María Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Almería n.º 1789. Socia de la FICP.

~El delito de odio, la libertad de expresión y las redes sociales~

I. EL DELITO DE ODIOS TRAS LA REFORMA EN EL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE LA LEY 1/2015 DE 30 DE MARZO. LA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 CP.

1. El delito de odio tras la reforma en el Código Penal a través de la Ley 1/2015 de 30 de marzo.

El Preámbulo de la LO 1/2015 argumenta como fundamento para basar una reforma tan amplia¹ en este tipo de delitos, la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Con la LO 1/2015, de 30 de marzo que modifica el CP, la regulación de los delitos de odio, hostilidad, discriminación y violencia hacia determinados individuos o grupos por razón de su pertenencia a los mismos, ha sido remodelada². La legislación española considera la dignidad de la persona como principio informador, estableciéndola como un mínimo invulnerable³. Sin embargo, la reforma del 2015 ha ido más lejos que la Decisión Marco, incluyendo otros motivos de discriminación, como la situación familiar, el sexo, la orientación o identidad sexual o por razones de género, enfermedad o discapacidad. Responde al adelantamiento de la barrera de protección la tipificación de la acción de facilitar a terceros el acceso, para combatir el discurso del odio a través de webs, pero, supone una elevación a delito de conductas que sólo son constitutivas de cooperación con un acto preparatorio de un acto preparatorio.

Podemos afirmar que existe una tipificación no homogénea de los delitos de odio⁴, a través de los diferentes tipos penales del CP reformado por la LO 1/2015, de 30

¹ ALASTUEY DOBÓN, C. REDPC, 18-14, 2016, pp. 4-5.

² El Comité de Ministros del Consejo de Europa define al discurso del odio como “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”.

³ La Memoria de la FGE de 2016, registra un aumento de los procedimientos por delitos de odio.

⁴ GÜERRI FERRÁNDEZ C., La especialización de la Fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso de odio en España, Indret,

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

de marzo: amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 CP); tortura cometida en base a algún tipo de discriminación (art. 174 CP); provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones (art. 510.1 CP); difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2 CP); asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones (art. 515.5 CP y 51 CP); delitos contra libertad de conciencia y sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP); genocidio (art. 607 CP) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP)⁵.

FUENTES OSORIO⁶ incluye dentro de los delitos de odio sólo los que contienen el odio como ánimo aversivo discriminatorio (arts. 510.1.a-b y 515 CP), los agravados por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (arts. 174, 314, 510.2.a), 510.2.b), 511, 512 CP), los que protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto: delitos de genocidio o de lesa humanidad (arts. 607, 607 bis, 510.1.c) CP), delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP), los agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1 y el art. 197.5 CP.

La amplitud del tipo supone que, la determinación del carácter delictivo de los hechos dependerá, del control de idoneidad que deberá efectuar el órgano jurisdiccional sobre la base de los elementos probatorios disponibles y valorando si el contenido de los materiales es idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, la hostilidad, discriminación o violencia, referidos estos al mismo ámbito de sujetos previstos en la letra a) del artículo 510, que es el tipo que vamos a estudiar.

El art. 510 CP, tras la reforma⁷, tipifica dos conductas:

1.- Las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos

2015, p. 6. Diferencia los delitos de discriminación de los anteriores: discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP); denegación de prestaciones por un particular encargado de un servicio público o por un funcionario público (art. 511 CP); denegación de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP).

⁵ La ONG Movimiento contra la Intolerancia incluye entre los delitos de odio el artículo 173.1 CP, que tipifica los atentados contra la dignidad de la persona.

⁶ FUENTES OSORIO, J. L., El odio como delito, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017 nº 19-27, pp. 8-9.

⁷ TAPIA BALLESTEROS P., Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (Dirs.): Comentarios prácticos al Código penal, Aranzadi, Pamplona, pp. 181 y ss., *“Esta regulación se debió a la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se desata en la década de los noventa, momento también el que se consolidan grupos organizados de ideología nacional socialista (tuvo especial importancia la tipificación de este delito el caso de Violeta Friedman resuelto en STC 214/1991, de 11 noviembre)”*.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

por motivos racistas.

2.- Los actos de humillación o menosprecio, así como el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos contra tales grupos o sus integrantes con una motivación discriminatoria.

Además, con la reforma del Código Penal se añaden conceptos nuevos (como la hostilidad, el menosprecio, la humillación y el descrédito), a los ya existentes de odio, violencia y discriminación y, se regula también la comisión de estos delitos a través de Internet, redes sociales y medios de comunicación social.

En el art. 510 CP se incluyen tres clases de delitos: de odio, de discriminación y de racismo/xenofobia. El sujeto pasivo⁸ es común: un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

El tipo básico se recoge en el art. 510.1 CP. En el art. 510.2 CP se regulan los tipos atenuados, castigando dos tipos de conductas con una pena más leve que en el anterior apartado. Los tipos cualificados agravados se recogen en los puntos 3 y 4 del art.510 CP. El art. 510.3 CP tipifica el tipo agravado que consiste en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados precedentes del precepto a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que se haga accesible a un número elevado de personas. Es necesario que la conducta se realice “públicamente” o “por cualquier medio de expresión pública”, por lo que en el art. 510.3, la publicidad no se refiere a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a aquellos sistemas adecuados para llegar a un número masivo de personas⁹. El tipo agravado del art. 510.4 CP se refiere a supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública y para

⁸ Se añade la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; se añade el concepto de *la identidad sexual* frente al anterior de *orientación sexual*, y sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*.

⁹ "Internet" o el "uso de tecnologías de la información" se refiere a medios como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos similares. "Medio de comunicación social", se refiere a que el medio sea accesible a un número de personas elevado (televisión, radio o prensa escrita).

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

El art. 510.5 CP establece la imposición de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de actos cometidos y a las circunstancias concurrentes.

El art. 510.6 CP establece la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquiera otros soportes utilizados para la comisión de estos delitos¹⁰. Esta nueva pena, de aplicación preceptiva, implica la destrucción, inutilización o borrado de libros, archivos, documentos, artículos o cualquier clase de soporte, debiendo el juez o tribunal sentenciador ordenar la retirada de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de las TIC. Para PORTILLA CONTRERAS¹¹ es una forma de censura propia de un Estado autoritario.

La concepción expansiva y criminalizadora del discurso del odio fue ratificada por la STC 177/2015 de 22 de julio la cual señaló que es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado "discurso del odio" son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes". El TC consideró que quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no solo ofensivo, sino también incitador al odio. Sin embargo, esta posición fue desestimada por la Corte Europea de Derechos Humanos, STEDH de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera. c. España (demandas nº 51168/15 y 51186/15) en la que ha condenado a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión, entendiendo que la quema de la imagen del Rey como una forma de crítica política de la monarquía y del Reino de España como nación, no puede ser castigada con pena de prisión, en la medida que no entraña una incitación al odio o la violencia ni debe ser interpretada como expresión del discurso del odio.

¹⁰ Cuando el delito se haya cometido a través de las tecnologías de la información y comunicación, impone al juez que se acuerde la retirada de los contenidos. En caso de portales de acceso a internet a través de los cuales se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, deberá ordenarse el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de éste.

¹¹ PORTILLA CONTRERAS G., La represión penal del discurso del odio, en QUINTERO OLIVARES G., Comentario a la reforma penal de 2015, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 379-412.

2. La agravante del art. 22.4 CP.

El Art. 22.4 CP, considera como agravante el hecho de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u 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, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

La LO 4/1995 de 11 de mayo, de reforma del CP señala en su Exposición de Motivos que la justificación de su inclusión era la proliferación de episodios racistas y antisemitas de ideología nazi que se habían producido en Europa. La LO 5/2010 de 22 de junio introdujo en la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal la identidad sexual junto a la orientación sexual, así como la discapacidad o enfermedad en lugar del término minusvalía que se venía utilizando. Con la última reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo, se añade la agravante por razones de género¹², considerando que el género puede ser base de acciones discriminatorias distinto del que abarca la referencia al sexo. Cometiendo el delito por motivos discriminatorios, se lesiona aparte del bien jurídico protegido por el delito concreto, otro bien jurídico distinto que justifica ese plus de protección y que tiene una mayor punición¹³. No en todo delito en el que la víctima pertenezca a otra raza, etnia o nación, o participe de otra ideología o religión o condición sexual, hay que aplicar la agravante, ya que es una circunstancia fundamentada en la mayor culpabilidad del autor debido a la mayor reprochabilidad, de forma que es requisito indispensable que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

Según DÍAZ LÓPEZ¹⁴, el art. 22.4 CP tiene como fundamento el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales y, por tanto,

¹² CHACÓN LEDESMA, L., Delitos de odio y discriminación en el Código Penal, I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio, Córdoba, 2016.

¹³ La STS 1145/2006, de 23 de noviembre, señala que nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución. Para la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP *será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE . Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno.*

¹⁴ DÍAZ LÓPEZ J.A., La reforma de la agravante genérica de discriminación, Artículo litigacionpenal.com/es/reforma-agravante-genérica-discriminación, 2015.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

que lo que hay que probar para su aplicación es si el autor actuó, guiado por su prejuicio y su odio, comete los hechos por razón de alguna de las condiciones personales de la víctima que se enumeran en el precepto.

La discriminación puede ser directa¹⁵, indirecta¹⁶, por asociación¹⁷ y por error¹⁸. Las motivaciones contenidas en el art. 22.4 CP se pueden interpretar o no, si bien sólo la discapacidad está definida en el art. 25 CP. Las motivaciones son por:

1.- Sexo y género¹⁹.

El sexo se refiere a la biología, al cuerpo de los seres humanos, a las características biológicas masculinas o femeninas²⁰. El género se refiere a un concepto cultural, a las ideas socialmente aceptadas de masculinidad o feminidad y sobre cómo nos sentimos individualmente²¹. Se puede aplicar la agravante de género en todos aquellos supuestos en los que la agravación por género²², no esté ya

¹⁵ Según la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, es la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable, por motivos de lugar de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad de género (como negar la entrada en un establecimiento público a una persona discapacitada por el hecho de serlo).

¹⁶ Situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona con respecto a otras por los motivos antes expuestos (como exigir a determinados colectivos, para obtener una prestación social determinada, requisitos tan difíciles de obtener que los coloca en situación de desventaja respecto de otras personas).

¹⁷ Cuando se discrimina a alguien por su relación o contacto con una o más personas sobre las que recae una discriminación por alguno de los motivos enumerados en el CP.

¹⁸ Se produce cuando existe una apreciación errónea de la persona por asociarla a determinadas características. En los casos de discriminación por error y discriminación por asociación será aplicable la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal, ya que la exigencia es cometer el delito por los motivos racistas, establecidos en dicho artículo, por lo que será suficiente que el autor de los hechos actúe por la motivación, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre o no en el sujeto pasivo de la conducta.

¹⁹ Las de género se recogen en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, como consecuencia de las previsiones del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de fecha 11/05/11, ratificado en España el 18/03/2014 (BOE 6 de junio de 2014).

²⁰ Normalmente nacemos macho o hembra, pero existe un pequeño porcentaje de personas que nace intersexual, con características biológicas correspondientes tanto al sexo femenino como al masculino, anteriormente llamadas hermafroditas.

²¹ El Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado el 7 de abril de 2011, señala cómo “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”.

²² El género ya está contemplado en las infracciones previstas en los delitos de maltrato de obra o lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico para su curación (art. 153.2), en las lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico para su curación, (art. 148.4), siempre que, por su gravedad no se puedan encuadrar en los arts. 149 y 150 CP, en las amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves, cometidos por el varón frente a la mujer con la que tiene o no tenido en el pasado vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (No sería aplicable la agravante genérica de razones de género, ya que supondría un claro *non bis in idem*, en las siguientes infracciones penales).

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

expresamente contemplada en el propio tipo penal²³.

La reforma de la LO 1/2014, ha dejado fuera las conductas más graves, como las lesiones graves, el homicidio o el asesinato. Por lo tanto, en el resto de supuestos de violencia sobre la mujer en el ámbito familiar, podría ser aplicable la agravante de género si concurren los requisitos para ello.

2.- Racismo.

El art. 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (de la ONU, 1965), lo define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”²⁴.

3.- Etnia.

Se produce cuando se trata de forma diferente a una persona por su pertenencia a un grupo o una comunidad que comparte una lengua, identidad simbólica, ideología, cultura y en algunos casos ciertos rasgos físicos visibles, que los diferencian del resto de grupos o comunidades²⁵.

4.- Nación.

5.- Ideología.

6.- Religión o creencias.

²³ En nuestro sistema penal, ya se contemplan los fundamentos de la violencia sobre la mujer y las razones de género en la tipificación de algunas conductas penales, introduciendo un tratamiento diferente según que el sujeto pasivo sea hombre o mujer y, en general, agravando alguno de estos comportamientos cuando el sujeto pasivo es el varón frente a la mujer

²⁴ Suele ser confundido con la xenofobia, que es el “odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros”. Sin embargo, existen diferencias entre ambos conceptos. El racismo es un pensamiento de superioridad, mientras que la xenofobia es un sentimiento de rechazo. Por otro lado, la xenofobia está dirigida solamente contra los extranjeros a diferencia del racismo, que puede proyectarse tanto sobre personas nacionales como extranjeras. El término xenofobia no aparece expresamente reflejado en el art. 22.4 del Código Penal, a diferencia del racismo, pero se puede englobar en la discriminación por “nación a la que pertenezca la víctima”.

²⁵ La STEDH de fecha 13 de Diciembre del 2.005 (caso Timishev contra Rusia) señala la relación entre etnicidad y raza: “la etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales”.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

- 7.- Antisemitismo.
- 8.- Orientación e identidad sexual
- 9.- Enfermedad.
- 10.- Discapacidad.

Los indicadores de prejuicio o polarización constituyen una herramienta fundamental para determinar si nos encontramos o no ante un delito de odio²⁶. A falta de prueba directa, la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Los factores de polarización, según la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR) pueden ser: La percepción de la víctima o de terceros, la pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario, la relación de la víctima con un grupo objetivo o miembros del mismo (discriminación por asociación), el lugar de comisión del delito, la fecha de comisión de los hechos (Día del Orgullo Gay, día de oración para los musulmanes, sábado para los judíos, día del cumpleaños de Hitler, etc.), comentarios, gestos, manifestaciones escritas del autor del delito y símbolos, pintadas o dibujos en la escena del delito, tatuajes, ropa, propaganda, estandartes, banderas, pancartas, panfletos y, en general, cualquier tipo de material de carácter ultra, los antecedentes policiales del sospechoso, la relación del sospechoso con grupos ultra del fútbol, la relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra el colectivo víctima, la enemistad histórica entre el colectivo víctima y el colectivo al que pertenece el sospechoso, la gratuidad de los hechos, etc.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE ODIO.

Según ALONSO²⁷, el TC ha recurrido en diversas ocasiones a la categoría del discurso del odio para justificar un límite a la libertad de expresión. Se ha considerado

²⁶ SSTC 61/2005 y 137/2005, la prueba circunstancial o indirecta puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa, siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica y detallado expresamente en la sentencia condenatoria.

²⁷ ALONSO, L./VÁZQUEZ, V., Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos, Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 211-252.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

en cierta manera el discurso del odio como un cajón de sastre que incluiría cualquier tipo de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático. Por ello, TERUEL LOZANO²⁸ considera necesario acercarse de forma crítica a esta jurisprudencia constitucional.

En la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre una condena por injurias al Rey, y la STC 112/2016, de 20 de junio, referida al enaltecimiento del terrorismo, el Tribunal acogió la doctrina que acuñara en relación con el discurso del odio y consideró legítima la sanción penal de tales conductas “en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”. En estas sentencias el TC, según TERUEL LOZANO²⁹, aunque no se desdice de su doctrina en relación con el carácter abierto y no militante del ordenamiento español, sin embargo, legitima unos límites exorbitantes a la libertad de expresión, admitiendo severas restricciones a la misma sobre la base de la intencionalidad de los discursos, de su contenido y, como mucho, de una genérica y difusa peligrosidad o idoneidad lesiva de los mismos.

Por su parte, el Tribunal Supremo³⁰, tiene una jurisprudencia poco clarificadora. Respecto al antiguo delito de incitación al odio del art. 510 CP, ha tenido una jurisprudencia restrictiva aplicando los requisitos de la provocación³¹ del art. 18 CP.

Debemos de tener en cuenta, en primer lugar que, los derechos absolutos no existen en el ordenamiento. Dentro de ellos, los derechos fundamentales (como el derecho a la libertad de expresión) están también delimitados³². Por otro lado, el Derecho penal también tiene sus límites, como consecuencia del principio de intervención mínima, siendo aplicable con carácter subsidiario y como *ultima ratio* del ordenamiento punitivo. Tal es así que, la protección del derecho a la no discriminación

²⁸ TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho: una peligrosa frontera*, Madrid: CEPC, 2015, pp. 293-307.

²⁹ TERUEL LOZANO G.M., *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*, 217, rescatado internet el 02/02/2019.

³⁰ STS 259/2011, de 12 de abril.

³¹ COBO DEL ROSAL, C. (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 687; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 841, se expresan a favor de la tesis de la provocación.

³² GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, 2016, p. 6.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

y la dignidad de las minorías en el caso del discurso del odio, puede entrar en conflicto con la libertad de expresión.

La STC 235/2007 de 7 de noviembre, se inclinó hacia la libertad de expresión³³, estableciendo que ésta no puede restringirse “por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”. FUENTES OSORIO³⁴ considera que solamente es posible la tipificación de aquel discurso del odio que suponga una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas. La STC 177/2015, de 22 de julio³⁵, habla sobre la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantía para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”.

Son dos los aspectos a tener en cuenta en referencia a la punibilidad de los delitos de odio y a su conceptualización como límites al derecho a la libertad de expresión:

1.- La propia delimitación del concepto de delito de odio aplicándole los límites del Derecho penal. Es posible que un delito de odio fundamentado en el discurso de la intolerancia sea sancionable penalmente, si se interna de lleno en la senda de los actos preparatorios punibles (no podemos castigar la apología y la provocación del sentimiento de odio entre la población, pero sí podemos castigar la apología y la provocación de delitos motivados por la intolerancia).

³³ SUÁREZ ESPINO, M. L., Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, en *Indret*, 2, 2008.

³⁴ FUENTES OSORIO, J. L., El odio como delito, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, 19-27, p. 49, quien propone “limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios”.

³⁵ La STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del Derecho penal en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que, obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

2.- Conceptualizado el alcance de los delitos de odio en su modalidad de expresión, hay que analizar si es posible determinar la existencia de un peligro real y cierto de comisión de hechos delictivos mediante la *incitación indirecta*.

Es igualmente necesario un análisis de la parte subjetiva de los tipos penales pertenecientes a la tipología de delitos de odio. Las recientes líneas jurisprudenciales tratan de prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico, pero lo cierto es que los automatismos son el enemigo del Derecho penal ilustrado enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho.

Según STUART MILL³⁶, la libertad de expresión tiene un doble ámbito: el interno (libertad de pensamiento) protegida constitucionalmente por el derecho a la libertad de pensamiento y, el externo, que es la que la persona muestra al exterior (opinión)³⁷. Hay que tener en cuenta que es necesario, por un lado, diferenciar entre la libertad de información y la libertad de expresión (la cual no es un derecho absoluto). El art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las limitaciones para que la libertad de expresión sea válida (tienen que estar reguladas en la Ley, regulada sin ningún tipo de discriminación, tiene que ser necesaria y proporcionada, con el objetivo de garantizar el respeto a las demás personas, proteger la seguridad de todo el país y la salud pública. El art. 20.4 CE establece los límites a la libertad de expresión, al establecer que el límite se encuentra en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. El discurso del odio, podemos considerarlo como un límite a la libertad de expresión, ya que es consecuencia de una utilización no adecuada del derecho fundamental a la libertad de expresión. Internet y las nuevas tecnologías han producido en nuestra sociedad un gran cambio a nivel mundial, lo que supone que un gran número de personas pueden llegar a recibir un discurso de odio, llegando a tener, incluso, una conducta violenta como consecuencia de la información recibida. Para ALCÁCER GUIRAO³⁸ es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político y conceder la mayor importancia a la libertad de expresión en el

³⁶ MILL, J.S., Sobre la libertad, Madrid: Alianza, 1993, p.68.

³⁷ Por su parte, el artículo 20.1 CE, reconoce el sentido amplio de la libertad de expresión (que estaría formado por todas las libertades que se protegen en la redacción del artículo) y, el sentido estricto, el cual engloba las ideas y opiniones.

³⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., Discurso del odio y discurso político, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2010, p. 6.

contexto del debate político, sin que se pueda restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosa.

III. CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de expresión y la incitación al odio no son realidades recientes, pero lo cierto es que, desde finales del siglo XX han adquirido una gran notabilidad. El TEDH sigue unos parámetros muy estrictos para determinar si se ha violado el derecho a la libertad de expresión del demandante³⁹. Dicha Tribunal, por tanto, se ha posicionado a favor de la libertad de expresión, pero, la incitación al odio es cada vez un delito más habitual. El Tribunal y algunos organismos internacionales, consideran necesario tanto definir como delimitar el concepto de *hate speech* (discurso del odio), para proteger tanto la integridad de determinados grupos sociales, como para garantizar la libertad de expresión en todas sus formas. La libertad de expresión es un derecho fundamental, de forma que, sólo en casos muy extremos, en los que se demuestre la incitación al odio, es posible menoscavar este derecho, ya que de lo contrario se consideraría una injerencia innecesaria para la protección de un Estado, su orden y su democracia.

Partiendo, pues, de la consideración de la libertad de expresión como derecho fundamental, debemos considerar que en los últimos tiempos, se están justificando castigos en las sentencia atendiendo a cómo suena el lenguaje pero no realizando un juicio concreto del daño efectivo o del peligro cierto que se ha producido con la difusión de dicho mensaje (citando como ejemplos de datos a tener en cuenta, la concurrencia de injurias, humillaciones o vejaciones de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminador, las amenazas reales y la provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas (violentas o discriminatorias). Es necesaria una definición más restrictiva y más diáfana del concepto del discurso del odio, ya que ni siquiera existe una posición doctrinal clara al respecto. De forma que, una restricción demasiado amplia del principio fundamental a la libertad de expresión puede incidir negativamente en la calidad de nuestras sociedades democráticas.

³⁹ Prevalece la idea de que la libertad de expresión es un principio y un derecho fundamental como base de una sociedad libre, siendo menos los casos fallados a favor del Estado.