

## 12. DELITOS DE ODIOS Y CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

### 12.1 Introducción

Si en la Memoria del año pasado comenzábamos haciendo referencia a un incremento de los denominados delitos de odio, tanto de las agresiones por motivos racistas, xenófobos, antigitanos, homófobos y otras formas de intolerancia y discriminación, como del discurso de odio en internet y las redes sociales, ahora podemos decir que no hay un día en que los medios de comunicación no relaten hechos que, con mayor o menor fortuna, entienden ser delitos de odio.

A este debate se suman los comentarios de diversas sentencias, unas absolutorias, la mayoría condenatorias, en las que se trata de delimitar hasta dónde llega la libertad de expresión y dónde comienza el ataque delictivo hacia los derechos de los demás.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo dictó en casación dos sentencias relativas a comentarios difundidos en las redes sociales sobre el asesinato cometido por ETA en 1973 del entonces Presidente del Gobierno don Luis Carrero Blanco: una de ellas, la STS 335/2017, de 11 de mayo, ratificaba la sentencia de la Audiencia Nacional condenando por un delito del artículo 578 CP, de enaltecimiento del terrorismo o humillación de sus víctimas y la otra, la STS 95/2018, de 26 de febrero, revocaba la sentencia condenatoria también de la Audiencia Nacional y absolvía al encausado por el mismo delito. Ciertamente el contenido de los comentarios era muy distinto, pero quien desea hacer un debate público, no suele entrar en excesivos detalles.

Ambas sentencias se refieren a delitos encuadrados en nuestro Código Penal en los delitos de terrorismo, y no entran dentro de lo que, en nuestra especialidad, denominamos delitos de odio, o de incitación al odio y a la discriminación, pero los medios de comunicación tienden a equipararlos. En realidad, la mayoría de las sentencias dictadas en casación por el Tribunal Supremo, hacen referencia no al delito del artículo 510 o relacionados con el racismo, la xenofobia y otras formas de discriminación, que son el objeto de tratamiento específico por las Secciones de Fiscalía de los delitos de odio y contra la discriminación, sino del mencionado delito del artículo 578 CP.

Sin embargo, sí hay una cierta relación entre ambos. La STS 72/2018 de 9 de febrero expresa que ambos tienen una estructura similar, siendo el delito de enaltecimiento una especie del genérico 510 CP. Ambas tienen, dice esta sentencia, una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional, en

su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable de tal derecho, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia. Afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes; esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.

Respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar. En este sentido, es la pluralidad de fechas que hacen que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior. Por otra parte, el contenido de las frases puede revelar el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio.

El art. 510 CP, seguimos citando la sentencia 72/2018 de 9 de febrero, «sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio, pues esa

inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad».

La STS 4/2017, de 18 de enero, que revoca una sentencia absoluta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, hace una importante matización sobre ambos tipos delictivos: «Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la *ética del discurso*. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo».

La STS 983/2017, de 11 de enero, estima el recurso del Fiscal contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, dictando nueva sentencia en la que se aprecia la concurrencia de la agravante de ejecución de los hechos por motivos ideológicos del art. 22.4.º CP, que la Audiencia no apreció pese a estar descrito que los acusados, pertenecientes o simpatizantes de grupos y partidos políticos de extrema derecha, se concentraron para impedir la celebración de un acto institucional conmemorativo de la Diada Nacional de Catalunya, su festividad oficial, cuya celebración estaba prevista en el Centro Cultural «Blanquerna» de Madrid, movidos exclusivamente por razones ideológicas al tener posiciones antagónicas con el «movimiento independentista catalán».

La STC 177/2015 reitera el valor esencial de la libertad de expresión: «este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión com-

prende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática»; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», ya que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas», pero al mismo tiempo, recuerda supuestos en que se denegó el amparo, expresando que «...no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre. Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre». Y, además, 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» (citado en la STC 112/2016, 20 de junio).

Por otra parte, recordamos que la condena a penas privativas de libertad, de carácter grave, como la impuesta en el denominado «caso Valtonic», de dos años de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas, un año de prisión por delito de injurias graves a la Corona y una tercera pena de seis meses de prisión por un delito de amenazas, todos ellos en razón de canciones compuestas por el acu-

sado, agrupadas en sendos discos que el mismo cantaba en sus recitales y que además publicó a través de Internet, fue objeto de crítica por gran parte de los medios de comunicación (sentencia, también de la Audiencia Nacional, confirmada por el TS en sentencia 79//2018 de 15 de febrero).

También las penas del art. 510.1, incrementadas en la LO 1/2015, han sido criticadas por su gravedad: prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Dada la amplitud de conductas que se pueden encuadrar en el tipo delictivo, puede haber supuestos en que la ley no permita hacer una correcta individualización, e incluso casos en que algún Juez o Tribunal prefiera dictar una sentencia absolutoria antes que imponer una pena que considera desproporcionada.

En este sentido el Delegado de Barcelona propone una modificación del severo régimen punitivo previsto en el artículo 510 del Código Penal de forma generalizada para todos los hechos, sugiriendo, en la línea de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la recomendación n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa de 8/12/2015, para aquellos supuestos de difusión pública de mensajes o contenidos que, si bien objetivamente de forma pública fomentan, promueven o incitan, directa o indirectamente, al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, no obstante, por su contexto, contenido, ausencia de reiteración o características o circunstancias personales del autor, tienen menor entidad y no han de tener un reproche tan elevado, modificación que evitaría el rigor de la redacción actual del precepto que obliga a aplicar penas mínimas de 2 años y 6 meses de prisión, proponiendo la posibilidad de que se contemplen también de forma alternativa, bien penas de prisión de inferior duración a las ya previstas o penas diferentes a la prisión como multas, pérdida de derechos políticos, o trabajos en beneficio de la comunidad, como por ejemplo la obligación de visitar uno o más memoriales del Holocausto o desempeñar alguna tarea compensatoria para el grupo de personas afectadas por el uso del discurso de odio.

Además, considera imprescindible cambiar la elevada pena de inhabilitación prevista en el apartado 5.º del artículo 510 y que hace imperativa la competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento de cualquiera de los comportamientos previstos en dicho precepto, incluso los menos graves como son los establecidos en el art. 510.2 a), impidiendo de esta forma la posibilidad de que algunos investigados durante la instrucción de la causa puedan reconocer los hechos y pedir la transformación del procedimiento en diligencias urgentes para dictar sentencias de plena conformidad. No está justifi-

cado por otra parte que este tipo de delitos tengan que ser enjuiciados en primera instancia por un órgano colegiado como es la Audiencia Provincial.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenando a España por vulnerar el derecho a la libertad de expresión del que fuera portavoz de Batasuna, Arnaldo Otegi (15 de marzo de 2011), o relativa a la quema de retratos del Rey (13 de marzo de 2018), debieran aclararnos los conceptos, pero por el momento, lo único que hacen es acrecentar la polémica.

Tampoco ayudan algunos asuntos fuera del ámbito penal, como son la censura en ARCO de la obra «presos políticos en la España contemporánea» o el secuestro del libro *Fariña*, por citar dos ejemplos próximos a la redacción de esta Memoria.

Dentro de todo este debate, podemos ver dos corrientes preocupantes, la primera, entender que todo comentario ofensivo o «no políticamente correcto» constituye delito de odio, corriente que ha provocado un incremento de denuncias por manifestaciones verbales provocativas pero que no inducen al odio y, la segunda, tal vez como reacción a la anterior, que entiende que toda manifestación viene amparada por la libertad de expresión y solo puede ser castigada penalmente la provocación directa a cometer un delito contra terceros.

Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal (STS 4/2018, de 18 de enero).

La Fiscalía General del Estado prepara una Circular relativa a los delitos de odio y contra la discriminación, con el fin de que nos pueda servir de guía a la hora de resolver los problemas que a diario se plantean.