

DISCURSO DE ODIO, DERECHO PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Por **Rafael Alcácer Guirao**

*Profesor titular de Derecho penal (Universidad Rey Juan Carlos).
Consultor en Oliva-Ayala Abogados*



El discurso de odio está en boca de todos. No solo de quienes transmiten la intolerancia y hostilidad, sino también de víctimas y ofendidos, así como de los medios de comunicación o de los mismos operadores jurídicos, que vienen admitiendo a trámite querellas de toda índole fundadas en supuestos delitos de expresión hostil recogidos en el artículo 510 del Código Penal (CP). El fenómeno del “discurso del odio” parece haberse convertido en un problema endémico en nuestra sociedad, al menos a tenor de quienes se reivindican o son consideradas “víctimas” del odio: desde toreros a policías, pasando por grupos de ideología nazi -que la Fiscalía General del Estado, en su Circular 7/2019, considera víctimas idóneas del delito recogido en el artículo 510 CP- o por la Casa Real, a la que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/2015, consideró destinatarios propicios del “discurso de odio”.

Apenas puede ponerse en duda que nos hemos convertido en una sociedad de ofendidos, cada vez más sensible a las intensidades propias del discurso ideológico y, por ello, menos tolerante frente a opiniones extremas, incendiarias u hostiles. Pero esa sensibilización creciente no se corresponde realmente con un incremento en las cifras de delitos relacionados con el discurso de odio. De una parte, una gran mayoría de las querellas y denuncias que inicialmente se admiten a trámite por delitos expresivos -tanto relativas al citado artículo 510 CP como a otros delitos como el escarnio de sentimientos religiosos (art. 525) o el de ultrajes a la bandera (art. 543 CP)- son archivadas sin ni siquiera llegar a juicio. De otra parte -y esto explica en gran medida lo anterior-, muchas de las conductas a las que

se les cuelga la etiqueta del “discurso de odio” no se corresponden realmente con aquellas que el artículo 510 CP pretende evitar.

¿Quiénes son las víctimas del delito de discurso de odio?

Para responder a ese interrogante es preciso atender al fundamento teleológico del precepto. La finalidad esencial que persigue tal regulación es la de proteger a determinados colectivos frente a la discriminación; es por tal razón que las características identificativas de esos colectivos que establece el artículo 510 -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- se vinculan a las recogidas en el artículo 14.2 de la Constitución. Esa conclusión es indudable, por lo demás, a la luz de diferentes instrumentos de *soft law* que se han venido ocupando del discurso del odio. A esos efectos, una referencia habitual en el debate es la ofrecida por la Recomendación 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que define el discurso del odio como “cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”.

Tal como explícitamente se recoge en ese y otros textos internacionales, la característica esencial del discurso de odio radica en la manifestación pública de rechazo, desprecio o discriminación hacia determi-

nadas personas o grupos sociales en atención a las características que identifican y distinguen a sus miembros, pero únicamente cuando tales grupos sociales hayan venido siendo objeto históricamente de marginación social o exista, en todo caso, un contexto social previo de marginación. Es ese citado componente discriminatorio, característico de los colectivos destinatarios de la hostilidad, lo que permite distinguir el “discurso del odio” de otras conductas expresivas de rechazo, oprobio o denigración contra personas o colectivos, y es lo que motiva la restricción de la libre expresión pública presente en los textos internacionales y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (TEDH). Así lo ha expresado con claridad, por ejemplo, en la sentencia de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev c. Rusia*, en la que rechazó con rotundidad que la Policía pudiera ser víctima de un

discurso del odio que justifique la restricción de la libertad de expresión. El fundamento coincide con el que hemos mencionado: la Policía no puede ser considerada “una minoría desprotegida o que sufra prejuicios socialmente enraizados, hostilidad o discriminación, o bien que resulte vulnerable por alguna otra razón, y precise por ello de una protección reforzada frente a ataques cometidos a través del insulto o la difamación”. Muy semejante es la argumentación seguida para rechazar que el caso de la quema de las fotos del rey constituya un supuesto de discurso de odio: en *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, el Tribunal rechaza que puedan serle aplicables a ese supuesto los criterios propios del discurso del odio, entendiendo que la Corona, como institución política, ha de poder ser objeto de críticas y de manifestaciones de hostilidad y rechazo.

Esa delimitación conceptual, basada en el telos antidiscriminatorio, permite excluir muchos “falsos positivos” del ámbito del discurso del odio. Así, por ejemplo, ello justificaría excluir la aplicación del precepto en los casos de incitación al odio contra (510.1) o lesión de la dignidad (510.2) de determinados colectivos sociales que, aunque posean determinadas características identificativas, gozan de una posición social hegemónica. Así -y frente al citado criterio de la Fiscalía-, no creo que deba sancionarse bajo esos delitos el odio contra los “nazis” -ideología-, los “blancos” -etnia-, los “varones” -sexo-, los “heterosexuales” -género- o los “españoles” -nacionalidad-. Aunque pueda resultar más controverti-



do, la mima lógica habría de llevar a rechazar la aplicación del artículo 510 a los casos de la incitación al odio o la difamación contra la religión católica o sus miembros, por cuanto en España posee, sin lugar a duda, una posición social hegemónica.

La insoportable amplitud del delito de discurso de odio

El artículo 510 CP establece un amplísimo elenco de conductas sancionables como discurso de odio, yendo incluso más allá de las exigencias de tipificación establecidas en normas internacionales como la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Tales conductas pueden dividirse en dos grandes bloques. En primer lugar, las conductas de incitación (art. 510.2 CP), cuyo castigo estaría justificado por el riesgo de que, como consecuencia del discurso hostil, otras personas puedan llegar a realizar conductas lesivas. En segundo lugar, las conductas de difamación (art. 510.2 CP), caracterizadas, como refleja expresamente el tipo penal, por el menoscabo de la dignidad de los miembros de un grupo social que pueden conllevar mensajes de menosprecio o denigración contra tales grupos.

La crítica fundamental que la doctrina dirige contra la citada regulación es la desproporción punitiva en

que incurre, cayendo con ello en una restricción excesiva de la libertad de expresión. Así, en las conductas de incitación, no solo castiga la incitación directa a la violencia o a actos discriminatorios, sino que también sanciona -y con la misma pena-, la incitación *indirecta* a la violencia o la discriminación, así como también la incitación, directa e indirecta, al odio.

"La libertad de expresión es el motor de la democracia; en una democracia plena, el debate sobre asuntos públicos debe poder desarrollarse con libertad y sin la permanente amenaza de sanción"

Hasta el momento, la jurisprudencia no ha profundizado en la interpretación de ese precepto, limitándose a sentar dos criterios básicos. El primero es que no puede castigarse la mera difusión de ideas, por muy rechazables que estas sean, por cuanto se restringiría el contenido protegido de la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007). El segundo es que el tipo penal de incitación requiere que se genere una situación concreta de peligro, pero la conducta expresiva sí debe conllevar una "aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria" (Sentencia del Tribunal Supremo 646/2018).

El problema radica en la dificultad de diferenciar la mera difusión de ideas de la incitación idónea en los casos de "incitación al odio" o de la incitación indirecta a la discriminación. El odio es un mero sentimiento, por lo que incitar a otros a odiar carece de ese componente de peligro para la seguridad de los miembros de grupos vulnerables que, al menos en teoría, justifica la sanción. Sin duda, la difusión de ideas execrables -racistas, xenófobas, misóginas, homófobas-, si bien no ha de ser idónea para dar lugar a actos violentos u hostiles entre sus destinatarios, podrá generar o fomentar en otros sentimientos de odio o rechazo, por lo que esa difusión de ideas, que ha de estar protegida por la Constitución, encajará sin dificultad dentro de la modalidad típica de incitación *indirecta* o directa al odio.

Esa misma dificultad se reproduce en la modalidad delictiva de difamación. Las expresiones que "entrañen humillación, menosprecio o descrédito" (art. 510.2 CP) y que, por sí solas, lesionarán la dignidad de los miembros de grupos vulnerables, consistirán por lo general en la (mera) difusión de ideas execrables, por lo que el ámbito de la protección constitucional y el de la sanción penal será prácticamente indistinguible. Repárese en que aquello que se sanciona en esta modalidad típica coincide exactamente con aquello que el Tribunal Constitucional ha declarado amparado por el contenido protegido del derecho fundamental, afirmando que "nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana" (STC 235/2007).





Derecho penal y democracia: algunos criterios restrictivos

La libertad de expresión es el motor de la democracia; en una democracia plena, el debate sobre asuntos públicos debe poder desarrollarse con libertad y sin la permanente amenaza de sanción, y las ideas execrables y contrarias a los propios valores democráticos deben ser combatidas con las herramientas propias de la deliberación pública y no con el Código Penal. Desde tales premisas -programáticamente compartidas por nuestro Tribunal Constitucional-, lo más correcto sería reformar el artículo 510 CP para restringir la sanción penal a los casos de incitación directa a la violencia y a la realización de actos de discriminación.

De *lege lata*, es oportuno introducir algunos criterios exegéticos.

En primer lugar, la conducta expresiva ha de tener carácter *público*, teniendo por receptores un conjunto indeterminado de personas. Ello es así porque la finalidad es la protección de la pacífica convivencia social de determinados grupos vulnerables, por lo que la lesividad de la conducta debe tener carácter *supraindividual*, pudiendo afectar potencialmente a las condiciones existenciales de todo el grupo. Desde esa perspectiva, y por poner un ejemplo, insultos racistas dirigidos a una persona o personas concretas realizados verbalmente en su presencia, o por medios de comunicación cerra-

da -correo electrónico, whatsapp, etc.- no integrarán ese delito.

En segundo lugar, la conducta expresiva ha de venir presidida por un dolo directo de menoscabar esas condiciones de convivencia equitativa de los grupos vulnerables.

En tercer lugar, el mensaje ha de presentar suficiente intensidad y seriedad como para considerarlo potencialmente idóneo para generar reacciones de violencia u hostilidad. La mera reiteración de estereotipos o las expresiones satíricas no alcanzan la gravedad suficiente para justificar la sanción penal. A este respecto, el contexto en el que se profiere el mensaje será decisivo para valorar tanto la intención como la gravedad de la conducta expresiva.

Y en cuarto lugar, deberán quedar extramuros de la aplicación del Código penal aquellos mensajes que inequívocamente conformen el contenido protegido del derecho a la libre expresión. Si el fundamento del derecho fundamental es su funcionalidad para la democracia, la manifestación de propuestas de carácter político, incluso aunque resulten contrarias a los valores constitucionales, debieran estar amparadas frente a la acción del *ius puniendi*. Una democracia estable y sin problemas acuciantes de discriminación social -como es la española- puede combatir el odio por otras vías más legítimas.