZO COPELLO opta inicialmente por la primera solución⁶², aunque pone de manifiesto el inconveniente de esta propuesta al existir supuestos en los que la pena resultante sería menor que la aplicable en el artículo 510.1 CPE. El interés en evitar incongruencias punitivas es lo que conduce a la citada autora a recurrir finalmente al castigo a través del concurso ideal de delitos⁶³.

B. Toma de postura

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, han sido numerosas las objeciones planteadas tanto en la redacción del precepto como en la razón de su incriminación. Esto demanda un posicionamiento personal al respecto.

a) Considero que el bien jurídico que el legislador trata de proteger con la incriminación de estas conductas de provocación es doble: por un lado, existiría un bien jurídico común a las tres modalidades que es el derecho a no ser discriminado *como grupo* por las razones referidas a la raza, la ideología, religión, creencias, situación familiar, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Además, y por lo que se refiere a la provocación a la violencia, se podría defender la existencia de otro bien jurídico que coincidiría con aquel que se protege en las modalidades delictivas en las que se traduce la conducta violenta (la vida, la integridad, la libertad, la propiedad, etc.).

Cuestión aparte es dilucidar, en primer lugar, si ese bien jurídico común (el derecho a no ser discriminado como grupo) presenta una entidad tal como para merecer protección penal y, en segundo lugar, si las conductas de provocación recogidas en el tipo ponen en peligro dicho bien jurídico. El artículo 14 CE consagra el derecho a la igualdad ante la ley, "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza,

⁶¹ Artículo 22.4 CPE: "Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca."

⁶² A favor de esta opción, v. GÓMEZ NAVAJAS, *LL* 1999-3, 1842, aun admitiendo que, ocasionalmente, podría resultar una pena menor a la resultante de aplicar únicamente la prevista en el artículo 510.1 CPE. En opinión de GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 255 s., la propuesta del concurso de delitos no es admisible al vulnerar el principio *non bis in idem*. Esta autora opta por castigar por la inducción al delito de que se trate con la agravante genérica del artículo 22.4 CPE o por la provocación del artículo 510.1, según lo que resulte más gravoso.

⁶³ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 262 s., reconociendo, sin embargo, que no es una solución técnica depurada. En contra, BERNAL DEL CASTILLO, *Discriminación*, 1998, 85, ya que, tal y como establece el artículo 18 CPE, la provocación seguida de comisión debe castigarse como inducción.

sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Entiendo que el mantenimiento de unas condiciones de igualdad que no dependan, en ocasiones, de circunstancias tan aleatorias como el nacimiento, la raza, el sexo, etc., contribuye necesariamente al desarrollo del individuo en su esfera más íntima y en sus relaciones con los demás y cuyo ataque exige la intervención del Derecho penal. El legislador penal así lo ha entendido al incriminar acertadamente conductas que suponen comportamientos discriminatorios, por ejemplo en el ámbito laboral (artículos 314, 511 y 512 CPE)⁶⁴. Sin embargo, considero que la incriminación que efectúa el artículo 510.1 CPE al castigar la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia realizada sobre determinados grupos en situación de especial vulnerabilidad no es del todo acorde con una concepción liberal de un derecho a castigar limitado.

b) Coincido con aquellas opiniones que sostienen que la incriminación de las conductas de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra determinados grupos y asociaciones supone un excesivo adelantamiento de la barrera de protección penal y una muestra más del carácter simbólico que lamentablemente ha dejado de ser residual en el CPE. Así, no debe olvidarse que la finalidad de la incriminación de estas conductas en el artículo 165 ter CPE 1944/1973 tuvo su razón de ser en la proliferación en Europa de episodios de violencia racista y antisemita, entendiéndose en aquel momento que la regulación penal existente era insuficiente para atajar el problema.

Considero que el artículo 510.1 CPE no necesariamente supone el castigo de la provocación a una conducta delictiva. Así, el hecho de que el provocador incite a otros a experimentar un sentimiento de odio contra un grupo o asociación determinada no tiene por qué conducir absolutamente a la comisión por parte de aquellos de un delito. Es loable el intento de algunos autores de restringir el precepto, por lo que respecta a la provocación al odio, a aquellos casos en los que el odio sea constitutivo de una conducta delictiva y excluir del ámbito de lo punible cuando no lo sea. Sin embargo, el afán por respetar escrupulosamente los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima no pueden obviar el tenor literal de un precepto que incrimina la conducta de provocación al odio. La

⁶⁴ Al margen de la incriminación de otras conductas que suponen comportamientos discriminatorios, como son muestra de ello el artículo 515.5º CPE, al sancionar penalmente las asociaciones ilícitas "que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión, creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello", o el artículo 607.1 CPE que castiga el delito de genocidio.

experimentación de un sentimiento o de una sensación, en este caso negativa en relación con un grupo o asociación determinada no tiene por qué traspasar le esfera personal e íntima del sujeto provocado. Sin embargo, lo habitual será que el odio se traduzca o se plasme en comportamientos que pueden ser constitutivos de delito, pero que en la mayoría de los casos van a dar lugar a conductas discriminatorias o violentas. Entiendo, por lo tanto, que la referencia al odio implica la criminalización de una sensación interna, por lo que la inclusión de esta modalidad de provocación es rechazable.

Resulta evidente la vulneración del principio de proporcionalidad en la incriminación de estas conductas, no sólo por los diferentes argumentos que sucesivamente ha expuesto la doctrina, sino también por el análisis comparativo del artículo 510.1 CPE en relación con la provocación genérica a un delito de lesiones (artículo 151 CPE *erc.* artículo 147 CPE). Así, la expresión “hay que golpear a A en el vientre para darle una lección” encontraría respuesta penal a través del artículo 151 CPE (evidentemente, siempre que reúna las características de la provocación del artículo 18.1 CPE), que castiga la provocación genérica al delito de lesiones. Es constatable que el peligro para el bien jurídico integridad física o moral es mucho mayor que en los casos de provocación a la violencia del artículo 510.1 CPE, pues, como exige el tipo, la violencia debe ir referida no a personas individuales, sino a grupos o asociaciones. La identificación o individualización del objeto de la conducta delictiva supone una mayor peligrosidad de la incitación criminal respecto al bien jurídico protegido, pues no es lo mismo incitar a cometer actos violentos contra un grupo que contra una persona individual. Este menor grado de peligro en las conductas del artículo 510.1 CPE debería traducirse, en virtud del principio de proporcionalidad, en un menor rigor punitivo. Sin embargo, puede observarse cómo la pena prevista para este delito es notablemente superior a la correspondiente a la provocación genérica al delito de lesiones, ya que estableciendo la rebaja en uno o dos grados (artículo 151 CPE *erc.* artículo 147 CPE), el marco penal comprendería desde el mes y quince días de prisión hasta los tres meses, lo que vulnera palmariamente el principio de proporcionalidad⁶⁵. Sin embargo, esta

⁶⁵ Debe tenerse en cuenta que, incluso aplicando las penas de la provocación a los más graves delitos de lesiones, esto es, poniendo en relación el artículo 151 CPE con el artículo 149 CPE, si bien rebajando en un grado la pena de prisión de seis a doce años contemplada en el artículo 149 CP resulta una pena superior a la del artículo 510.1 CPE, si la rebaja se produce en dos grados, la pena resultante sería de prisión de un año y seis meses a tres años. Esta pena es ciertamente superior en su límite mínimo a la prevista en el artículo 510.1 (prisión de uno a tres años), pero comparte el límite máximo, sucediendo además que en el caso del artículo 510.1 CPE se añade la pena de multa de seis a doce meses, inexistente en la provocación a los delitos del artículo 149 CPE (sí bien en el caso de la mutilación genital del artículo 149.2 CPE, para ciertos supuestos, se prevé la posibilidad de una pena de inhabilitación especial inexistente en el artículo 510.1 CPE.

contradicción se hace insostenible si efectuamos una comparación con la incriminación de la provocación a otras conductas delictivas. Sosteniendo un concepto amplio de violencia en el artículo 510.1 CPE (entendiendo que encajarían en este precepto la violencia psíquica y la fuerza en las cosas), a través de este precepto podrían castigarse las conductas que provocaran, por ejemplo, a amenazar a un grupo determinado o a dañar sus pertenencias, lo que sin embargo no es posible cuando se trata de una provocación genérica al delito de amenazas, malos tratos o a los daños respecto de un sujeto concreto, pues no existe previsión expresa que castigue esta provocación. Parece un contrasentido, por lo tanto, que por razones de política criminal el legislador haya decidido no incriminar este tipo de conductas por suponer un adelantamiento excesivo de la barrera de punición y, por el contrario, imponer una pena que puede ascender a los tres años de prisión cuando dichas conductas se realicen contra grupos o asociaciones, en donde la situación de peligro para el bien jurídico es realmente más difusa.

c) Creo que el principio de legalidad obliga a entender que el artículo 510.1 CPE exige que las conductas provocadas deben recaer sobre “grupos o asociaciones”, aunque resulta evidente que implica la provocación respecto de los miembros individuales. La cuestión, sin embargo, radica en delimitar si la provocación pública a una conducta de discriminación, de odio o de violencia contra un miembro específico del grupo va a ser constitutiva de este delito. El legislador hace referencia en su redacción a “la pertenencia de sus miembros”, lo que parece una remisión clara a los “grupos o asociaciones” como sujeto pasivo único del delito, lo que ya sería más cuestionable si hubiera recogido la expresión “la pertenencia de los miembros”, o como establece en el artículo 515.5° CPE, “alguno de ellos”. Además se debe tener en cuenta que el artículo 4 de la Convención de la Asamblea de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1965, inspirador último del precepto, hace mención a la raza o a grupos de personas al proscribir las conductas de discriminación, lo que refuerza el carácter colectivo del sujeto pasivo. Alude algún autor a lo irracional de la punición si se sostiene que es posible la incriminación cuando las conductas provocadas recaen sobre los grupos o asociaciones, pero no sobre sus miembros individuales, pues dichos comportamientos quedarían impunes. Personalmente sostengo lo contrario: lo que resultaría verdaderamente irracional, desde el ámbito de la punición, sería el castigo de todas y cada una de las modalidades de provocación recogidas en el artículo 510.1 CPE siempre y cuando recayeran, no en grupos o asociaciones, sino en sus miembros individuales. Así, la mera conducta de provocación a terceros para que “discriminen u odien a A

porque es de raza negra” supondría, en mi opinión, la incriminación de un comportamiento que no presenta un grado de peligro suficiente para el bien jurídico merecedor de protección penal. De este modo el Derecho penal adquiriría tintes incluso grotescos como mecanismo destinado a la protección de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más graves y contribuiría a crear socialmente una concepción del Derecho penal como único instrumento sancionador posible, despojándolo en última instancia de su carácter coactivo y eficaz en su vertiente protectora de intereses sociales valiosos.

Podría ser diferente la cuestión cuando lo que se plantea incriminar es la conducta de provocación a la violencia contra un miembro de un grupo en situación de especial vulnerabilidad. Es cierto que, por lo que respecta a la afectación del bien jurídico protegido, no es comparable la provocación a la discriminación o al odio que la incitación a la ejecución de conductas violentas. Así lo demuestra el legislador al castigar la provocación a un delito de lesiones cuando recae sobre un sujeto individual (“Hay que dar una paliza a A porque es de raza negra”) (artículo 151 CPE), siendo admisible en este caso la aplicación de la agravante del artículo 22. 4 CPE. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no existe sanción penal en otros supuestos en los que también se incita a la violencia contra un sujeto individual (sosteniendo un concepto amplio de violencia), como por ejemplo podría ser el caso de la provocación a un delito de daños contra un sujeto A porque es de raza negra, al no preverse de forma expresa dicho castigo. En mi opinión, esta argumentación serviría para demostrar de nuevo la excesiva amplitud en la regulación del artículo 510.1 CPE cuando castiga la provocación en relación a grupos o asociaciones, pues si el legislador no considera necesaria la incriminación de los actos preparatorios punibles frente a una conducta de provocación a la violencia dirigida a un sujeto concreto (como por ejemplo la provocación a los daños), menos lo será cuando esté proyectada a un conjunto de individuos en donde el grado de peligrosidad para el bien jurídico es mucho menor⁶⁶.

⁶⁶ No resulta una contradicción sostener, por un lado, un mayor merecimiento de sanción penal cuando la conducta de provocación recae sobre un sujeto individual que cuando el titular del bien jurídico protegido es un grupo y rechazar, por otro, la incriminación de la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia cuando van dirigidos, no contra un grupo como dispone el artículo 510.1 CPE, sino contra un sujeto individual. Debe quedar claro que la legitimación de la intervención penal resulta más evidente cuando se hace referencia a la provocación a la violencia cuando esta recae sobre un sujeto concreto que cuando lo hace sobre un grupo. No se puede afirmar lo mismo en relación con las restantes modalidades de provocación (a la discriminación o al odio), pues si ya es cuestionable su incriminación cuando se recaen sobre grupos, más lo será cuando el titular del bien jurídico es un sujeto individual, puesto que en estos casos se cuestionaría incluso la existencia de bien jurídico protegido y, por lo tanto, el respeto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos limitador del *ius puniendi*.

Por lo que respecta a la cuestión de si el delito de provocación castigado en el artículo 510.1 CPE es un tipo autónomo o dependiente de la provocación genérica del artículo 18 CPE, coincido con aquellas opiniones que defienden la primera opción. La ausencia de referencias en el artículo 510.1 CPE a cualquier tipo de publicidad o a la apología como forma de provocación o la exigencia expresa en el artículo 18 CPE de la incitación a un delito, lo que no ocurre en el artículo 510.1 CPE, avalan la tesis de que nos encontramos ante un tipo autónomo. La cuestión radica en determinar si, a pesar de ser un tipo autónomo, es posible establecer una vinculación con lo exigido para la provocación genérica en el artículo 18 CPE. A mi juicio, resulta absolutamente convincente la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO al sostener la aplicación analógica a los casos recogidos en el artículo 510.1 CPE de los requisitos exigidos para castigar la provocación genérica del artículo 18 CPE, teniendo en cuenta la imposibilidad de aplicar directamente lo dispuesto en este precepto, pues sanciona penalmente la incitación a la perpetración de un delito, mientras que el artículo 510.1 no necesariamente.

d) Sin embargo, antes de pasar al análisis del artículo 18 CPE para ver qué exigencias son aplicables en la interpretación del artículo 510.1 CPE, es necesario hacer mención a la problemática acerca de la posibilidad del castigo en aquellos casos en los que la provocación va seguida de perpetración del delito. En relación con la conducta de provocación a la violencia se planteaba la posibilidad, en primer lugar, de castigar por el delito de inducción en relación con la conducta provocada realizada, aplicando a su vez la agravante del artículo 22.4 CPE, o sostener, contrariamente, la existencia de un concurso de delitos entre el delito de provocación del artículo 510.1 CPE y la inducción a un delito de lesiones. Estableciendo un paralelismo con la provocación genérica a un delito de lesiones a la que sigue la perpetración de dicho delito, es evidente que resultaría incoherente castigar al provocador por el delito de provocación genérica y además como inductor de un delito de lesiones, pues la existencia de un mismo bien jurídico protegido en ambos preceptos supondría una vulneración palmaria del principio *non bis in idem*. Se trataría, por lo tanto, de un concurso de leyes que castigaría al provocador como inductor de un delito de lesiones, pues a través de la inducción se recoge más adecuadamente todo el desvalor de la conducta del provocador, aparte de que esta exigencia aparece prevista expresamente en el artículo 18.2 CPE. Sin embargo, se puede sostener que cuando un sujeto provoca a la violencia según lo establecido en el artículo 510.1 CPE y el provocado ejecuta dicha violencia, dando lugar a un delito de lesiones, el bien jurídico es diferente, puesto que aquel precepto protegería genéricamente el derecho de un grupo a no ser discriminado, mientras que la incriminación por la

inducción de un delito de lesiones sancionaría la lesión de la integridad física o moral del ofendido. Podría ser admisible, por lo tanto y debido a la existencia de dos bienes jurídicos diferenciados, el recurso al concurso de delitos, sin que por ello vulnerara el principio *non bis in idem*. Sin embargo, si se sostiene, como correctamente creo, que en la delimitación del término “provocación” del artículo 510.1 CPE se deben exigir al menos los requisitos establecidos para la provocación genérica (artículo 18 CPE), todo lo recogido en este precepto deberá ser aplicado para analizar cualquier eventualidad que se produzca en relación con el artículo 510.1 CPE, como por ejemplo puede ser el hecho de que la provocación tipificada en este precepto vaya seguida de la perpetración del delito. De este modo, la solución vendría por castigar penalmente a través de la inducción a un delito de lesiones, con aplicación de la agravante del artículo 22.4 CPE. El hecho de que en algunos supuestos (así, por ejemplo el artículo 147.1 CPE), la pena resultante de castigar por la inducción sea menor que la sanción a través de la provocación del artículo 510 CPE, muestra, otra vez más, la excesiva carga punitiva que lleva aparejada este precepto y que cuestiona ampliamente el principio de proporcionalidad⁶⁷. Esto permitiría considerar que la solución más coherente con el propio CPE (aunque no la más deseable en abstracto), quizás sea la del concurso ideal de delitos o, al menos, aplicar la alternatividad del delito concreto ejecutado junto con la agravante del artículo 22.4 CPE o, por otro lado, lo dispuesto en el artículo 510.1 CPE, según cuál sea el que lleva aparejado más pena.

Todas estas consideraciones demuestran, a mi entender, la necesidad de reformular el tipo del artículo 510.1 CPE. Así, se deberá abogar por la exclusión de conductas provocadoras de meros sentimientos que carecen de relevancia penal, como es la provocación al odio. Si bien es posible el mantenimiento de las conductas de provocación a la violencia y a la discriminación, la redacción del tipo exigiría la interpretación del precepto al menos con los requisitos previstos para el artículo 18 CPE, así como establecer por lo que respecta a su punición una coherencia proporcional con lo previsto en el resto de preceptos con los que podría establecerse una vinculación (delitos de discriminación, provocación genérica a delitos concretos, etc.). Además, el propio precepto debería limitar su ámbito de aplicación a aquellas conductas provocadoras que ocasionaran de forma directa, real y grave un peligro auténtico para el

⁶⁷ Ya que la pena resultante de castigar por una inducción al delito de lesiones del artículo 147.1 CPE con aplicación de la agravante del artículo 22.4 CPE podría ir desde los quince meses hasta los tres años de prisión, mientras que el artículo 510.1 CPE establece por la provocación una pena de prisión de un año a tres años y multa de seis a doce meses.

bien jurídico, es decir, a supuestos en que con la provocación se acentuara notablemente la situación de especial vulnerabilidad de determinados grupos, de por sí ya sensibles a cualquier ataque.

C. El artículo 510.1 CPE y su relación con la provocación genérica como acto preparatorio punible (artículo 18 CPE)

Volviendo a la cuestión de si el artículo 510.1 CPE es un tipo autónomo o dependiente y, con independencia de abogar por la primera opción, se evidencia que las distintas opiniones coinciden en el hecho de que para delimitar el concepto de la provocación del artículo 510.1 CPE se debe tener en cuenta lo exigido para fundamentar el castigo de la provocación genérica a delinquir del artículo 18.1 CPE. Veamos, por lo tanto, y de forma muy breve, los elementos configuradores de la provocación genérica del artículo 18.1 CPE.

Con una formulación novedosa respecto de lo que disponía el artículo 4.3º CPE 1944/1973⁶⁸, el artículo 18 CPE define la provocación con los siguientes términos:

“1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

Si se sostiene que la razón del castigo de todos los actos preparatorios es la especial peligrosidad que conlleva la implicación de terceros en el proyecto criminal⁶⁹, que supondría la puesta en marcha de un curso

⁶⁸ Artículo 4.3º CPE 1944/1973: “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción” Así, como novedades más relevantes se detallan la inclusión del término “directamente”, la exigencia de que la provocación sea realizada ante una concurrencia de personas y la consideración de la apología como forma de provocación. En relación con la evolución histórica en la regulación de los actos preparatorios punibles, v. REBOLLO VARGAS, “La provocación”, 1999, 31 ss. Por lo que respecta al trámite parlamentario que desembocó en la redacción actual del art. 18 CPE, v. BARQUÍN SANZ/ OLMEDO CARDENETE, *Comentarios I*, 1997, 907 ss.; BARBER BURUSCO, “Actos preparatorios”, 2004, 221 ss.

⁶⁹ REBOLLO VARGAS, “La provocación”, 1997, 21 ss., 97 ss.; MIR PUIG, *PG*, 7º, 2004, 340.

causal delictivo independiente⁷⁰, entonces resulta coherente la exigencia de determinados requisitos que fundamenten la sanción penal. Evidentemente, la regla general de impunidad de los actos preparatorios se verá exceptuada siempre y cuando se legitime la intervención penal por la proximidad del peligro suficiente para el bien jurídico. Así, el hecho de que los actos preparatorios pueden implicar un peligro más bien remoto para los bienes jurídicos protegidos no justifica que en todo caso deban ser castigados, sino que los principios de subsidiariedad y fragmentariedad limitadores del *ius puniendi* son los que deben actuar como rectores en la protección de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más graves⁷¹.

a) En primer lugar, tal y como exige el propio tipo, la provocación debe consistir en una *incitación*, entendiéndose que “incitar” implica “mover o estimular a uno para que ejecute una cosa”⁷² o “hacer surgir o intentar hacer surgir en otro u otros la resolución de cometer un hecho delictivo”⁷³. Además, esta incitación ha de ser *directa*. De este modo, sólo son punibles los requerimientos que, “de modo expreso, indubitado e inequívoco”⁷⁴, inciten a la comisión de un delito. Es decir, la incitación ha de ser abierta, clara e inequívoca⁷⁵, a las claras, sin rodeos, derechamente⁷⁶, exigiendo que el provocador con su conducta promueva abierta y claramente la realización del hecho delictivo⁷⁷, no siendo suficiente una estimulación vaga y generalizada⁷⁸. De ahí que se deban excluir del ámbito típico las manifestaciones que

⁷⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONILLED, *EPB*, 2022, 302; BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 116.

⁷¹ DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 951 s.

⁷² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, II, 21^a, 1992, 1152.

⁷³ DEL ROSAL BLASCO, “*La provocación*”, 1986, 311.

⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 961 s. En opinión de este autor, esto se deduce, en primer lugar, de la propia previsión de la apología en el párrafo segundo del artículo 18.1 CPE, al exigir que sólo será delictiva cuando constituya una incitación directa a cometer un delito. También alude al argumento de la colocación del adverbio con anterioridad al verbo incitar, a diferencia de la inducción del artículo 28 CPE que lo hace después. Así, cuando el artículo 28 CPE exige que se induzca directamente hace referencia al medio interpersonal en el que se tiene que realizar la incitación. Por el contrario, si se interpreta en el mismo sentido el término directamente en el artículo 18.1 CPE, esto colisionaría con la referencia a los medios públicos e impersonales a los que alude el propio tipo, por lo que la interpretación más coherente va referida a lo explícito e inequívoco de lo que se quiere transmitir. En contra de esta diferenciación, v. VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 106, al entender que la ley no exige ninguna relación inmediata entre inductor e inducido, sino sólo que haya una incitación directa, lo mismo que en la provocación.

⁷⁵ REBOLLO VARGAS, “*La provocación*”, 1999, 89; DÍAZ Y GARCÍA CONILLED, *EPB*, 2002, 308.

⁷⁶ BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 251 s.

⁷⁷ BARQUÍN SANZ/ OLMEDO CARDENETE, *Comentarios I*, 1999, 916 ss.

⁷⁸ SSTS 21-03-1986 (RJ 8962); 13-11-1998 (RJ 791).

expresen desacuerdos o expresiones que carezcan de instrucciones directivas en el contenido del mensaje destinado al receptor⁷⁹.

- b) Además del carácter directo de la provocación, el artículo 18.1 CPE requiere que el provocador incite a un *delito concreto y determinado*. Se excluye del ámbito de la provocación la incitación genérica a delinquir⁸⁰. Igualmente se requiere la incitación a un delito doloso, que no a una falta, en los que el CPE haya previsto expresamente el castigo de la provocación⁸¹, eliminándose del ámbito de la provocación y de la inducción los sujetos que ya estaban decididos a cometer el hecho delictivo⁸².
- c) Por último, el tipo que prevé el castigo de la provocación genérica exige que dicha incitación se lleve a cabo mediante medios de difusión o comunicación o ante una concurrencia de personas. Resulta evidente que la *publicidad* es requisito indispensable para que la provocación a delinquir sea punible, ya que se alude en el propio tipo a “la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante”, incluyéndose entre estos últimos cualquier tipo de publicación escrita, la radio, la televisión o la difusión por redes informáticas⁸³. Por otro lado, el artículo 18.1 CPE exige que la incitación directa a la comisión de un delito en concreto vaya dirigida a un *destinatario amplio e indeterminado*⁸⁴, aunque algún autor admite que sea un número determinado⁸⁵. Aisladamente se ha sostenido que el destinatario de la provocación puede ser concebida como una incitación privada a un sujeto individual⁸⁶, aunque se ha

⁷⁹ BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 252.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 106; REBOLLO VARGAS, “*La provocación*”, 1999, 89; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 308. En la jurisprudencia, v. STS 21-3-1986 (RJ 1678).

⁸¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 308 s.; BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 256 s.; DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 963.

⁸² VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 107; BARQUÍN SANZ/ OLMEDO CARDENETE, *Comentarios I*, 1999, 918; DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 963.

⁸³ BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 252.

⁸⁴ BARQUÍN SANZ/ OLMEDO CARDENETE, *Comentarios I*, 1999, 899, puesto que lo importante no es el número sino que los receptores del mensaje se muestren como sujetos anónimos; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 308. V., ampliamente, BARBER BURUSCO, “*Actos preparatorios*”, 2004, 238 s., quien cita numerosa doctrina.

⁸⁵ DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 963, como por ejemplo pueden ser los reunidos en una asamblea.

⁸⁶ Así, REBOLLO VARGAS, “*La provocación*”, 1997, 85 ss., aludiendo al hecho de que cuando el CPE ha querido hacer referencia a otros medios difusores públicos o a medios que faciliten la publicidad nunca ha utilizado la expresión u otros medios de posible eficacia. Así, el carácter abierto del precepto es, a juicio del autor, lo que permite sostener una interpretación amplia de la provocación, incluyendo en ella las incitaciones públicas y las privadas. Además, apoya esta interpretación a través de la introducción en el art. 18.1 CPE de la noción “directamente” y la equipara a la inducción directa, que es aquella que se realiza sobre el futuro ejecutor material y en referencia a la realización de un hecho delictivo concreto.

contraargumentado, con razón, que el precepto deja claramente delimitado el carácter de que cualquier medio empleado debe facilitar la publicidad, destinado claramente a hacer conocer el contenido de lo comunicado a un número indeterminado de personas⁸⁷.

Una vez establecidos los requisitos de la provocación, esto es, que sea directa, a un delito concreto y mediante medios de comunicación que faciliten la publicidad o ante una concurrencia de personas, una interpretación restrictiva del tipo del artículo 510.1 obliga a sostener (tanto si defiende o no el carácter autónomo de dicho precepto) que dichos requisitos también van a ser aplicados para definir la conducta típica de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. De este modo se ha sostenido razonadamente que la provocación del artículo 510.1 CPE ha de ser directa⁸⁸ y pública⁸⁹. Así, *“debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone”*, en este caso *“la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos”*⁹⁰. Esto podría explicarse porque resulta que el peligro que constituye una incitación no clara y no dirigida a uno o más sujetos es demasiado remoto para fundamentar el castigo de esta conducta⁹¹.

⁸⁷ BARBER BURUSCO, *“Actos preparatorios”*, 2004, 241.

⁸⁸ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 256; GARCÍA ÁLVAREZ, *“Discriminación”*, 2004, 247; MUÑOZ CONDE, *PE*, 15^o, 2004, 825. Téngase en cuenta que la versión del precepto aprobada por el pleno del Congreso hacia referencia expresa a la provocación directa. Art. 502: “1. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con igual pena: 1º. Los que incitaran al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda. 2º. Los que manipularan informaciones o emitieran informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen racial o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, con temerario desprecio a la verdad”, [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *BOCG 77-13* (1995), 736]. Sin embargo, la referencia expresa al carácter directo y público que aparecía en el precepto desaparece como consecuencia de la introducción por el Grupo Socialista de la enmienda nº 410, a través de la cual “se sustituye el contenido del precepto que reproduce la definición de provocación (incitar por medios públicos etcétera) por economía legislativa y para evitar confusiones sobre el tipo de la conducta”. Así, SENADO, *BOCG 87 C* (1995), 219.

⁸⁹ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 256 ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, *“Discriminación”*, 2004, 247.

⁹⁰ LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 259, quedando fuera del tipo las descalificaciones o juicios negativos si no van dirigidos directamente a conseguir los fines establecidos en el precepto.

⁹¹ Además, al margen de esta interpretación restrictiva del tipo que se exige por coherencia sistemática, se debería tener en cuenta que la intención original del legislador al incriminar estas conductas de provocación fue que la provocación fuese directa, aunque finalmente en el texto aprobado “se sustituye el contenido del precepto que reproduce la definición de provocación (incitar por medios públicos, etcétera) por economía legislativa y para evitar confusiones sobre el tipo de conducta” [SENADO, *BOCG 87 c* (1995), 219]. Sin embargo, esta consideración sólo puede servir como argumento de apoyo, pues se debe reconocer la posibilidad de argumentar contrariamente y sostener que lo que se intenta evitar es la confusión de esta conducta de provocación con la provocación genérica del art. 18. 1 CPE. De ahí que se deba admitir la debilidad del argumento aquí expuesto.

Tras analizar los aspectos más problemáticos que ofrece el art. 510.1 CPE, resta exponer cómo ha sido aplicado dicho precepto por los tribunales españoles.

II. La aplicación del artículo 510.1 CPE en el ámbito judicial: El caso Varela y el caso del Imán de Fuengirola

Cuantitativamente, ha sido escasísima la relevancia del artículo 510.1 CPE en la práctica judicial. Así, tan sólo pueden contabilizarse dos casos en los que los tribunales españoles han condenado a un sujeto por el delito de provocación previsto en este precepto: el caso Varela y el caso del Imán de Fuengirola⁹².

La primera vez que este precepto se aplicó por los tribunales españoles se hizo con motivo del denominado "Caso Varela". En sentencia de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona castigó como autor de un delito continuado de genocidio (artículo 607.2 CPE) y de un delito continuado de provocación al odio a un propietario de una librería de Barcelona que vendía diverso material en el que se negaban los crímenes nazis y se incitaba al odio contra la raza judía, imponiéndole, por el delito de genocidio, la pena de dos años de prisión y por el de provocación al odio la pena de tres años de prisión y doce meses multa, a razón de 2.000 pesetas al día. Ante el recurso planteado en la AP de Barcelona, ésta elevó una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 607.2, al entender que el dicho precepto limitaba sin justificación el derecho de libertad de expresión consagrado en el artículo 20 CE, cuestión de inconstitucionalidad que no fue admitida a trámite por el TC, al haberse formulado en momento procesal no idóneo⁹³. La elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por parte de la AP Barcelona implicó la suspensión del plazo para dictar sentencia resolutoria del recurso de apelación, sin que por ahora me conste la publicación de dicha sentencia.

Sin embargo, la repercusión mediática y social no fue comparable a la que se produjo con el denominado "Caso del Imán de Fuengirola"⁹⁴. A

⁹² V. extensamente, JERICÓ OJER, "El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (artículo 510.1 CP)? (en prensa).

⁹³ En este sentido, v. ATC 18-01-2000 (ATC 24).

⁹⁴ El fallo la sentencia llegó a ocupar editoriales en los principales periódicos de ámbito nacional. Así, por ejemplo, v. EL MUNDO, nº 5.151, 15 de enero de 2004, 3, que califica la sentencia como "condena discutible"; EL PAÍS, nº 9.724, 15 de enero de 2004, 10, por el contrario, aludiendo al carácter ejemplarizante de la decisión judicial.

principios del año 2002, Mohamed Kamal Mostafa, Imán de Fuengirola, publicó un libro titulado “La mujer en el Islam”, en el que, entre otros temas, disertaba sobre el empleo de la violencia contra la mujer⁹⁵. En la sentencia de 12 de enero de 2004, del Juzgado de lo Penal nº 3 de

⁹⁵ Así, como hechos probados se recogen las siguientes manifestaciones: “¿Tiene el hombre derecho a pegar a su mujer?: Esta es una pregunta que, en nuestra calidad de teólogos, hemos escuchado en numerosas ocasiones. Indudablemente se trata de una pregunta malintencionada o, al menos, incompleta. Sería más conveniente formularla de la siguiente manera: ¿Cómo debe tratar el marido a su mujer si ésta se equivoca y cómo ha de comportarse la mujer cuando el marido comete alguna falta? La religión islámica ha decretado los siguientes pasos para la conciliación entre los cónyuges: *Primero*: de parte del hombre hacia su mujer: (a) La exhortación: el diálogo y las palabras serenas, así como la exhortación son la primera vía de conciliación a la que el hombre ha de echar mano para tratar a su mujer rebelde o que se niega a cumplir su débito conyugal. (b) Si el diálogo sereno y la exhortación no desembocan en el resultado esperado, puede recurrir a otra medida disciplinaria: el abandono. Pero nos referimos únicamente al abandono del lecho matrimonial. Efectivamente, el hombre y la mujer, según las costumbres del Islam, han de pernoctar juntos en la misma cámara y se impide al cónyuge pasar la noche fuera de la habitación que comparte con su esposa para que los hijos no se vean afectados por las discordias de sus progenitores. Pues, siendo el objetivo la manifestación del enfado, la permanencia del hombre dentro de la cámara conyugal puede contribuir a disipar las tensiones y favorecer la pronta reconciliación entre la pareja. La mujer ha sido y sigue siendo objeto de los malos tratos y de las palizas por parte del hombre. Incluso, tanto en los países más avanzados como en los menos desarrollados, las sevicias contra las mujeres no han desaparecido. Tal vez, las presiones y tensiones provocadas por el ritmo alocado y vertiginoso de la vida moderna tengan algo de culpa en este fenómeno. Pero, existen también bastantes casos de mujeres que maltratan a sus esposos y recientemente ha surgido en Holanda una agrupación llamada la *Asociación de los Esposos Maltratados*. A nuestro juicio, el vínculo conyugal es una relación que se basa en el mutuo respeto y cuando se viene abajo este respeto, la vida familiar pierde toda su credibilidad. A lo largo de la Historia humana, las religiones y las legislaciones hasta hoy en día no han conseguido acabar con este fenómeno. Pese a todas las normativas existentes, de carácter legal o no, que denuncian el recurso a los malos tratos, las sevicias siguen siendo una realidad cotidiana. Recordemos que el Profeta (la paz sea con él) desaconsejó a una mujer que se casase con un hombre que era conocido por sus vejaciones a las mujeres. Hemos de reconocer que los ideales trazados por las religiones chocan frontalmente con la realidad imperante, por tanto el Islam interviene para imponer unos límites que convierten la paliza en un simple sufrimiento simbólico sin excesos. Además, el juez o el tutor están habilitados para tomar medidas disciplinarias contra el agresor. Y aunque, se menciona en un versículo coránico el castigo físico no significa que el Islam lo consiente, más bien es una escala de medidas que los hombres puedan tomar contra sus esposas en un sentido positivo y limitándose a su dimensión simbólica a través de una serie de restricciones. Además de la negativa del Enviado de Al-lah (la paz sea con él) a consentir el matrimonio de una mujer con el hombre que era famoso por sus maltratos a las mujeres, nunca había pegado en su vida a ninguna de sus esposas. Algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son: Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores. No se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara el pecho, el vientre, la cabeza, etc.). Los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo. Los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente. *Segundo*: De parte de la esposa hacia su esposo (véase la parte del divorcio). Gracias a las restricciones y limitaciones anteriormente expuestas, el Islam ha vaciado el castigo físico de significado como medida represiva y lo convirtió en un puro maltrato de índole psicológico-moral. El propio Profeta jamás había pegado a nadie y cuando algunas mujeres vinieron a denunciar los malos tratos y palizas que les daban sus respectivos maridos, el Enviado de Al-lah dirigió una homilía a los creyentes y les dijo que el peor de los hombres era aquel que maltrataba a su esposa”.

Barcelona⁹⁶ condenó al Imán de Fuengirola, como autor de un delito de provocación a la violencia contra un grupo por razón de sexo, previsto y penado en el artículo 510.1 CPE⁹⁷, imponiendo la pena de un año y tres meses de prisión y multa de ocho meses a razón de 9 euros al día, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como el comiso de los ejemplares del libro y los utensilios empleados para su edición⁹⁸. La Sección Tercera de la AP de Barcelona otorgó al Imán el beneficio de la suspensión de la pena⁹⁹, con la obligación por parte de éste de participar en un programa formativo, en donde se recalcará especialmente el estudio de los artículos 10, 14 y 15 CE¹⁰⁰ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰¹.

⁹⁶ SJP nº 3 de Barcelona 12-01-2004 (ARP 1).

⁹⁷ Acertadamente, el Juez de lo Penal efectúa una distinción, relevante a efectos penales, por lo que respecta a las manifestaciones vertidas por el Imán en su libro: así, cabría distinguir aquellas afirmaciones realizadas por Mohamed Kamal Mostafa que, siendo contrarias al principio de igualdad de derechos y deberes reconocidos a los cónyuges en el art. 66 CC y a pesar de ser intolerables, no tienen encaje penal en el delito de provocación a la discriminación (art. 510.1 CPE) de aquellas otras que, en opinión del Juez, incurrían en el art. 510.1 CPE, dando lugar al delito de provocación a la violencia por razón de sexo. En este sentido, lo que sí daría lugar a la incriminación por el tipo mencionado, tal y como contempla la sentencia en su fundamento jurídico tercero, serían las instrucciones que el Imán ofrece al marido acerca del modo en que debe tratar a la mujer si esta se equivoca, es decir, "en que circunstancias, cuando, con qué, como y donde debe golpearlo cuando la rebeldía persiste, en lo que se manifiesta es vaciar de contenido el castigo físico para transformarlo en un padecimiento de índole moral".

⁹⁸ Por lo que se refiere a cuestiones procesales, v. LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 86.

⁹⁹ Mediante auto de 21 de octubre de 2004, el Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona acordó el ingreso en prisión del Imán, no procediendo el Juez a conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena debido a la existencia de peligrosidad social en el condenado. Críticamente respecto a la fundamentación del auto, v. LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 87, al entender que la argumentación era puramente formal y que no satisfacía la exigencia de motivación suficiente propugnada por el TC. Frente al recurso de reforma planteado ante esta decisión, el Juzgado de lo Penal volvió a denegar el beneficio de la suspensión al vulnerar el condenado con su conducta derechos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho. Contrariamente a esta motivación, v. LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 87, puesto que considera que se aparta de las razones establecidas en los arts. 80 y 81 CPE para conceder dicho beneficio.

¹⁰⁰ Art. 10 CE: "1. La dignidad de la persona, 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 son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Art. 14 CE: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Art. 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

¹⁰¹ En contra de la concesión del beneficio, v. LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 88, al acudir el pronunciamiento cuestiones relativas tanto a la función preventivo-general (al no inhabilitar al Imán para el ejercicio de su función) y especial de la pena, ya que, a su juicio, la AP de Barcelona "no fija el sentido orientativo del curso, no determina la naturaleza de la entidad o persona que deba prestarlo, no indica a quién corresponde la elección final, no establece los criterios para la detección del grado de aprovechamiento, ni define las condiciones, tiempo y modo de su evaluación, no fija tampoco las consecuencias de un eventual escaso aprovechamiento y -lo que es más difícil- tampoco indica siquiera si para el cumplimiento de la condición se impone que el condenado deba alcanzar un determinado sentido de sus conclusiones (...)".

En la doctrina penal española tan sólo se contabiliza un estudio acerca del caso del Imán de Fuengirola¹⁰², que es el ofrecido por LLARENA CONDE¹⁰³. A partir del análisis que el citado autor realiza del caso, me ocuparé de dos cuestiones que considero relevantes: la existencia o no de provocación, por un lado, y la exigencia de que la provocación sea respecto de un delito, por otro.

a) LLARENA CONDE reconoce que, si bien el Imán se muestra contrario al empleo de malos tratos entre los esposos, sí sostiene que el castigo adquiere una dimensión simbólica a través de una serie de restricciones para conseguir exclusivamente el sufrimiento psicológico del destinatario. Así, expresa que “es en este contexto en el que el condenado *sugiere*¹⁰⁴ que el esposo no debe pegar en situaciones de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores (...)”¹⁰⁵, añadiendo que “lo único que la existencia de la incitación impone, es que elimine o disminuya las inhibiciones del destinatario a la realización de la acción que se busca, aun cuando sea para su efectividad en contextos o tiempos determinados”¹⁰⁶, por lo que, finalmente, apoya el pronunciamiento judicial al entender que la conducta del Imán sí constituyó una verdadera provocación.

Considero que las manifestaciones de este autor pueden ser objeto de crítica en tres sentidos, ya que la conducta del Imán no constituye una verdadera provocación¹⁰⁷, porque resultaría incoherente delimitar el contenido de la provocación del artículo 510.1 CPE con la provocación genérica del art. 18.1 CPE y después obviar una de sus exigencias más relevantes como es el carácter directo¹⁰⁸ y, finalmente, porque la

¹⁰² Desde una perspectiva del Derecho eclesiástico, v. FERREIRO GALGUERA, *RPJ* 72 (2003), 221 ss.

¹⁰³ LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 79 ss.

¹⁰⁴ El subrayado es mío.

¹⁰⁵ Como acertadamente pone de manifiesto LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 82, no fue correcta la versión que los medios de comunicación ofrecieron acerca de los hechos enjuiciados, al sugerir que el acusado había redactado un libro de cómo corregir físicamente a la esposa sin dejar señales de ello y facilitar por lo tanto la impunidad de estos comportamientos.

¹⁰⁶ LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 83.

¹⁰⁷ De las mismas palabras que utiliza LLARENA CONDE se puede deducir que la conducta del Imán no constituye una provocación, tal y como debe ser entendida restrictivamente, ni tampoco en sentido general, si no se exigieran los requisitos del artículo 18.1 CPE. Así, el propio autor reconoce que el Imán “sugiere” que el esposo no debe golpear a su mujer en situaciones de furia exacerbada para evitar males mayores. Sugerir, sin embargo, no es ni mucho menos incitar, invitar o provocar a alguien para que ejecute una determinada conducta.

¹⁰⁸ Así, si se quiere hacer vinculante lo dispuesto en el artículo 18.1 CPE se deberá exigir que la incitación se lleve a cabo de forma directa, es decir, a las claras y de manera inequívoca. Se requeriría, por lo tanto, que el Imán hubiera promovido de forma abierta, expresa, indiscutible y sin rodeos que el esposo ejerciera la violencia sobre la mujer.

incitación implica hacer surgir la idea de la conducta deseada en la mente del provocado y no consistir simplemente en la retirada de obstáculos en la psique de éste, sobre todo por la coherencia conceptual con la figura de la inducción¹⁰⁹.

b) En segundo lugar, LLARENA CONDE admite que la acción provocada debe estar prevista en la ley como un delito concreto, no siendo suficiente la actuación estimulante vaga o generalizada a delinquir¹¹⁰. Si bien LLARENA CONDE admite que la exigencia de la comisión de un delito impediría la incriminación por el delito del artículo 510.1 CPE (erc. el artículo 18.1 CPE), concluye que la remisión que lleva a cabo el artículo 510.1 CPE al artículo 18.1 CPE simplemente posee la virtualidad de permitir fijar las condiciones que ha de tener el comportamiento provocador, “sin que deba extenderse al extremo de determinar cuál ha de ser el objeto de la provocación, pues ese objeto está ya perfectamente delimitado en el propio artículo 510.1 y no es otro que mover a la discriminación, al odio o a la violencia, abstracción hecha de su naturaleza delictiva, debiéndose aplicar el precepto especial con preferencia al general (artículo 8 del CP)”¹¹¹.

Es posible realizar varias objeciones a esta propuesta, al margen de negar, contrariamente a lo que sostiene LLARENA CONDE, que el artículo 510.1 efectúe una remisión al artículo 18.1, puesto que tan sólo es una cuestión interpretativa. Primeramente, si se desea realizar una conexión por lo que respecta a la delimitación del término “provocación” del artículo 510.1 CPE y la prevista en el artículo 18.1 CPE, esta remisión debe ser plena. Es decir, si se utiliza lo dispuesto para la provocación genérica, todo lo que en dicho precepto se diga deberá ser empleado para delimitar

¹⁰⁹ Si entendemos que a través de la inducción el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona, no siendo suficiente el mero reforzamiento de los deseos criminales de ésta, ni la eliminación de inhibiciones, también necesariamente se deberá exigir lo mismo en la provocación, pues no debe olvidarse que la provocación, como acto preparatorio, supone un adelantamiento de la barrera de protección penal de determinados bienes jurídicos, cuya sanción penal debe estar perfectamente legitimada al suponer una excepción a la regla general de impunidad de dichos actos. Por lo tanto, si en los supuestos en los que es cercano el peligro para el bien jurídico (inducción) se exige la causación de la resolución criminal en el inducido, con más motivo se deberá requerir cuando la amenaza para dicho bien se encuentre más lejana (provocación). Por lo que respecta al concepto de inducción aquí defendido, v. GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 65 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 494 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 828; MIR PUIG, *PG*, 7^o, 2004, 403 s.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *PG*, 6^o, 2004, 447.

¹¹⁰ Adelantándose a lo que podría ser una crítica evidente a la consideración de que el Imán no incitó con su conducta a la comisión de ningún delito, sino posiblemente a la de una falta, atendiendo a la limitación que el Imán realizaba en la intensidad de los golpes.

¹¹¹ LLARENA CONDE, *LL Penal 15* (2005), 83.

la provocación del artículo 510.1 CPE (esto es, que la provocación sea directa, a través de medios que faciliten la publicidad o ante una generalidad de personas y que se trate de una provocación a un delito). Entender, como hace LLARENA CONDE, que la remisión al artículo 18.1 CPE debe estar referida exclusivamente a la delimitación de la conducta delictiva, pero no al objeto de la misma, pues estaría perfectamente delimitado en el artículo 510.1 CPE (discriminación, odio y violencia), supone una ampliación desmesurada de este último, al entender, por ejemplo, que la provocación a cualquier tipo de violencia (entiéndase, por ejemplo, a un empujón que daría lugar a una falta de un maltrato de obra del artículo 617.2 CPE) sería punible a través de este precepto, cuando ni siquiera está prevista expresamente la provocación a esta falta. La incoherencia punitiva sería palmaria, pues el castigo por la falta de maltrato de obra sería la imposición de una pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días, mientras que la provocación a dicha conducta (si se sostuviera la tesis de LLARENA CONDE) llevaría aparejada una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

En segundo lugar, tampoco considero correcto que exista un concurso de normas entre el artículo 510.1 CPE y el artículo 18.1 CPE que deba resolverse a favor del primero en virtud del principio de especialidad. En primer lugar, por el propio fundamento del concurso de leyes, que no es otro que evitar la vulneración del principio *non bis in idem* cuando un hecho aparentemente encaja en dos preceptos penales que protegen el mismo bien jurídico, y sólo se debe aplicar uno de ellos, puesto que recoge más adecuadamente todo el desvalor del hecho¹¹². Partiendo de esta consideración, estimo que, de admitirlo, el concurso de leyes se plantearía entre el artículo 510.1 CPE y aquel precepto que expresamente sancione la provocación genérica a cometer un delito, siempre y cuando la provocación suponga el ejercicio de comportamientos violentos¹¹³, y su castigo esté previsto expresamente en el CPE, como puede ser el caso de la provocación al delito de lesiones (artículo 151 CPE). El artículo 18.1 CPE tendría la naturaleza de norma jurídica incompleta¹¹⁴, puesto que aclara, limita o completa el supuesto de hecho de

¹¹² Entre otros, SANZ MORÁN, "El concurso de delitos", 1986, 119 ss., 191 ss.; LH-Torío López, 1999, 506; EPB, 2002, 271 s.; CASTELLÓ NICÁS, "El concurso de normas penales", 2000, 17; MIR PUIG, PG, 7ª, 2004, 646.

¹¹³ No se podrá plantear con el resto de las modalidades contempladas en el artículo 510.1 CPE, puesto que no existen otros preceptos en el CPE que castiguen la provocación a la discriminación o al odio, a diferencia de la provocación, por ejemplo, a las lesiones.

¹¹⁴ Por lo que respecta al concepto de norma penal completa e incompleta, v. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 144 s.

aquellos delitos cuya provocación se sanciona penalmente (así, por ejemplo, artículo 141, 151, 168 CPE). Sin embargo, tampoco considero posible defender la existencia de un concurso de normas entre el artículo 510.1 CPE y la provocación al delito de lesiones (artículo 151 CPE) para establecer cuál de ellos es más especial. Si bien el artículo 151 CPE exige que la provocación sea directa (lo que no hace el artículo 510.1 CPE expresamente), su castigo no requiere que se lleve a cabo por los motivos que recoge el artículo 510.1 CPE. Además, como he sostenido anteriormente, se podría admitir la existencia de dos bienes jurídicos protegidos por ambos preceptos, lo que conduciría más bien a plantear el concurso de delitos. De ahí que, a mi juicio, no sea válida la propuesta del concurso de leyes favorable al artículo 510.1 CPE que sostiene LLARENA CONDE.

A la luz de todas estas consideraciones, resta plasmar en estas líneas mi opinión acerca de la corrección de la incriminación del Imán como autor de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo. Esto dependerá de la interpretación que se lleve a cabo del precepto que castiga penalmente este tipo de provocación y, sobre todo, del concepto de provocación que se sostenga. Ya he anticipado mi posicionamiento al respecto, por lo que ahora me limitaré únicamente a recordar que, siguiendo la propuesta formulada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considero imprescindible llevar a cabo una interpretación restrictiva del artículo 510.1 CPE y entender, por lo que respecta a la delimitación del término “provocación”, que, si bien presenta un carácter autónomo frente a la regulación de la provocación genérica (artículo 18 CPE), el hecho de que esta última exija expresamente que se incite a la comisión de una conducta delictiva obliga a entender que, al menos, en el artículo 510.1 CPE que no establece ninguna restricción formal a la provocación, se apliquen sus requisitos a través de una interpretación analógica. Así, la condena por el artículo 510.1 CPE deberá exigir que las palabras escritas por el Imán en su libro constituyan una incitación directa a la realización de conductas violentas constitutivas de delito, llevada a cabo de forma pública y dirigida a un destinatario amplio y determinado. Evidentemente no presenta ningún problema la constatación de estos dos últimos requisitos, pues en los hechos probados se constató la existencia del libro publicado por el Imán y cuya difusión garantizó que su contenido llegara a los seguidores del Islam. Las cuestiones a plantear, por lo tanto, son las siguientes: en primer lugar, si la conducta del Imán representó realmente una incitación; si, en el caso de que así se afirme, puede entenderse que esta incitación fue directa y, finalmente, si la incitación directa fue dirigida a la comisión de un delito concreto y determinado.

¿Se puede deducir que nos encontramos ante una auténtica provocación a la violencia? A mi juicio, las palabras del Imán ni provocan, ni instigan, ni estimulan, ni mueven, ni incitan al desarrollo de conductas violentas. Así, ante el interrogante de cómo debe tratar el marido a la mujer cuando ésta se equivoca, el autor pone de manifiesto cómo la religión islámica ofrece varios pasos para posibilitar la conciliación entre los cónyuges. En primer lugar, se deberá acudir a la exhortación y se esto no desemboca en el resultado esperado, el hombre *puede* acudir a otras medida disciplinaria que es el abandono. Y, por lo que se refiere a las palabras que dieron lugar a la condena, el Imán establece que *“aunque se menciona en un versículo coránico el castigo físico no significa que el Islam lo consiente, más es una escala de medidas que los hombres puedan tomar contra sus esposas en un sentido positivo y limitándose a su dimensión simbólica a través de una serie de restricciones”*. Así, continúa, *“algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son: Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores; No se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara el pecho, el vientre, la cabeza, etc.); Los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo; Los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente”*. De este modo, el Imán, partiendo del rechazo que el Corán muestra hacia las conductas de maltrato, informa a los varones que, en caso de que decidan acudir a medios violentos para corregir a sus esposas, deben administrar los golpes de una determinada manera. Desde el punto de vista de la conducta delictiva, no es lo mismo el animar, incitar, promover, instigar o provocar a la violencia (es decir, el “tenéis que golpear a la mujer para corregirla”) que el afirmar que en el supuesto en el que el varón decida recurrir a la violencia (lo que no se recomienda), ésta se debe ejecutar de un determinado modo. Se trata, en sus palabras, de una serie de medidas que los hombres *pueden* tomar contra sus esposas, sin que en ningún momento el Imán anime o invite al empleo de la violencia. Además, podría incluso haberse defendido que el Imán, con sus manifestaciones, lo que pretendía era simplemente minimizar, en la medida de lo posible, una situación de riesgo evidente para la integridad física y psíquica de la mujer al establecer estas directrices delimitadoras. Todo esto, es decir, el hecho de que no se trate de una provocación, impediría la incriminación de la conducta del Imán por el delito de provocación a la violencia (artículo 510.1 CPE).

Pero, aun admitiendo que así se probara (esto es, que se trata de una provocación a la violencia), en todo caso se debería exigir que la provocación a la ejecución de conductas violentas fuera directa. Es decir, para fundamentar la sanción penal se exigiría que el Imán con sus palabras hubiera incitado de modo expreso, indubitado e inequívoco a la realización de un delito. Y esto, en mi opinión, no resulta claramente probado de las manifestaciones que el Imán realiza en su libro. No se puede afirmar que, a las claras y sin rodeos, el autor de la publicación esté incitando a la comisión de un delito. Reiterando argumentos anteriormente expuestos, considero que, a lo sumo, el Imán, a través de la interpretación que hace de los textos sagrados, autoriza con límites al empleo de la violencia sobre la mujer y canaliza el modo de ejecutarla, sin que incite directa y expresamente al varón musulmán al empleo de la misma. Todas estas consideraciones me llevan a concluir que, optando por una interpretación restrictiva del precepto, las manifestaciones del Imán de Fuengirola no tuvieron un encaje penal adecuado en el delito de provocación a la violencia del artículo 510.1 CPE. Ello al margen, naturalmente, de mi valoración personal, fuera del Derecho penal, sobre las manifestaciones del Imán en su obra.

La cuestión que se plantea a continuación es la relativa a si la conducta del Imán pudo haber dado lugar a otro tipo delictivo al margen del artículo 510.1 CPE. Ya me he pronunciado ampliamente sobre esta cuestión en otro estudio al que remito¹¹⁵. No considero posible la incriminación por el delito de provocación a las lesiones (artículo 151 CPE), al no tratarse de una verdadera provocación, ni como inductor a un delito o a una falta de lesiones, en los casos en los que la provocación vaya seguida de la perpetración del delito¹¹⁶. Tampoco habría resultado posible el castigo a través de los delitos de maltrato ocasional y habitual (artículos 153 y 173.2 CPE), si entendiésemos que ha existido auténtica provocación (lo que no sostengo), pues el castigo de dicha provocación en relación con estos delitos no encuentra referencia expresa en el CPE (artículo 18.2). Por lo que respecta a la posibilidad de haber castigado al Imán de Fuengirola como autor de un delito de injurias (artículo 208

¹¹⁵ JERICÓ OJER, "El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)? (en prensa).

¹¹⁶ Ya que, no sólo se debería tener certeza de la relación causal entre el empleo de conductas violentas y las manifestaciones publicadas por el Imán, sino también considerar que las palabras eran adecuadas para ocasionar, desde una perspectiva objetiva, un riesgo penalmente relevante y que la realización de las conductas violentas suponía la realización del peligro inherente a la acción de provocar, lo que, en mi opinión, es muy discutible. Por lo que respecta a la posibilidad de incriminar a un sujeto como inductor de una falta, se debe tener en cuenta que una interpretación coherente con la regulación de la provocación genérica (art. 18.1 CPE) exige que la inducción se realice respecto a un delito y no a una falta.

CPE), considero que esta opción sería problemática, no sólo porque resulta discutible defender la existencia de un derecho al honor de los colectivos¹¹⁷, sino también porque no resultaría probada la concurrencia del ánimo de injuriar, y también por la exigencia de que sea la persona ofendida o su representante legal la que inicie el procedimiento (artículo 215.1 CPE), o por lo que respecta de igual modo a la extinción de la responsabilidad criminal, ya que el artículo 215.3 CPE establece que se producirá por el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, existiendo dificultades en ambos casos para determinar quién es el ofendido. Finalmente, y por lo que respecta a la aplicación del tipo que regula la injuria colectiva (artículo 510.2 CPE), será la dificultad en probar la concurrencia del conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad la que plantee problemas de incriminación. Además, sería cuestionable si las palabras expresadas por el Imán encajan en el concepto de información recogido en el tipo.

De todas estas consideraciones cabría concluir, en mi opinión, que partiendo de los hechos probados en la sentencia, las manifestaciones vertidas por el Imán en su libro carecen de trascendencia penal. Aunque pudiera plantearse (lo que es dudoso) que el tenor literal del artículo 510.1 CPE permitiera el castigo del Imán por provocación a la violencia, una interpretación sistemática, teleológica y restrictiva del artículo 510.1 CPE conduce a sostener la ausencia de responsabilidad penal en su comportamiento.

Me gustaría finalizar el estudio recordando que el respeto escrupuloso al principio de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos nos obliga a admitir que no todos los comportamientos ni manifestaciones de tinte discriminatorio o vejatorio relacionados con el ámbito femenino merecen una respuesta desde el ámbito del Derecho penal. No pongo en duda que las manifestaciones realizadas por el Imán son deleznable, vergonzosas y contrarias a la dignidad de la mujer. Sin embargo, el hecho de que existan opiniones disidentes que contradicen valores centrales de nuestra Constitución, como las contenidas en las manifestaciones del Imán, no implica un grado de dañosidad o lesividad social elevado que merezca sanción penal. Afortunadamente, las palabras del Imán se contextualizan como opinión meramente residual en un clima social que batalla diariamente por lograr la igualdad y la defensa de los derechos de las mujeres. Sin abandonar esta lucha, se debe imponer la cautela ante cualquier intento de identificar disidencia y punibilidad.

¹¹⁷ V., ampliamente, LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, 2000, 174 s.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBER BURUSCO, Soledad: *“Los actos preparatorios del delito”*, 2004.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, / OLMEDO CARDENETE, Miguel: en: COBO DEL ROSAL (dir.), *“Comentarios al Código Penal”*, Tomo I, 1999, 895-951.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: *“La Discriminación en el derecho penal”*, 1998.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *“Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del derecho penal”*, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / JORGE BARREIRO (coord.), *“Comentarios al CP”*, 1997, 1273-1276.
Derecho penal del enemigo?, en: JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2003, 59-102.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria: *“El concurso de normas penales”*, 2000.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coord.), *“Comentarios al Código Penal de 1995”*, Tomo II, 1996, 2001-2003.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *“La provocación para cometer delito en el Derecho español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal)”*, 1986.
En: COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *“Derecho penal español PE”*, 2004, 1043-1046.
“La regulación legal de los actos preparatorios en el código penal de 1995”, en: LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 949-968.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *“Conspiración, proposición y provocación”*, en: EPB, 2002, 299-310.
“Delitos en el ejercicio de derechos y libertades”, en: EPB, 2002, 501-516.
“Inducción”, en: EPB, 2002, 826-831.
- FERREIRO GALGUERA, Juan: *“La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del Imam de Fuengirola”*, en: RPJ 72 (2003), 221-250.
- GARCÍA ALVAREZ, Pastora: *“El Derecho penal y la discriminación: especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes”*, Valencia, 2004.

- GOMEZ NAVAJAS, Justa: *“Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)”*, en: LL 1999-3, 1839-1852.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen: *“La inducción a cometer delito”*, 1995.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *“Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería”*, 1998.
- JERICÓ OJER, Leticia: *“El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”* (artículo en prensa).
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena: *“La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal”*, 2000.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *“La discriminación en el Código penal de 1995”*, en: EPC XIX (1996), 219-288.
- LLARENA CONDE, Pablo: *“Jurisprudencia aplicada a la práctica: el caso del Imán de Fuengirola”*, en: LL Penal 15 (2005), 79-88.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen: *“La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos”*, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *“Curso de Derecho Penal PG I”*, 1996.
- MIR PUIG, Santiago: *“Derecho Penal PG”*, 7ª ed., 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *“Derecho Penal PE”*, 15ª ed., 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: *“Derecho Penal PG”*, 6ª ed., 2004.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *“La inducción como forma de participación accesoria”*, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: en: CARMONA SALGADO, C./ GONZÁLEZ RUS, J.J./ MORILLAS CUEVA, L./ POLAINO NAVARRETE, M./ PORTILLA CONTRERAS, G./ SEGRELLES DE ARENAZA, G./ COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *“Curso de DP español”, PE II*, 1997.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: *“La provocación y la apología en el nuevo Código Penal”*, Valencia, 1997.
- SANZ MORÁN, Ángel José: *“El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa”*, 1986.

"Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995", en: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, LH-Torío López, 1999, 505-520.

"Concurso de leyes o de normas", en: EPB, 2002, 271-273.

- TAMARIT SUMALLA, Josep María: en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo(dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *"Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal"*, 4ª ed. (revisada, ampliada y puesta al día), 2004, 1896-1899.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coord.), *"Comentarios al Código Penal de 1995"*, Tomo I, 1996, 103-108.

IV. OTRAS FUENTES

- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, nº 77-1.
- BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, nº 77-6.
- BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de julio de 1995, nº 77-13.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo II, 21ª ed., 1992.
- SENADO, BOCG, Senado, V Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, nº 87 c.