



El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?¹

Leticia Jericó Ojer

Doctora en Derecho. Ayudante de Derecho Penal Universidad Pública de Navarra

SUMARIO²: I. Introducción: los hechos y la sentencia. II. Consideraciones generales relativas al delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 CP). 1. Análisis del tipo: aspectos problemáticos. 2. Excurso: La provocación genérica como acto preparatorio punible (art. 18 CP). III. La cuestionable provocación a la violencia en las manifestaciones del Imán de Fuengirola. IV. Posibles alternativas de incriminación. V. Conclusión. VI. Bibliografía. VII. Otras fuentes.

I. Introducción: los hechos y la sentencia

Resulta evidente que la repercusión social y mediática que tuvo la publicación del libro “La Mujer en el Islam” probablemente no fuera la que, por razones de índole literaria, era la esperada por su autor. A principios del año 2002, Mohamed Kamal Mostafa, Imán de Fuengirola, publica un libro en el que aborda temas tales como el papel que desempeña la mujer en el Islam en calidad de madre, hermana, esposa e hija; y como sujeto activo en la civilización humana, haciendo una mención expresa a asuntos relacionados con la obediencia, el divorcio o el repudio. En el mismo libro, también ofrece una visión panorámica sobre la vida de la mujer en el Islam y, en concreto, alude a cuestiones tales como la menstruación, el parto, la limpieza ritual, la oración, el ayuno o la peregrinación.

Sin embargo, es en la cuarta parte de la obra, en donde, bajo el título “Cuestiones dudosas”, el Imán diserta sobre diversos temas, tales como la poligamia, la herencia, el testimonio, el velo (al-hiyáb), la ropa propia de la mujer, la actividad laboral y, por lo que a este estudio interesa, el

empleo de la violencia contra la mujer. Así, tal y como aparece recogido en los hechos probados de la sentencia de 12 de enero de 2004, del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona³, concretamente en las páginas 85 y 86 del libro afirma lo siguiente:

“¿Tiene el hombre derecho a pegar a su mujer?: Ésta 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.

¹ El presente 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 Abreviaturas utilizadas: AP= Audiencia Provincial; art.= artículo; arts.= artículos; ARP= Aranzadi Repertorio Penal; ATC= Auto del Tribunal Constitucional; BOCG= Boletín Oficial de las Cortes Generales; Cap.= Capítulo; CC= Código Civil; CE= Constitución Española; CP= Código Penal; EPC= Estudios Penales y Criminológicos; EPB= Enciclopedia Penal Básica; etc.= en relación con; LH= Libro Homenaje; LL= La Ley; LL Penal= La Ley Penal; n.= nota al pie; RFDUCM= Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; RJ= Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; RPJ= Revista del Poder Judicial; RTC= Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional; PE= Parte Especial; PG= Parte General; Secc.= Sección; SJP= Sentencia del Juzgado de lo Penal; STC= Sentencia del Tribunal Constitucional; SSTC= Sentencias del Tribunal Constitucional; SSTs= Sentencias del Tribunal Supremo; TC= Tribunal Constitucional; Tít.= Título; v.= véase.

³ SJP n.º 3 de Barcelona 12-01-2004 (ARP 1).

(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 esposa⁴.

Estos hechos fueron declarados constitutivos de un delito de provocación a la violencia contra un grupo por razón de sexo, previsto y penado en el art. 510.1 CP⁴, en virtud del cual se impuso al acusado, Mohamed Kamal Mostafa, 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 “La mujer en el Islam” y los utensilios empleados para su edición⁵. Mediante auto de 21 de octubre

4 Citando más adelante su contenido. Cabe señalar que, con anterioridad al caso ahora analizado, este precepto sólo ha sido aplicado en una ocasión, castigando como autor de un delito continuado de genocidio (art. 607.2 CP) 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 (Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona 16-11-1998). Ante el recurso planteado ante la AP de Barcelona, ésta eleva una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 607.2, al entender que el dicho precepto limitaba sin justificación el derecho de libertad de expresión consagrado en el art. 20 CE, cuestión de inconstitucionalidad que no fue admitida a trámite por el TC, al haberse formulado en momento procesal no idóneo. En este sentido, v. ATC 18-01-2000 (ATC 24). 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. Curiosamente, es de nuevo el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona el encargado de analizar el caso del Imán de Fuengirola, aunque se debe tener en cuenta que los magistrados ponentes no son los mismos en ambos casos.

5 En opinión de LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 86, sorprende que esta pena de inhabilitación no se extienda al ejercicio profesional, teniendo en cuenta su reglamentación legal y la relación directa con el delito cometido. Del mismo modo muestra su sor-

de 2004, el Juzgado de lo Penal n.º 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 condenado⁶. 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 Derecho⁷. Sin embargo, en contestación a un recurso planteado por el abogado defensor contra esta resolución, la Sección Tercera de la AP de Barcelona acordó la puesta en libertad del Imán, al entender que no concurría el elemento de peligrosidad social que condujo a su encarcelación, a la vista de la inexistencia de antecedentes penales, la escasa cuantía de la pena y, finalmente, atendiendo al hecho de que la estancia en prisión no beneficiaría a su reinserción. En contraposición, se estableció la obligación de que el Imán participara en un programa formativo, en donde se recalcará especialmente el estudio de los arts. 10, 14 y 15 CE⁸ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹.

Por lo que respecta al análisis de los fundamentos jurídicos de la sentencia condenatoria, cabe realizar tres precisiones:

En primer lugar, se debe poner de manifiesto el anclaje constitucional de la conducta del condenado, al recono-

cerse en la sentencia que el Imán aborda el trato que merece la mujer desde el derecho a la libertad de expresión y del derecho a la libertad religiosa recogido en el art.16.1 CE¹⁰. Así, en el fundamento jurídico primero de la sentencia se reconoce la doble dimensión del derecho de libertad religiosa, interna y externa¹¹. La primera vertiente garantizaría “la existencia de un claustro mínimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, mientras que la dimensión externa incluiría “una esfera de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus convicciones y mantenerlas frente a terceros”. En segundo lugar, en la sentencia se recoge cómo el ejercicio de la vertiente externa de la libertad religiosa colisiona con otro derecho fundamental que es la integridad física y moral de la mujer objeto del discurso del Imán y la prohibición de tratos inhumanos degradantes que se recoge en el art. 15 CE, debiendo resolverse la colisión a favor de esta última al constituirse la citada prohibición como límite infranqueable¹². Finalmente, 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 cón-

presa al analizar los términos procesales en los que se acuerda el comiso de los ejemplares del libro y de los utensilios empleados en la impresión, no sólo porque el comiso de estos últimos puede ser desproporcionado en relación con el delito cometido, sino también porque todo el comiso supone una intervención de bienes propiedad de terceros de buena fe no responsables del delito (art. 127 CP).

6 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.

7 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 CP para conceder dicho beneficio.

8 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”.

9 En contra de la concesión del beneficio, LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 88, al eludir 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 (...)”.

10 Art. 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

11 Citando en este sentido SSTC 15-02-2001 (RTC 46); 03-07-2001 (RTC 128), con error formal, pues se trata de la STC 04-06-2001 (RTC 128); 18-07-2002 (RTC 154). Con posterioridad a éstas, v. STC 02-06-2004 (RTC 101).

12 Apuntando la corrección del planteamiento de la colisión entre ambos derechos, *vid.* FERREIRO GALGUERA, *RPJ* 72 (2003), 234 ss., aunque, en su opinión, el caso también podía haber sido planteado como una pugna entre el derecho fundamental de la libertad religiosa y el orden público como valor jurídico protegido en la CE o el derecho al honor de un colectivo.

yuges 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. CP)¹³ de aquellas otras que, en opinión del Juez, incurrir en el art. 510.1 CP, 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 ésta se equivoca, es decir, “en qué circunstancias, cuándo, con qué, cómo y dónde debe golpearse cuando la rebeldía persiste, en lo que se manifiesta es vaciar de contenido el castigo físico para transformarlo en un padecimiento de índole moral”¹⁴.

Dejando al margen las conductas que, en principio, entrarían a formar parte del primer grupo y que carecen, como señala acertadamente el Juez en su sentencia, de relevancia penal, la discusión se centra en determinar si realmente las expresiones vertidas en el libro por el Imán, extraídas y analizadas literalmente de los hechos probados de la sentencia, son constitutivas del delito de provoca-

ción a la violencia y por las que el Imán de Fuengirola cumplió parte de la pena impuesta. Para ello resulta imprescindible, en primer lugar, examinar todas las consideraciones generales relativas a este delito, para determinar, posteriormente, la adecuación o no de la incriminación de la conducta del Imán en este tipo delictivo.

II. Consideraciones generales relativas al delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 CP)

1. Análisis del tipo: aspectos problemáticos

Inspirado en lo dispuesto en el art. 4 de la Convención de la Asamblea General de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1965¹⁵, y teniendo como precedente al art. 165 ter CP 1944/1973¹⁶, el tenor del art. 510.1 CP experimentó notables variaciones desde la presentación del texto originario del Proyecto de CP¹⁷. Si bien la introducción de la enmienda n.º 490 mo-

13 Como por ejemplo “seguir vinculando la honestidad y el pudor con que el vestido no sea transparente ni estrecho y pegado al cuerpo, ni presuntuoso ni llamativo, pudiendo la mujer salir a la calle con su belleza natural sin que el maquillaje o el adorno sean exagerados, llamativos o fuera de lo permitido (páginas 84 y 85, ‘La ropa propia de la mujer’); reclamar como requisitos del trabajo de la mujer que se amolde a su naturaleza, a las aptitudes y las predisposiciones innatas de esta (página 88, ‘La actividad laboral’); afirmar que el tipo de sometimiento que la obediencia al esposo supone sólo se justifique cuando le reconozca al mismo su cordura, siendo lo más razonable que exista una autoridad suprema en el hogar para impedir que el desorden se imponga (página 55, ‘La obediencia al esposo’) o considerar que ha sido la equivocada competencia entre el hombre y la mujer la que ha transformado a esta de madre respetada, esposa y compañera, en un rival peligroso y un adversario que va en pos de la victoria (página 44, ‘La mujer como madre, esposa, hermana, hija’)”.

14 Con independencia de la falta de claridad gramatical y ortográfica del extracto, el Juez parece estar haciendo alusión al intento del Imán de transformar el castigo físico en padecimiento moral.

15 Art. 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 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, *vid.* BORJA JIMÉNEZ, *Violencia*, 1999, n. 445, 289 y s.; LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 103 y ss.

16 Art. 165 ter CP 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 ensalten 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, *vid.*, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, 1986, 301 y ss.

17 Art. 490 del Proyecto de CP: “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 na-

dificó sustancialmente el contenido de dicho texto¹⁸, cabe señalar que la modificación más importante se realizó sobre la redacción aprobada por el Pleno del Congreso¹⁹, al ser objeto en el Senado de una enmienda que, entre otras y por economía legislativa, planteó reducir el contenido del concepto de provocación²⁰, restricción que, como puede observarse, se mantuvo en el texto finalmente aprobado.

Incluido en la Secc. 1.^a (“*De los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”) del Cap. IV (“*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”) del Tit. XXI (“*Delitos contra la Constitución*”) del Libro II CP, el art. 510.1 CP viene a sancionar 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 racis-

tas, 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”.

El precepto es claro en relación a la delimitación de las conductas típicas, pues lo que pretende castigar el legislador es 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 tipo²¹. Por lo que respecta 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 discriminador²².

En segundo lugar se lleva a cabo una incriminación de las conductas de provocación al odio, exigiendo en este

cional 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].

18 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: 1.º 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. 2.º 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].

19 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: 1.º 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. 2.º 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”, [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCG 77-13 (1995), 736].

20 Así, la enmienda n.º 410, presentada por el Grupo Socialista proponía la siguiente redacción del precepto. Art. 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 2.2.º en consonancia con el tipo común de injurias [SENADO, BOCG 87 c (1995), 219].

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

22 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.

sentido que la instigación se dirija a crear o ahondar actitudes de auténtica hostilidad hacia determinadas personas²³. Como tercera modalidad delictiva, el art. 510.1 CP 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 cosas²⁴, exigiendo al mismo tiempo que se trate de una incitación a hechos ilícitos que, mayormente, darán lugar a la comisión de un tipo delictivo²⁵.

Con independencia de opiniones aisladas que, tras ofrecer una visión realmente negativa del precepto, apuntan

algún aspecto positivo de esta regulación²⁶, lo cierto es que la inmensa mayoría de la doctrina que se ha ocupado de su análisis manifiesta su total 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 conductas. Al margen de cuestiones puramente formales en la redacción del tipo, como por ejemplo la referencia a expresiones tales como “motivos antisemitas”²⁷, “situación familiar”²⁸, “orientación sexual”²⁹, “enfermedad”³⁰ u “origen nacional”³¹, se ha hecho hincapié en los problemas de redundancia³² y ambigüedad³³ que puede plantear el tipo, amén de las dificultades de prueba que surgen de forma evidente en el

23 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 264 y 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”.

24 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 y 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.

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

26 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.

27 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*, 4ª, 2004, 1899, al entender que colisiona con la nota de generalidad que debe predicarse de toda regulación.

28 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.

29 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.

30 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 247 y 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 despidio de un profesor porque sufre frecuentes depresiones.

31 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.

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

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

proceso penal³⁴. 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 art. 510.1 CP.

1. La doctrina, prácticamente de forma unánime, 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 abstracto³⁵, supone un excesivo adelantamiento de la barrera de protección penal³⁶, lo que ocasiona que el precepto adquiera un carácter meramente simbólico³⁷ y sea muestra de la tendencia expansiva al castigo en el ámbito del Derecho penal³⁸. 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 delito³⁹. Esta última cuestión ha llevado a plantear si en el art. 510.1 CP se castiga en todo caso la provocación a una conducta delictiva. Mientras que la opinión mayoritaria lo rechaza⁴⁰, existe un sector doctrinal que así lo entiende⁴¹. Dentro de este último destaca la postura defendida por GARCÍA ÁLVAREZ, pues considera que se debe restringir el art. 510.1 CP a la provocación directa y pública a hechos constitutivos de delito⁴².

2. 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 art. 510.1 CP 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 odio⁴³, sino principalmente porque la pena que lleva aparejada este delito es superior a la del delito de discriminación del art. 511

34 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, *vid.* LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 265; DEL ROSAL BLASCO, *PE*, 2004, 1038.

35 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 250 y 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 y 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 n.º 3 de Barcelona 16-11-1998.

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

37 GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 261 y s.; CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, 76.

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

39 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 CP; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 227, 251.

40 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*, 4.ª, 2004, 1899; LLARENA CONDE, *LL Penal* 15 (2005), 84.

41 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 y s., para fundamentar la intervención del castigo penal.

42 GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 246 y ss., atendiendo a la configuración de la provocación genérica del art. 18.1 CP, 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 CP, 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 CP. Sin embargo, esta propuesta tropezaría con el obstáculo del tenor literal del propio precepto, que castiga expresamente la provocación al odio.

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

CP⁴⁴, o a la pena que correspondería por la aplicación de alguno de los delitos provocados⁴⁵. 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 art. 147.1 CP⁴⁶.

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 art. 18.2 CP⁴⁷.

No es, por lo tanto, de extrañar, que se hayan elevado voces abogando por la eliminación de dicho precepto en el CP⁴⁸. Una tesis particular a favor de la destipificación es la que la ofrece LANDA GOROSTIZA⁴⁹. Este autor sostiene que el art. 510.1 CP 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 que la realización de las provocaciones contenidas en el tipo podría ocasionar una situación amenazante para ellos⁵⁰. 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 tipo⁵¹. 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 (arts. 314, 511 y 512 CP), sino como delito autónomo y específico orientado a la protección de colectivos vulnerables⁵².

44 TAMARIT SUMALLA, *Comentarios PE*, 4.ª, 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 CP) 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 CP (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 CP, lo que supondría una incoherencia punitiva.

45 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 CP).

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

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

48 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, 1998, 33 y 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 CP) 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 art. 510.1 CP 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 y 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 n.º 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.

49 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 355 y ss., 366 y ss.

50 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 355 y ss.; Críticamente, GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 240 y 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.

51 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 366.

52 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 366 y 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 produ-

3. Una tercera cuestión ha girado en torno a la delimitación del bien jurídico protegido en el art. 510.1 CP. 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 existenciales⁵³, la dignidad humana⁵⁴ o la paz pública⁵⁵. Hay incluso quien ha aludido a la 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 afectados⁵⁶. Sin embargo, generalmente se ha entendido que el bien jurídico que se protege es el derecho fundamental a no ser dis-

criminado por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social⁵⁷.

4. Otro interrogante que se ha planteado la doctrina es el 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 mismos⁵⁸. Hay algunas opiniones que, restrictivamente, optan por entender típicas las conductas sólo cuando van dirigidas contra “grupos o asociaciones”⁵⁹, pues el principio de legalidad así lo impondría⁶⁰. 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 individuales⁶¹, utilizando como argumentación la propia siste-

cir 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”.

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

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

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

56 GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 257 y 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.

57 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 236 y 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 CP.

58 Téngase en cuenta que la redacción originaria del precepto en el Proyecto de CP de 1994 llevaba a cabo una referencia expresa a la discriminación de grupos y también de personas. Así, el art. 490 del Proyecto de CP 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].

59 CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, 1997, 1275 y 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 de los arts. 314 o 511 CP; 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 y s.

60 DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, *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 anticipación exagerada de las barreras de punición.

61 CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, *Comentarios II*, 1996, 2003; LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 251 y 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;

mática 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 irracionales⁶².

5. 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 art. 510.1 CP exige algún especial elemento subjetivo del injusto⁶³, aunque esta cuestión no ha sido tratada ampliamente por la doctrina. Partiendo del hecho de que el tipo exige una comisión dolosa⁶⁴, 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 motivación⁶⁵. 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, representando la motivación el componente objetivo del comportamiento que especifica el factor de identificación del grupo al que se dirige⁶⁶.

6. Por último, cabe poner de manifiesto que una de las cuestiones que mayor controversia suscita es la relativa a si el art. 510.1 CP es un tipo dependiente de la provocación genérica (art. 18.1 CP) 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 art. 18.1 CP⁶⁷. Por el contrario, hay quien entiende que la provocación prevista en el art. 510.1 CP es autónoma respecto de la que regula el art. 18.1 CP. Así, la no aplicación directa de lo dispuesto en el art. 18.1 CP vendría motivada por la exigencia en este precepto de la incitación a la perpetración de un delito, lo que no se requiere en el art. 510.1 CP⁶⁸, además de la desaparición en este precepto de cualquier referencia a la apología como forma específica de provocación o a la publicidad⁶⁹. 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 art. 18.1 CP⁷⁰.

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 art. 18.1 CP 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

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 y s., ya que lo lógico es que las conductas se dirijan contra alguno de los miembros de un grupo marginal; MUÑOZ CONDE, PE, 15.ª, 2004, 825.

62 DEL ROSAL BLASCO, PE, 2004, 1037 y s.

63 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).

64 GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 259. En opinión de DEL ROSAL BLASCO, PE, 2004, 1038 y 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.

65 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 y ss., 292).

66 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 237 y 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 y s.

67 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 CP no exige publicidad, a diferencia del art. 165 ter CP 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 éstos resuelvan cometer actos de violencia o de discriminación; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 245; MUÑOZ CONDE, PE, 15.ª, 2004, 825.

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

69 LAURENZO COPELLO, EPC XIX (1996), 253 y s.; Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona 16-11-1998, aunque el engarce con lo dispuesto en el art. 18.1 CP sea incuestionable.

70 LANDA GOROSTIZA, *Intervención penal*, 2000, 342.

los arts. 511, 512 y 314 CP si nos encontramos ante una auténtica provocación del art. 18 CP⁷¹. Igualmente podría sostenerse que los casos de *provocación a la violencia* pueden constituir delitos concretos. Sin embargo, lo que impide la aplicación directa del art. 18.1 CP 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 art. 510.1 CP de los requisitos que establece el art. 18.1 CP 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 delictivos⁷²”.

El hecho de que el art. 510.1 CP 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 art. 18.2 CP, 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 art. 510.1 CP puede ser mayor que la pena prevista para el delito en concreto cometido⁷³. 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 art. 510.1 CP, al no poder aplicar la regla contenida en el art. 18.2 CP (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 ésta 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 art. 22.4 CP⁷⁴, o plantear un concurso ideal entre la provocación a la violencia del art. 510.1 CP y la inducción al delito de lesiones. LAURENZO COPELLO opta inicialmente por la primera solución⁷⁵, 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 art. 510.1 CP. 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 delitos⁷⁶.

7. Las numerosas objeciones que ha planteado la redacción de este precepto exigen 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 art. 14 CE consagra el derecho a la igualdad

71 Sin embargo, se debe tener en cuenta no sólo que estos delitos tipifican conductas referidas a personas individuales (salvo el art. 511.2 CP), sino también que resultaría incoherente que la provocación a los arts. 314, 511 y 512 CP se castigara en el art. 510 CP 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 art. 510 es más amplia que la contemplada en dichos preceptos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 509.

72 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 202, 509, sin que esta interpretación restrictiva solvante las incongruencias que plantea el art. 510.1 CP.

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

74 Art. 22.4 CP: “Son circunstancias agravantes: 4.º 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.”

75 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 art. 510.1 CP. En opinión de GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 255 y 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 art. 22.4 CP o por la provocación del art. 510.1, según lo que resulte más gravoso.

76 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 262 y 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 art. 18 CP, la provocación seguida de comisión debe castigarse como inducción.

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”. 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 (arts. 314, 511 y 512 CP)⁷⁷. Sin embargo, considero que la incriminación que efectúa el art. 510.1 CP 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 nuestro CP. Así, no debe olvidarse que la finalidad de la incriminación de estas conductas en el art. 165 ter CP 1944/1973 tuvo su razón de ser en la proliferación en Europa de episodios de violencia racista y antisemita, entendiendo en aquel momento que la regulación penal existente era insuficiente para atajar el problema.

Considero que el art. 510.1 CP 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 aquéllos 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 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 la 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 art. 510.1 CP en relación con la provocación genérica a un delito de lesiones (art. 151 CP *etc.* art. 147 CP). Así, la expresión “hay que golpear a A en el vientre para darle una lección” encontraría respuesta penal a través del art. 151 CP (evidentemente, siempre que reúna las características de la provocación del art. 18.1 CP), 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 art. 510.1 CP, 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 art. 510.1 CP 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 (art. 151 CP *etc.* art. 147 CP), el marco penal comprendería desde el mes y quince días de prisión hasta los tres meses, lo que vulnera palmariamente el principio de proporcionalidad⁷⁸. Sin embargo, esta contradicción se hace

77 Al margen de la incriminación de otras conductas que suponen comportamientos discriminatorios, como son muestra de ello el art. 515.5.º CP, 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 art. 607.1 CP que castiga el delito de genocidio.

78 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 art. 151 CP con el art. 149 CP, si bien rebajando en un grado la pena de prisión de seis a doce años contemplada en el art. 149 CP resulta una pena superior a la del art. 510.1 CP, 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 art. 510.1 (prisión de uno a tres años), pero comparte el límite máximo, sucediendo además que en el caso del art. 510.1 CP se añade la pena de multa de seis a doce meses, inexistente en la provocación a los delitos del art. 149 CP (si bien en el caso de la mutilación genital del art. 149.2 CP, para ciertos supuestos, se prevé la posibilidad de una pena de inhabilitación especial inexistente en el art. 510.1 CP).

insostenible si efectuamos una comparación con la incriminación de la provocación a otras conductas delictivas. Sosteniendo un concepto amplio de violencia en el art. 510.1 CP (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 art. 510.1 CP 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 art. 515.5.º CP, “alguno de ellos”. Además se debe tener en cuenta que el art. 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 art. 510.1 CP 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”) (art. 151 CP), siendo admisible en este caso la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP. 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 art. 510.1 CP 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 menor⁷⁹.

Por lo que respecta a la cuestión de si el delito de provocación castigado en el art. 510.1 CP es un tipo autónomo o dependiente de la provocación genérica del art. 18

79 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 art. 510.1 CP, 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*.

CP, coincido con aquellas opiniones que defienden la primera opción. La ausencia de referencias en el art. 510.1 CP a cualquier tipo de publicidad o a la apología como forma de provocación o la exigencia expresa en el art. 18 CP de la incitación a un delito, lo que no ocurre en el art. 510.1 CP, 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 art. 18 CP. A mi juicio, resulta absolutamente convincente la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO al sostener la aplicación analógica a los casos recogidos en el art. 510.1 CP de los requisitos exigidos para castigar la provocación genérica del art. 18 CP, 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 art. 510.1 no necesariamente.

d) Sin embargo, antes de pasar al análisis del art. 18 CP para ver qué exigencias son aplicables en la interpretación del art. 510.1 CP, 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 art. 22.4 CP, o sostener, contrariamente, la existencia de un concurso de delitos entre el delito de provocación del art. 510.1 CP 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 art. 18.2 CP. Sin embargo, se puede sostener que cuando un sujeto provoca a la violencia según lo establecido en el art. 510.1 CP 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 art. 510.1 CP se deben exigir al menos los requisitos establecidos para la provocación genérica (art. 18 CP), todo lo recogido en este precepto deberá ser aplicado para analizar cualquier eventualidad que se produzca en relación con el art. 510.1 CP, 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 art. 22.4 CP. El hecho de que en algunos supuestos (así, por ejemplo el art. 147.1 CP), la pena resultante de castigar por la inducción sea menor que la sanción a través de la provocación del art. 510 CP, muestra, otra vez más, la excesiva carga punitiva que lleva aparejada este precepto y que cuestiona ampliamente el principio de proporcionalidad⁸⁰. Esto permitiría considerar que la solución más coherente con el propio CP (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 art. 22.4 CP o, por otro lado, lo dispuesto en el art. 510.1 CP, según cuál sea el que lleva aparejado más pena.

Todas estas consideraciones demuestran, a mi entender, la necesidad de reformular el tipo del art. 510.1 CP. 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 art. 18 CP, 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 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.

Volviendo a la cuestión de si el art. 510.1 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 art. 510.1 CP se debe tener en cuenta lo exigido para fundamentar el castigo de la provocación

⁸⁰ Ya que la pena resultante de castigar por una inducción al delito de lesiones del art. 147.1 CP con aplicación de la agravante del art. 22.4 CP podría ir desde los quince meses hasta los tres años de prisión, mientras que el art. 510.1 CP establece por la provocación una pena de prisión de un año a tres años y multa de seis a doce meses.

genérica a delinquir del art. 18.1 CP. Resulta, por lo tanto, absolutamente imprescindible llevar a cabo un breve análisis de la provocación del art. 18.1 CP y comprobar si lo requerido para fundamentar su sanción es aplicable a la conducta que llevó a cabo el Imán de Fuengirola, en virtud de la cual fue castigado como autor de un delito de provocación a la violencia del art. 510.1 CP. Veamos, por lo tanto, y de forma muy breve, los elementos configuradores de la provocación genérica del art. 18.1 CP.

2. Excurso: La provocación genérica como acto preparatorio punible (art. 18 CP)

Con una formulación novedosa respecto de lo que disponía el art. 4.3.º CP 1944/1973⁸¹, el art. 18 CP 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 criminal⁸², que supondría la puesta en marcha de un curso causal delictivo independiente⁸³, 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 graves⁸⁴.

a) En primer lugar, tal y como exige el propio tipo, la provocación debe consistir en una *incitación*, entendiendo que “incitar” implica “mover o estimular a uno para que ejecute una cosa”⁸⁵ o “hacer surgir o intentar hacer surgir en otro u otros la resolución de cometer un hecho delictivo”⁸⁶. Además, esta incitación ha de ser *directa*. De este modo, sólo son punibles los requerimientos que, “de modo expreso, indubitado e inequívoco”⁸⁷, inciten a la comisión de un delito. Es decir, la incitación ha de ser abierta, clara e inequívoca⁸⁸, a las claras, sin rodeos, derechamente⁸⁹, exigiendo que el provocador con su conducta promueva abierta y claramente la realización del hecho delictivo⁹⁰, no siendo suficiente una estimulación vaga y generalizada⁹¹. De ahí que se deban excluir del ámbito típico las ma-

81 Art. 4.3.º CP 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 hubiese 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, *vid.* REBOLLO VARGAS, *La provocación*, 1999, 31 y ss. Por lo que respecta al trámite parlamentario que desembocó en la redacción actual del art. 18 CP, *v.* BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, *Comentarios I*, 1997, 907 y ss.; BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 221 y ss.

82 REBOLLO VARGAS, *La provocación*, 1997, 21 y ss., 97 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 7.ª, 2004, 340.

83 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2022, 302; BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 116.

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

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

86 DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, 1986, 311.

87 DEL ROSAL BLASCO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 961 y s. En opinión de este autor, esto se deduce, en primer lugar, de la propia previsión de la apología en el párrafo segundo del art. 18.1 CP, 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 art. 28 CP que lo hace después. Así, cuando el art. 28 CP 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 art. 18.1 CP, 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, *vid.* 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.

88 REBOLLO VARGAS, *La provocación*, 1999, 89; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 308.

89 BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 251 y s.

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

91 SSTs 21-03-1986 (RJ 8962); 13-11-1998 (RJ 791).

nifestaciones que expresen desacuerdos o expresiones que carezcan de instrucciones directivas en el contenido del mensaje destinado al receptor⁹².

b) Además del carácter directo de la provocación, el art. 18.1 CP requiere que el provocador incite a un *delito concreto y determinado*. Se excluye del ámbito de la provocación la incitación genérica a delinquir⁹³. Igualmente se requiere la incitación a un delito doloso, que no a una falta, en los que el CP haya previsto expresamente el castigo de la provocación⁹⁴, eliminándose del ámbito de la provocación y de la inducción los sujetos que ya estaban decididos a cometer el hecho delictivo⁹⁵.

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 informáticas⁹⁶. Por otro lado, el art. 18.1 CP exige que la incitación directa a la comisión de un

delito en concreto vaya dirigida a un *destinatario amplio e indeterminado*⁹⁷, aunque algún autor admite que sea un número determinado⁹⁸. Aisladamente se ha sostenido que el destinatario de la provocación puede ser concebida como una incitación privada a un sujeto individual⁹⁹, aunque se ha 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 personas¹⁰⁰.

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 art. 510.1 obliga a sostener (tanto si defiende como si 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 art. 510.1 CP ha de ser directa¹⁰¹ y pública¹⁰². Así, “debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone”, en este caso “la crea-

92 BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 252.

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

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

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

96 BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 252.

97 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. *Vid.*, ampliamente, BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 238 y s., quien cita numerosa doctrina.

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

99 Así, REBOLLO VARGAS, *La provocación*, 1997, 85 y ss., aludiendo al hecho de que cuando el CP 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 CP 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.

100 BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 2004, 241.

101 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 256; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 247; MUÑOZ CONDE, *PE*, 15.ª, 2004, 825. Téngase en cuenta que la versión del precepto aprobada por el pleno del Congreso hacía 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: 1.º 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. 2.º 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 n.º 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.

102 LAURENZO COPELLO, *EPC XIX* (1996), 256 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, *Discriminación*, 2004, 247.

ción en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos”¹⁰³. 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 conducta¹⁰⁴. Partiendo del hecho de que lo exigido para interpretar la provocación del art. 18.1 CP debe ser aplicado en la interpretación del tipo del art. 510.1 CP, resta analizar finalmente si es correcta la incriminación de la conducta llevada a cabo por el Imán de Fuengirola en el delito de provocación a la violencia por razón de sexo (art. 510.1 CP).

III. La cuestionable provocación a la violencia en las manifestaciones del Imán de Fuengirola

A pesar de la expectación que el caso del Imán de Fuengirola suscitó en los medios de comunicación¹⁰⁵, son realmente escasos los estudios que se han elaborado desde el punto de vista de la dogmática jurídica¹⁰⁶, y en especial desde la perspectiva del Derecho penal¹⁰⁷. En este último campo, me voy a detener exclusivamente en el análisis que lleva a cabo del supuesto LLARENA CONDE. Partiendo de la existencia de cuatro elementos configuradores del tipo del art. 510.1 CP (esto es, la realización de actos de provocación, la exigencia de que el objeto de la provocación esté constituido por la incitación a la discriminación, al odio o a cualquier acto violento contra la vida o contra la salud e integridad física de las personas, que el sujeto pasivo lo constituya un grupo o asociación y, finalmente, que la provocación se lleve a cabo por motivos racistas, antisemitas, de etnia, raza o nacionalidad o por razón del sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía), el citado autor analiza minuciosamente si en la conducta del Imán concurren dichos elementos. Sin embargo, me voy a ocupar exclusivamente de

dos cuestiones que considero relevantes para el caso: la existencia o no de provocación, por un lado, y la exigencia de que la provocación sea respecto de un delito, por otro.

a) En primer lugar, LLARENA CONDE examina el requisito de la provocación. Partiendo de que dicho concepto viene delimitado en el art. 18 CP, el autor sostiene que la provocación debe implicar una incitación para la ejecución de un hecho, en este caso la violencia. A través del análisis que realiza de las palabras del Imán 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. Y aquí es donde LLARENA CONDE expresa que “es en este contexto en el que el condenado *sugiere*¹⁰⁸ que el esposo no debe pegar en situaciones de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores (...)”¹⁰⁹. Continúa afirmando este autor que lo esencial de la incitación no es que el llamamiento sea para que se lleve a cabo la acción de forma inmediata, sino que es suficiente con la existencia de ese llamamiento. Así, “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”¹¹⁰, por lo que, finalmente, apoya el pronunciamiento judicial al entender que la conducta del Imán sí constituyó una verdadera provocación.

En mi opinión, es triple la crítica que se puede formular a este posicionamiento: en primer lugar, porque 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 art. 18.1 CP. Así, el propio autor recono-

103 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.

104 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 CP. De ahí que se deba admitir que el argumento aquí expuesto no es rotundo ni definitivo.

105 Puesto que la sentencia llegó a ocupar editoriales en los principales periódicos de ámbito nacional. Así, por ejemplo, *vid.* EL MUNDO, n.º 5.151, 15 de enero de 2004, 3, que califica la sentencia como “condena discutible”; EL PAÍS, n.º 9.724, 15 de enero de 2004, 10, por el contrario, aludiendo al carácter ejemplarizante de la decisión judicial.

106 Desde una perspectiva del Derecho eclesiástico, *vid.* FERREIRO GALGUERA, *RPJ* 72 (2003), 221 y ss.

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

108 El subrayado es mío.

109 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.

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

ce 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. Además, en segundo lugar, resulta incoherente delimitar el contenido de la provocación del art. 510.1 CP con la provocación genérica del art. 18.1 CP y después obviar una de sus exigencias más relevantes como es el carácter directo. Si se quiere hacer vinculante lo dispuesto en el art. 18.1 CP 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. Esta consideración se encuentra unida a la tercera crítica. La incitación no supone, desde el punto de vista del Derecho penal, la eliminación o disminución de las inhibiciones del destinatario a la realización de la acción que se busca. El provocador tiene que 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 inducción. 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 ésta¹¹¹, 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). Esta consideración conduce a rechazar la tesis de LLARENA CONDE que justifica la concurrencia de la provocación en la conducta del Imán.

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 delinquir. En la aplicación de este requisito, el autor se adelanta ya 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. Si bien en primer lugar LLARENA CONDE admite que la

exigencia de la comisión de un delito impediría la incriminación por el delito del art. 510.1 CP (erc. el art. 18.1 CP), concluye que la remisión que lleva a cabo el art. 510.1 CP al art. 18.1 CP 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 art. 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 (art. 8 del CP)”¹¹².

Es posible realizar varias objeciones a esta propuesta, al margen de negar, contrariamente a lo que sostiene LLARENA CONDE, que el art. 510.1 efectúe una remisión al art. 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 art. 510.1 CP y la prevista en el art. 18.1 CP, 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 la provocación del art. 510.1 CP (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 art. 18.1 CP debe estar referida exclusivamente a la delimitación de la conducta delictiva, pero no al objeto de la misma, pues estaría perfectamente delimitado en el art. 510.1 CP (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 art. 617.2 CP) 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 art. 510.1 CP y el art. 18.1 CP 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

111 Así, entre otros, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 65 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 494 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 828, pues en este caso se trataría de una cooperación (necesaria o no) de carácter moral; MIR PUIG, *PG*, 7.ª, 2004, 403 s.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *PG*, 6.ª, 2004, 447.

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

que protegen el mismo bien jurídico, y sólo se debe aplicar uno de ellos, puesto que recoge más adecuadamente todo el desvalor del hecho¹¹³. Partiendo de esta consideración, estimo que, de admitirlo, el concurso de leyes se plantearía entre el art. 510.1 CP y aquel precepto que expresamente sancione la provocación genérica a cometer un delito, siempre y cuando la provocación suponga el ejercicio de comportamientos violentos¹¹⁴, y su castigo esté previsto expresamente en el CP, como puede ser el caso de la provocación al delito de lesiones (art. 151 CP). El art. 18.1 CP tendría la naturaleza de norma jurídica incompleta¹¹⁵, puesto que aclara, limita o completa el supuesto de hecho de aquellos delitos cuya provocación se sanciona penalmente (así, por ejemplo, arts. 141, 151, 168 CP). Sin embargo, tampoco considero posible defender la existencia de un concurso de normas entre el art. 510.1 CP y la provocación al delito de lesiones (art. 151 CP) para establecer cuál de ellos es más especial. Si bien el art. 151 CP exige que la provocación sea directa (lo que no hace el art. 510.1 CP expresamente), su castigo no requiere que se lleve a cabo por los motivos que recoge el art. 510.1 CP. 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 art. 510.1 CP 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 art. 510.1 CP 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 (art. 18 CP), 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 art. 510.1 CP que no establece ninguna restricción formal a la provocación, se apliquen sus requisitos a través de una interpretación análoga. Así, la condena por el art. 510.1 CP 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 si 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 de 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 vio-

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

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

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

lencia (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 (art. 510.1 CP).

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 art. 510.1 CP. Ello al margen, naturalmente, de mi valoración personal, fuera del Derecho penal, sobre las manifestaciones del Imán en su obra.

IV. Posibles alternativas de incriminación

El interrogante que se plantea a continuación es evidente: ¿la conducta del Imán pudo haber dado lugar a otro tipo delictivo al margen del art. 510.1 CP?

1.º) Podría plantearse, en primer lugar, la concurrencia de un delito de provocación a las lesiones (art. 151 CP), eso sí, siempre y cuando se sostuviera que la conducta del Imán constituyó verdadera provocación, lo que niego atendiendo a los argumentos anteriormente expuestos. Sin embargo, hay que tener en cuenta las palabras expresadas en su libro por el Imán, al recomendar que no se deben administrar los golpes en situaciones de furia exacerbada o en partes sensibles del cuerpo y siempre graduando la intensidad de los mismos, con el fin de evitar la existencia de hematomas o cicatrices. Se deduce de sus manifesta-

ciones que la intención del Imán no es la de que el varón cause lesiones que por su gravedad requirieran de tratamiento médico, y por lo tanto ser constitutivas de delito, sino que más bien parece limitar la lesión a aquellos casos en los que da lugar a la existencia de una falta. En caso de que se admitiese que la conducta del Imán supone una provocación a unas lesiones no constitutivas de delito, la condena se tornaría imposible debido a la falta de previsión legal expresa de esta conducta en el Libro III del CP, tal y como exigiría el art. 18.2 CP. En relación con lo previsto en el art. 18.2 CP, que establece el castigo a través de la inducción en los casos en los que la provocación vaya seguida de la perpetración del delito, se puede plantear si es correcto castigar al Imán como inductor a un delito de lesiones. Considero que esta propuesta carece de viabilidad, no sólo porque se debería argumentar la realización de una verdadera provocación, su carácter directo y su orientación a un delito y no a una falta, sino sobre todo por los problemas de prueba que se plantean, pues se debería constatar la realización de conductas violentas sobre la mujer y, más aún, que éstas hubieran sido realizadas como consecuencia de lo expresado por el Imán en su libro. Es decir, 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. Podría plantearse, igualmente, la posibilidad de incriminar al Imán como inductor de una falta de lesiones. Sin embargo, debe negarse esta opción, no sólo porque no considero que el Imán provoque con su conducta a la comisión de dicha falta (utilizando los argumentos anteriormente expuestos), sino además porque una interpretación coherente con la regulación de la provocación genérica (art. 18.1 CP) exige que la inducción se realice respecto a un delito y no a una falta.

2.º) El hecho de que la conducta sugerida por el Imán se desarrolle en un ámbito determinado, como es el familiar, pudiera haber planteado la posibilidad de sancionar penalmente sus manifestaciones en relación con los delitos de maltrato ocasional y habitual (arts. 153 y 173.2 CP). Sin embargo, y en caso de estimar que estuviéramos ante una auténtica conducta de provocación (cosa que creo no sucede), el hecho de que el castigo de dicha provocación en relación con estos delitos no encuentre referencia expresa en el CP impediría su incriminación¹¹⁶. Tampoco podrían sancionarse las manifestaciones del Imán a través de los delitos de maltrato al estimar, por ejemplo, que puede ocasionar un menoscabo psíquico el hecho de que una mujer musulmana tenga acceso al libro y lea su contenido. La exigencia de que el sujeto pasivo sea o haya sido esposa,

¹¹⁶ Téngase en cuenta que la regulación de la provocación a las lesiones es aplicable a lo contenido en los arts. 147 a 150 del CP, quedando el art. 153 CP al margen del castigo, y no existe tampoco regulación expresa en relación con los arts. 173 y 174 CP.

mujer que esté o haya estado ligada al autor del maltrato por análoga relación de afectividad o persona especialmente vulnerable que haya convivido con él o se encuentre en integrada en el núcleo de la convivencia familiar de dicho autor imposibilitaría del mismo modo su castigo.

3.º) Puede resultar aceptable que las manifestaciones vertidas por el Imán lesionaran el honor, entendido éste como “el verdadero valor interno del sujeto y la correspondiente pretensión de respeto que fluye de él (pretensión de no ser tratado inmerecidamente)”¹¹⁷. La posible vulneración del derecho al honor de un grupo¹¹⁸, en este caso el de la mujer musulmana, plantea la posibilidad de incriminar la conducta del Imán por un delito contra el honor, en concreto, a través del delito de injurias (art. 208 CP). El interrogante que surge gira en torno a la atribución del derecho al honor de los colectivos, cuestión que ha sido negada de forma casi unánime por la doctrina, principalmente por la inconcreción del destinatario del ataque¹¹⁹. Es cierto que esta cuestión ya ha sido planteada judicialmente a propósito del denominado Caso Violeta Friedman¹²⁰, en donde el TC reconoce la lesión al honor del pueblo judío puesto que el ataque a éste trasciende a los mismos que son identificables como individuos dentro de la colectividad¹²¹. A juicio de LÓPEZ PEREGRÍN, de lo que se trata es de delimitar si uno, varios o todos los miembros de un grupo han sido aludidos personalmente, dañando con ello su honor. La autora sostiene que esto es difícil de probar cuando se trata de ataques a grupos raciales, religiosos, etc., ya que no es posible identificar a personas físicas concretas cuyo honor individual ha podido ser lesionado. Esto explicaría, a su juicio, que el Derecho penal tienda a tipificar estos ataques al margen de los delitos contra el honor, concretamente a través de las dos modalidades delictivas recogidas en el art. 510.1 y 510.2 CP, específicamente a través de la provocación al odio y la difamación de grupos. Concluye LÓPEZ PEREGRÍN sosteniendo que la finalidad de esta última incriminación reside en la intención de cubrir lagunas de punibilidad que se producirían en los casos de imputaciones con denominación colectiva en los que no se pueda determinar, por la

amplitud del grupo, un conjunto de personas concretas a las que se haya lesionado el honor¹²².

Admitiendo que esta cuestión merecería un estudio en mayor profundidad, considero que la existencia de un delito de injurias sería en todo caso dudosa en el caso del Imán de Fuengirola, no sólo porque no resultaría probada la concurrencia del ánimo de injuriar, sino también por la exigencia de que sea la persona ofendida o su representante legal la que inicie el procedimiento (art. 215.1 CP), o por lo que respecta de igual modo a la extinción de la responsabilidad criminal, ya que el art. 215.3 CP 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. Por lo que respecta a la aplicación del tipo que regula la injuria colectiva (art. 510.2 CP), 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.

V. Conclusión

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 art. 510.1 CP permitiera el castigo del Imán por provocación a la violencia, una interpretación sistemática, teleológica y restrictiva del art. 510.1 CP conduce a sostener la ausencia de responsabilidad penal en su comportamiento. 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. Resulta incuestionable que las manifestaciones realizadas por el Imán son deleznales,

117 LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, 2000, 82, en consonancia con los defendido mayoritariamente por la doctrina en Alemania.

118 Con el término “colectivo” o “colectividad” se hace referencia “a cualquier conjunto de personas no organizadas que tiene una característica común, ya sea ésta elegida voluntariamente (los profesores, los médicos, los judíos) o inherente al individuo (los europeos, los negros, las mujeres)” (LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, 2000, 174).

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

120 STC 11-11-1991 (RTC 214), con motivo del recurso de amparo que Violeta Friedman planteó ante unas declaraciones de un ex alto dirigente de las SS a una revista, a través de las cuales ponía en duda la existencia de los campos de exterminio, etiquetando como mentirosos a los que alegaban haber padecido los horrores nazis.

121 En opinión de LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, 2000, 187 y s., esta resolución ha sido interpretada en sentidos opuestos. Así, un sector doctrinal considera que, aunque el honor se atribuye a las personas físicas, su conjunto también ostenta un derecho al honor que correspondería a cada uno de los miembros que lo integran. Sin embargo, otro sector, al que se adhiere la autora, sostiene que en la sentencia no se reconoce un derecho al honor del grupo, sino la posibilidad de que una persona concreta pueda ser lesionada en su honor, tanto a través de una agresión singular como generalizada referida a un grupo de personas.

122 LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, 2000, 189, 191.

vergonzosas y contrarias a la dignidad de la mujer. Pero no por el hecho de serlo exigen que el Derecho penal funcione como un resorte automático sancionador, pues no debe olvidarse que está sometido a unas restricciones que sirven para garantizar los derechos y proteger bienes jurídicos, principalmente del ciudadano agredido, pero también del ciudadano agresor. Así, se debe rechazar cualquier incriminación que tenga como sustento la mera inmoralidad o la discrepancia. 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. La conducta del Imán no poseería, utilizando la terminología de LANDA GOROSTIZA¹²³, el carácter de perturbación exterior capaz de afectar notablemente las condiciones de seguridad de un grupo vulnerable. 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. Me gustaría apuntar que una concepción del Derecho penal como la aquí defendida no tiene por qué ser identificada con una permisividad absoluta. Únicamente supone defender la existencia de un Derecho penal que se concibe como un instrumento garantista para las libertades públicas pero que, como facultad estatal, debe estar sometido a unos límites. Y uno de los más importantes es el principio de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos. Comparto la idea de que la tolerancia no representa ningún valor cuando se orquesta hacia la indulgencia de comportamientos que han sido proscritos por el legislador. Sin embargo, debe quedar claro que no todo comportamiento, por el mero hecho de ser rechazable, merece su calificación como delito. Y aun en el supuesto en el que el legislador lo convierta en modalidad delictiva, no necesariamente hay que justificar esta decisión legislativa de incriminación. De ahí que se deba imponer un mínimo de cautela, a quien corresponda, ante la progresiva tendencia a identificar disidencia y punibilidad.

VI. 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 Imán 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.

GÓMEZ 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 núm. 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.

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*, 7.^a ed., 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal PE*, 15.^a ed., 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal PG*, 6.^a ed., 2004.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesorio*, 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*, 4.^a 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.

VII. Otras fuentes

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, n.º 77-1.

— BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, n.º 77-6.

— BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de julio de 1995, n.º 77-13.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo II, 21.^a ed., 1992.

SENADO, BOCG, Senado, V Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, n.º 87 c.