



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

GRADO EN DERECHO


TRABAJO FIN DE GRADO

Curso 2020-2021

**UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-
PERIODÍSTICA A LOS DELITOS DE
ODIO: CONTROVERSIAS Y
PROPUESTAS INTERPRETATIVAS
SOBRE UN FENÓMENO EN
EXPANSIÓN**

Alumna: **Cristina Ortega Giménez**
Tutor: **D. Raphaël R. Simons Vallejo**

ÍNDICE

EL FENÓMENO DEL ODIO: RAZONES PARA LA REFLEXIÓN.....	6
CAPÍTULO I: LOS DELITOS DE ODIO EN DERECHO.....	13
I.1.- Apuntes sobre su delimitación, origen y regulación en Europa.....	13
I.2.- El objeto de protección de los delitos de odio.....	15
I.3.- Breve repaso a la evolución legislativa de los delitos de odio en España.....	20
I.4.- Hacia la aprobación de la LO 1/2015: la reforma más importante en materia de delitos de odio en España.....	22
I.5.- Análisis jurídico de los delitos de odio en el Código Penal español.....	24
I.5.1.- Delitos de actos de odio: la agravante genérica del artículo 22.4 CP.....	25
I.5.1.1.- La naturaleza jurídica de la agravante del art. 22.4.....	26
I.5.1.2.- El bien jurídico protegido en la circunstancia agravante.....	31
I.5.1.3.- Los grupos protegidos en la circunstancia del art. 22.4 CP.....	33
I.5.1.4.- Otras cuestiones objeto de discusión con respecto a la agravante...35	
I.5.2.- Delitos de odio con palabras: el discurso de odio criminalizado.....	40
I.5.2.1.- Controversias en torno a la naturaleza y el bien protegido del art. 510.1 a) CP.....	43
I.5.2.2.- Breve aproximación al art. 510.1 b) CP.....	51
I.6.- Apuntes finales sobre la regulación de los delitos de odio en el Derecho español.....	53
CAPÍTULO II: LOS DELITOS DE ODIO EN PERIODISMO.....	55
II.1.- De la influencia de los medios de comunicación en la sociedad: ¿plataformas de difusión o <i>watchdogs</i> ?.....	55
II.2.- Sobre las estrategias de propagación del discurso de odio en los medios.....	60
II.3.- El derecho a la información: requisitos y especial referencia a la “doctrina del reportaje neutral”.....	63
II.4.- El derecho a la libertad de expresión: el discurso de odio como límite a su ejercicio.....	67
CAPÍTULO III: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA A PARTIR DE TRES CASOS PARADIGMÁTICOS: ¿DISCURSO DE ODIO O MALA PRAXIS PERIODÍSTICA?.....	69
III.1.- Manifestaciones racistas contra un campamento de migrantes en Arguineguín.....	70
III.2.- Un chat de ex militares en el que se insta a fusilar a “26 millones de españoles”.....	83
III.3.- Odio contra las mujeres: primera condena del nuevo art. 510 CP.....	92

III.4.- Apuntes finales sobre el tratamiento jurídico-periodístico del discurso de odio.....	99
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	113
ANEXOS	117
1.- Entrevista a Luisa María Gómez Garrido.....	117
2.- Entrevista a Carlos Ocaña García.....	119
3.- Entrevista a Juan Antonio Lascuraín Sánchez.....	124
4.- Entrevista a Germán M. Teruel Lozano.....	125
5.- Entrevista a David Jiménez García.....	127
6.- Entrevista a Marcos García Santonja	128
AGRADECIMIENTOS.....	130

Resumen: Esta investigación analiza los delitos de odio desde una perspectiva interdisciplinar: por un lado, se estudia su tipificación en el Código Penal español a partir de la última reforma operada por el legislador en 2015. El objetivo es dilucidar qué aspectos de los artículos 22.4º y 510.1 presentan problemas en cuanto a su aplicación práctica; y cuáles suponen una irrupción desmedida en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, donde adquiere especial relevancia la libertad de expresión.

También se propone una interpretación *de lege lata* estricta, coherente y respetuosa con el principio de legalidad penal y, a la vez, orientada teleológicamente a que se cumpla la función de *ultima ratio* del Derecho penal.

Por otro lado, se examina cómo los delitos de odio cometidos mediante el uso de las palabras (*hate speech*) llegan a la sociedad a través del tratamiento mediático que llevan a cabo los profesionales de la información, así como el grado de responsabilidad que estos poseen en la difusión de mensajes propios del discurso de odio.

Para ello, se seleccionan tres casos susceptibles de ser considerados como delitos de odio con significativa repercusión social en los últimos tiempos: las manifestaciones racistas en contra de un campamento de refugiados asentado en las Islas Canarias, la noticia relativa a un chat de ex militares españoles en el que se incitaba a la violencia contra un determinado sector ideológico de la población; y, en última instancia, unos

comentarios de índole discriminatoria publicados en la red social Twitter. A tal efecto se pretende comparar si la cobertura informativa realizada por los medios de comunicación se ajusta a la interpretación jurídica de estos supuestos, esto es, si concurren los elementos exigidos para integrar el tipo penal.

En consecuencia, se proponen una serie de pautas para que a la hora de enfrentarse a los discursos de odio, los periodistas realicen un tratamiento veraz, honesto y conocedor del Ordenamiento Jurídico en esta materia.

Por último, el empleo simultáneo de las disciplinas jurídica y periodística se erige como una apuesta transversal de la educación en derechos para luchar contra los efectos heterogéneos que provocan los delitos de odio en nuestra sociedad.

Palabras clave: delito de odio, discurso de odio, libertad de expresión, medios de comunicación, educación en derechos

Abstract: This research analyzes hate crimes from an interdisciplinary perspective: on the one hand, we study their regulation in the Spanish Penal Code from the last reform operated by the legislator in 2015. The aim is to clarify which aspects of Articles 22.4 and 510 present problems in terms of their practical application and which of them represent an excessive irruption in the field of protection of fundamental rights, where freedom of expression acquires special importance.

We also propose a strict *lege lata* interpretation, coherent and respectful of the principle of criminal legality and, at the same time, teleologically oriented towards fulfilling the function of *ultima ratio* of criminal law.

On the other hand, it examines how hate speech reaches the masses through mainstream media journalism, as well as the degree of responsibility they have in the dissemination of messages of a violent or discriminatory nature.

To this end, three cases have been selected that can be considered as hate crimes with significant social repercussions in recent times: racist demonstrations against a refugee camp in the Canary Islands, the news about a chat of former Spanish soldiers in which violence was incited against a certain ideological sector of the population; and,

ultimately, comments of a discriminatory nature published on the social network Twitter. Therefore, it is intended to compare whether media coverage conforms to the legal interpretation of these cases.

Consequently, a series of guidelines are proposed so that when journalists are faced with hate speech, they can make a truthful, honest and knowledgeable treatment of the Legal System in this matter.

Finally, the simultaneous use of legal and journalistic disciplines stands as a transversal commitment to education rights in order to combat the heterogeneous effects caused by hate crimes in our society.

Keywords: hate crime, hate speech, freedom of expression, mass media, education rights



EL FENÓMENO DEL ODIIO: RAZONES PARA LA REFLEXIÓN

People must learn to hate,
and if they can learn to hate,
they can be taught to love,
for love comes more naturally
to the human heart than its opposite.

NELSON MANDELA, *Long walk to freedom*

Membra sumus corporis magni, proclamaba SÉNECA en una de las últimas epístolas que escribió antes de morir; lo que viene a significar que “todos somos miembros de un gran cuerpo: la humanidad”. El filósofo estoico continuaba afirmando que, como la naturaleza nos ha creado a partir de lo mismo y para gozar de lo mismo, ello nos ha convertido en seres iguales que han de relacionarse a través de un profundo amor mutuo: *Haec nobis amorem indidit mutuuum et sociabiles fecit. Illa aequum iustumque composuit*¹.

Partiendo de dichas premisas de igualdad y colaboración fraterna, no es de extrañar que para este autor uno de los actos más miserables que podía cometer el ser humano no fuese otro que dañar a su semejante, despreciarlo, humillarlo, en definitiva, perjudicarlo. De hecho, SÉNECA se preguntaba: “¿Por qué herir aquello que es igual a uno?” “Por la necesidad de que los demás aprueben lo que uno ama (...) para sentirse parte del grupo; por ambición”², respondería siglos más tarde B. SPINOZA, filósofo neerlandés en cuya obra SÉNECA influyó sobremanera, como también lo hizo el pensamiento de PLUTARCO, al que se le atribuye aquella famosa frase cuyo eco aún perdura en la actualidad: “El odio es una tendencia a aprovechar todas las ocasiones para perjudicar a los demás”³.

Y es que esa predisposición al rechazo y menoscabo del prójimo, contrapuesta al amor que según SÉNECA debían profesarse los hombres, es para B. SPINOZA lo que verdaderamente rige las relaciones entre las personas. Un sentimiento que parece nacer

¹ SÉNECA, *Epistulae Morales ad Lucilium 65 d.C.*, p. 95 ss.

² SPINOZA, *Ética 1677*, III, Pr. XXXI, Esc.

³ PLUTARCO, *Moralia 1572*, Libro VII.

del deseo de “que los demás vivan según la índole propia (...) de ser alabados y amados por todos”. Y estas aspiraciones que provienen de lo más profundo del ser conducirían a que, según B. SPINOZA, los seres humanos “acaben odiándose unos a otros”⁴.

Como hemos advertido, el fenómeno del odio y las elucubraciones en cuanto a su dominio entre hombres y mujeres no solo data de hace siglos, sino que no resulta aventurado creer que este seguirá ocupando los pensamientos de académicos y literatos hasta el fin de los días.

Bien distinta es la forma que ha ido adoptando esta figura en el transcurso del tiempo hasta llegar a la manifestación que encarna en las sociedades democráticas actuales.

En este contexto, GLUCKSMANN⁵ explica que existen “siete flores del odio” que germinan en todas partes y crecen donde menos lo esperamos. Estas “malas hierbas” del odio, como las denomina a su vez VALIENTE MARTÍNEZ⁶, se sintetizan en siete afirmaciones fundamentales:

- “El odio existe”: el primer paso para afrontar dicho fenómeno es reconocer su presencia, aunque sus fieles pretendan trabajar por una buena causa y no se identifiquen bajo un trazo discriminatorio o egoísta.

- “El odio se maquilla de ternura”, es decir, “de defensa de un valor noble” (VALIENTE MARTÍNEZ⁷). Y es por ello que hace parecer malintencionado a todo aquel que lo juzgue como maligno.

- “El odio es insaciable”, hasta el punto de que siempre halla entornos más o menos escondidos donde verter su mensaje; y crea constantemente nuevos enemigos a los que dirigirse.

⁴ SPINOZA, *Ética 1677*, III, Pr. XXXI, Esc.

⁵ GLUCKSMANN, *El discurso del odio 2005*, pp. 262-268.

⁶ VALIENTE MARTÍNEZ, *Límites constitucionales al discurso del odio 2017*, p. 25.

⁷ VALIENTE MARTÍNEZ, *Límites constitucionales al discurso del odio 2017*, p. 26 ss.

- “El odio promete el paraíso”, pues una vez eliminados esos supuestos enemigos, la sociedad resultante habría de ser, por definición, más limpia, más libre y sin lacras. El principal problema radica en que este fenómeno siempre encuentra nuevos obstáculos que han de erradicarse para alcanzar un objetivo que cada vez se hace más lejano.

- “El odio pretende ser Dios creador”, configurador de sociedades elegidas para un fin grandioso, con entes moralmente superiores y supuestos mesías que se erigen en líderes renovadores. La amenaza más relevante que conlleva esta afirmación es que considera a las instituciones vigentes carentes de sentido y utilidad.

- “El odio ama a muerte”, lo que viene a significar que hace una apuesta radical que nos obliga a apoyarla o rechazarla profundamente. En este sentido, no tienen cabida posiciones más flexibles o transigentes en algunos aspectos.

- “El odio se nutre de sí mismo”, se retroalimenta continuamente de su mensaje, enriquece sus propios argumentos o crea nuevos para adaptar los hechos que ocurren a su alrededor; y justificar así su inexcusable presencia en la sociedad actual.

Estas afirmaciones nos presentan un odio que, en lugar de ser obra de unos pocos malvados, brota de sentimientos mundanos. Aunque existe, se extiende y pervive en cualquier lugar, donde verdaderamente triunfa es alejado de las antiguas “Sorbonas” de SÉNECA, PLUTARCO o B. SPINOZA. Es decir, entre la gente corriente, “en cerebros humildes y falibles” que, como interpreta VALIENTE MARTÍNEZ⁸, a lo que aspiran en la práctica es a vivir en paz.

Y, por ello, precisamente temen -tememos- todo lo que suponga un riesgo a sus esperanzas; recordemos lo que decía B. SPINOZA al referirse al odio como un sentimiento que nace del “deseo” de ser aceptado, respetado y adorado en sociedad. Cuando sospechamos que quizá eso no ocurra, cuando nos hallamos frente a esta amenazadora situación, que no deja de reflejar nuestras propias inseguridades como sociedad, entonces optamos por reaccionar, responder... con odio.

⁸ VALIENTE MARTÍNEZ, *Límites constitucionales al discurso del odio 2017*, p. 27 ss.

Pero que esta batalla de ideas, que parece asemejarse a una guerra entre el bien (el amor) y el mal (el odio), se libre con mayor fervor en las mentes de los ciudadanos, no implica que no hayamos de librarla también en nuestras propias “Sorbonas”; no significa que no tengamos que investigarla académicos, literatos... o sencillamente estudiantes.

En realidad, estamos convencidos que -de una u otra forma- debemos asumir tal cometido, de ahí el resultado de este trabajo que el lector tiene ahora entre sus manos.

Para ello, hemos optado por hacer uso de las herramientas que nos proporcionan dos campos de estudio a menudo enfrentados o displicentes entre sí, pero cuya interdisciplinariedad es, a nuestro parecer, imprescindible para abordar un fenómeno cada vez más heterogéneo y global como es el odio.

En primer lugar, hemos optado por aproximarnos a este sentimiento de aversión a partir del Derecho, disciplina que desde su origen consustancial a la naturaleza del hombre ha tratado de dar respuesta a los problemas corrientes de la ciudadanía. En este sentido, el odio ha experimentado un crecimiento preocupante durante los últimos tiempos, ya que lejos de volver a revelarse a través de barbaries como el Holocausto o el genocidio de Ruanda -por citar dos ejemplos históricos en los que alcanzó una intensidad despiadada- ahora se expande mediante discursos y actos que constituyen, siguiendo el símil de las flores que utilizaba GLUCKSMANN, las semillas que debido a la irrupción de las nuevas tecnologías se propagan e “inoculan” su veneno entre la población a golpe de click -o tuit-.

Para contrarrestar este “tsunami de odio” en el que según ANTÓNIO GUTERRES⁹, Secretario General de las Naciones Unidas, estamos inmersos, hemos de acudir a la regulación que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos estructuraron en base a una serie de delitos que prohibían conductas que entrañasen odio o rechazo hacia diferentes grupos, entre los que desempeñaban un papel fundamental aquellos considerados como vulnerables.

Centrándonos en España, creemos que nos encontramos en el momento idóneo para analizar si, tras algunas reformas efectuadas por el legislador -especialmente la LO

⁹ Entrevista disponible en inglés en <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2544/2544691/>.

1/2015 objeto de duras críticas por parte de la doctrina-, la regulación actual que ofrece nuestro Código Penal sobre los delitos de odio responde de manera efectiva a este fenómeno, y sin vulnerar los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico.

Mediante un análisis exhaustivo, sosegado y juicioso, como pretende ser el presente trabajo, abordaremos aquellos aspectos cuya redacción plantea problemas en cuanto a su aplicación práctica, y necesita una interpretación *de lege lata* para paliarlos. También profundizaremos en aquellos elementos que suponen una irrupción desmedida en el ámbito de protección de los derechos humanos, especialmente en lo concerniente a la libertad de expresión donde el discurso de odio opera como límite legítimo al ejercicio de la misma. En relación con esto, también estableceremos alguna propuesta *de lege ferenda* para maximizar el espacio de dicha libertad.

No obstante, al hacer mención al ámbito específico de la libertad de expresión, no podemos olvidar que la elección de las palabras no es inocente y determina no solo la forma de comprender y relacionarnos con los otros, sino la construcción de realidades y estereotipos. De hecho, para GARRO CARRERA las palabras a veces “no solo categorizan estigmatizadamente a grupos enteros”, sino que pueden “trivializar la intolerancia”¹⁰ de tal forma que sirvan para prender la “llama de la violencia” contra determinadas minorías. Precisamente son estas las que LANDA GOROSTIZA¹¹ identifica como “colectivos diana” de los delitos de odio.

Parafraseando al emperador Justiniano, si el Derecho consiste únicamente en “dar a cada uno lo que es suyo”, el Periodismo adquiere una responsabilidad capital al decidir qué términos utilizará para contar cuáles son exactamente esos derechos que pertenecen a los ciudadanos. De ahí derivará la concepción que cada uno tenga sobre lo que le corresponde y no es propiedad de los demás. Así lo recoge el Código Europeo de Deontología del Periodismo, que afirma en su apartado primero que “los medios de comunicación asumen, en relación con los ciudadanos, una responsabilidad ética”, pues

¹⁰ GARRO CARRERA, *Delitos de odio 2018*, pp. 76-77.

¹¹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, *passim*.

la información reviste una gran importancia para el desarrollo de su personalidad, “así como para la evolución de la sociedad y la vida democrática”¹².

Por todo ello, a lo largo de esta investigación también examinaremos cómo los delitos de odio cometidos mediante el uso de las palabras (*hate speech*) llegan a la sociedad como consecuencia de la cobertura que los medios realizan sobre ellos.

A tal efecto, examinaremos tres casos susceptibles de ser considerados delitos y que han gozado de una gran repercusión en los últimos tiempos: manifestaciones de índole racista contra refugiados, conversaciones privadas en las que se incita a la violencia contra determinados ciudadanos en base a su ideología; y diversos comentarios vertidos en redes sociales con un claro componente discriminatorio hacia las mujeres. Lo que se pretende comparar es si la cobertura informativa realizada por los medios de comunicación se ajusta a la interpretación jurídica de estos supuestos, esto es, si concurren los elementos exigidos para integrar el tipo penal.

Al final, nuestro objetivo no es otro que reflexionar sobre cuestiones tan espinosas como la responsabilidad que poseen los periodistas cuando transmiten informaciones que contribuyen a dañar o menospreciar a determinados individuos. Huelga decir que no pretendemos en ningún caso “matar al mensajero”, sino aproximarnos al estudio de los medios de comunicación desde una perspectiva interdisciplinar en relación con el Derecho, y siempre bajo el paradigma de “contrapoder” (M. ALBERTOS¹³) que estos ejercen en su deber de transmitir información plural, contrastada y, sobre todo, veraz. De hecho, formularemos unas directrices que esperamos que sean de utilidad para cuando los periodistas deban informar sobre sucesos relativos a esta clase de delitos. Ciertamente, contar las cosas honestamente (Periodismo) y reparar de forma efectiva aquellas que se convierten en conflictos graves (Derecho) son, quizá, las mejores herramientas que podemos defender para cultivar la necesaria educación en derechos, entendida como un mecanismo indispensable para que la población sea consciente del

¹² Código Europeo de Deontología del Periodismo, aprobado por el Consejo de Europa, en Estrasburgo, 1 de julio de 1993. Texto completo disponible en <https://periodistasandalucia.es/wp-content/uploads/2017/01/CodigoEuropeo.pdf>.

¹³ M. ALBERTOS, *La tesis del perro-guardián 1994*, *passim*.

significado de los derechos adquiridos, y especialmente de cómo ejercerlos. Es por ello que su fomento es un deber de todas las disciplinas que han de investigar y trabajar de forma conjunta para hacer ver a la población que, como recuerda el Consejo de Europa, la educación es el medio idóneo “para contrarrestar la violencia, el racismo, el extremismo, la xenofobia y, en mayor medida, el odio”¹⁴.

Pero igualmente creemos que es un deber de la sociedad, que a nivel individual hemos de apostar por la educación y otorgarle un lugar preferente en nuestras vidas. Porque esta no busca otro propósito que, como apunta la ONU¹⁵, lograr que los ciudadanos “aprendan a respetar la dignidad de los demás” para así comprender que, tal y como defendía SÉNECA hace siglos, todos somos iguales (*Membra sumus corporis magni*); y es que solo aquellos que verdaderamente se crean iguales pueden desterrar todo sentimiento de odio y sustituirlo por un profundo amor mutuo.



¹⁴ Carta del Consejo de Europa sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos, adoptada en el marco de la Recomendación CM/Rec(2010)7 del Comité de Ministros. Texto disponible en <https://rm.coe.int/1680487829>.

¹⁵ Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (1998-2005). Texto disponible en <https://www.ohchr.org/sp/issues/education/educationtraining/pages/decade.aspx>.

CAPÍTULO I: LOS DELITOS DE ODIO EN DERECHO

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados de razón y conciencia, tienen el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

I.1.- Apuntes sobre su delimitación, origen y regulación en Europa

Frente a denominaciones clásicas como “delitos protectores del principio de igualdad” o “normativa penal antidiscriminatoria”, durante los últimos años la expresión “delitos de odio” ha ido ganando peso en la doctrina y notoriedad en el panorama mediático¹⁶ para referirse a aquellos actos que la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)¹⁷ identifica con

“cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos a continuación:

Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”.

Esta definición tuvo su reflejo en la regulación que lleva a cabo nuestro Código Penal español que diferencia entre actos (*hate crimes*) y discursos de odio (*hate speech*).

¹⁶ Obsérvense los siguientes titulares publicados en prensa: “Paliza a una mujer por defender a su hijo autista, que recibió insultos en el Parque Warner de Madrid“ (*HERALDO*, 25/5/2021); “La policía detiene al joven que lanzó un plátano a Dani Alves en el Madrigal” (*El País*, 30/4/2014); “Multan con 4000 euros a un aficionado por proferir insultos xenófobos; gritó ‘judío cabrón’ y ‘judío muérete’ a Aouate” (*DEIA*, 10/2/2011).

¹⁷ Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Tómese como ejemplo la publicación *Delitos de odio contra los musulmanes 2018, passim*. Texto disponible en <https://www.osce.org/es/odihr/414479>.

Los primeros se recogen en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (art. 22.4º CP) que agrava conductas básicas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatoria.

Por otra parte, el discurso de odio criminalizado lo encontramos en el art. 510 CP, ubicado en el Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en la Sección Primera: “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”.

Sin duda, caben versiones más amplias sobre los delitos de odio que comprenden, por citar algunos ejemplos, aquellos actos discriminatorios recogidos en los arts. 511, 512 y 314, la amenaza colectiva del art. 170 CP o incluso los delitos de derecho internacional, como el genocidio (art. 607), los crímenes contra la humanidad (art. 607 bis) y los polémicos delitos contra los sentimientos religiosos (art. 522 ss. CP).

Sin embargo, a lo largo de este trabajo tomaremos como referencia esta versión estricta (arts. 22.4º y 510 CP), que la doctrina ha tendido a denominar como el “núcleo duro” de los delitos de odio.

Nuestra decisión obedece a tres razones fundamentales: en primer lugar, porque un estudio omnicompreensivo de todos los preceptos relacionados de forma indirecta con el odio escapa al objeto de estudio de este humilde trabajo¹⁸.

En segundo lugar porque, tal y como argumenta LAURENZO COPELLO¹⁹, una visión genérica que pretenda abarcar en el concepto de delitos de odio todo acto o manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo cualquiera de personas “desdibuja totalmente el concepto y hace imposible dotarlo de algún fundamento razonable”.

¹⁸ Para profundizar en el tema desde otra perspectiva, se propone al lector la visualización de la plataforma web “LIBEX”, una herramienta digital de apoyo a la labor de los operadores jurídicos que deban enfrentar posibles delitos relacionados con actos de comunicación: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>.

¹⁹ LAURENZO COPELLO, *La manipulación de los delitos de odio 2019*, p. 459 ss.

Del mismo parecer es LANDA GOROSTIZA²⁰ que además entiende que interpretaciones más extensas que la propuesta “adolecen de precisión”, además de que su terminología “se aleja de los perfiles político-criminales que únicamente prevén en esta materia la incorporación por parte de los Estados de figuras de incitación y de una agravación por motivación racista y xenófoba”.

En tercer y último lugar, partimos del especial cuidado que han de tener los Estados a la hora de legislar en esta materia para evitar injerencias desmedidas en el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Así lo establece la Decisión marco 2008 de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que en su artículo 7 impone a los Estados miembros de la UE “la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”²¹.

Además, interpretaciones más extensas tampoco tienen en cuenta la tradición interpretativa de los delitos de odio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tras la Segunda Guerra Mundial, origen al que hemos de remontarnos para entender la evolución que ha sufrido la regulación de los delitos de odio en los ordenamientos jurídicos europeos.

I.2.- El objeto de protección de los delitos de odio

Hemos de situarnos al término del Holocausto judío, definido por el Consejo de Europa como “uno de los mayores ataques perpetrados en Europa contra la democracia, el

²⁰ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018, passim*.

²¹ Fragmento extraído de 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. Texto íntegro disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

pluralismo y los derechos humanos”²².

Con estas palabras resonando en el corazón de los Estados, los dirigentes políticos impulsaron, con el fin de evitar nuevos peligros basados en la intolerancia, el odio y el prejuicio, el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la aprobación de textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

De hecho, para comprender la preocupación que albergaban los Estados en cuanto a la construcción de una sociedad edificada a partir de los cimientos de la igualdad y el respeto al diferente, sirva como ejemplo la redacción del Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (...)”²³.

El artículo 7 del mismo texto va todavía más allá al promulgar una protección absoluta del principio de igualdad cuando esta se vea vulnerada por la presencia de cualquier tipo de discurso discriminatorio: “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”²⁴.

Y es que esta firme defensa de la igualdad de las personas ocurre, de acuerdo con LANDA GOROSTIZA, porque en Europa latía -quizá todavía hoy perdure- una cierta desconfianza en que la democracia “pueda llegar a resistir el acoso de discursos frontalmente opuestos a la igualdad en dignidad”²⁵. Es por ello que el efecto inmediato de estos “pactos” internacionales fue la configuración por parte de los ordenamientos

²² Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

²³ Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Texto íntegro disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

²⁴ Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Texto íntegro disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

²⁵ LANDA GOROSTIZA, *El discurso del odio criminalizado 2018*, *passim*.

jurídicos de un modelo de protección penal basado en aceptar límites a los derechos fundamentales. Especialmente en lo concerniente a la libertad de expresión que, en base a ello, no amparará determinadas formas de propaganda que justifiquen actos extremos como el nazismo, el fascismo, el antisemitismo o el comunismo.

Así lo establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en donde el discurso de odio y su rechazo frontal se sitúa históricamente como un elemento central que refleja el reto de asentar una democracia liberal que logre su enraizamiento después de la amarga experiencia del fascismo. Esto conlleva, por tanto, una limitación en cuanto a la libertad de expresión que actuaría como cauce para promulgar este tipo de discursos.

En este sentido, el art. 10 CEDH aunque promulga que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión (...) sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas”, en su párrafo segundo matiza este carácter aparentemente absoluto: “Este ejercicio podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública...”²⁶.

En base a todo lo expuesto, es lógico que en un principio la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) identificase el rechazo al discurso de odio con casos extremos de incitación al nazismo, racismo, etc. A pesar de que con el paso del tiempo el TEDH pasará de un rechazo radical al discurso xenófobo a uno más matizado, este restringe y achica el campo de libre expresión privando de protección a un muy amplio universo de propaganda incitadora si se compara, según autores como LANDA GOROSTIZA²⁷, con la tradición interpretativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América²⁸.

²⁶ Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (1953). Texto íntegro disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

²⁷ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018, passim*.

²⁸ Si se desea profundizar en el estudio comparativo de los modelos estadounidense y europeo, se recomienda la lectura de VALERO HEREDIA, *Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial 2017*. El texto se encuentra disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.

Cabe mencionar que en la historia legislativa de los EE UU, la libertad de expresión “siempre ha sido protectora del disidente” (FREIXES MONTES²⁹); y, por tanto, los discursos de odio se toleraban en la medida en que se optaba por permitir “espacios potenciales del diferente evitando a toda costa coartar su libertad”, incluso aunque dicho diferente se manifestase con discursos racistas o xenófobos (lo que ALCÁCER GUIRAO denomina tolerancia hacia el intolerante³⁰).

En este contexto, PRESNO LINERA³¹ recuerda por qué el umbral de protección de los discursos que entrañan odio o aversión al diferente es más alto que en Europa haciéndose eco de las palabras pronunciadas por la Corte Suprema de EE UU en la conocida sentencia *Scotus, Matal vs. Tam* (19 junio 2017): “El discurso que degrada en base a la raza, la etnia, el género, la religión, la edad, la discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso, pero el mayor orgullo de nuestra jurisprudencia es que protejamos la libertad de expresar el pensamiento que odiamos”³².

Sin embargo, como hemos ido observando, el modelo europeo es contrapuesto al americano y se encuentra fuertemente marcado por el nazismo, lo que ha llevado a nuestros Estados a articular la libertad de expresión desde la desconfianza de que puedan repetirse experiencias atroces como esta.

Así se refleja en la construcción de la jurisprudencia del TEDH en materia de delitos cometidos mediante el uso de las palabras. De la mano de LANDA GOROSTIZA³³, extraemos las claves que ha experimentado la evolución del alto tribunal de Europa en este ámbito:

²⁹ FREIXES MONTES, *La protección constitucional de la libertad de expresión 1996*, pp. 270-277.

³⁰ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio 2020*, p. 35.

³¹ PRESNO LINERA, *Del odio como discurso al odio como delito 2021*, p. 332.

³² Texto íntegro disponible en [xhttps://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf).

³³ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, pp. 37-38.

1. En primer lugar, el discurso de odio se consolida como límite legítimo a la libertad de expresión ante cierta propaganda de corte xenófoba o incluso hostil con ciertos grupos vulnerables como las minorías o el colectivo LGTBI³⁴.

2. En segundo lugar, dependiendo del tipo de colectivo, está más o menos asentado dicho límite. Ante la propaganda filo-nazi, dada la influencia del Holocausto, se permite un margen de maniobra más amplio para los Estados que deseen castigarla penalmente.

En consonancia con esto, adquiere especial relevancia el art. 17 CEDH que prohíbe el abuso de derecho: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”³⁵.

Este precepto ha sido calificado por la doctrina como “efecto guillotina”, que TERUEL LOZANO³⁶ define como “una cláusula pensada para privar de protección a aquellos que pretendan valerse de los derechos y libertades del Convenio con propósitos liberticidas”.

No obstante, según nos alejamos de este universo de propaganda filo-nazi, el TEDH tiende a analizar con más matices la legitimidad de la intervención penal de los Estados y suele proteger la libertad de expresión.

3. En tercer lugar, la aproximación a los casos parece ser contextual, lo que viene a significar que el parámetro de referencia no oscila tanto en si hay una incitación a la

³⁴ Resulta significativo el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* (9 de febrero de 2012), en el que los demandantes fueron condenados por distribuir en una escuela propaganda en contra de los homosexuales, que contenía expresiones como que la homosexualidad era una “orientación sexual desviada” o que este colectivo era “responsable de la expansión del virus del Sida”.

³⁵ Artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (1953). Texto íntegro disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

³⁶ TERUEL LOZANO, *El discurso del odio 2017, passim*.

violencia, sino que más bien se analiza el discurso en contexto para poder identificar su efecto en el colectivo en cuestión.

4. En cuarto y último lugar, el discurso racista o xenófobo se ha ido progresivamente extendiendo a otro tipo de constelaciones de casos en los que la propaganda de agitación se dirige contra colectivos como grupos étnicos, apología o justificación del terrorismo, etc.

Como conclusión, podemos interpretar que no existe una definición cerrada de discurso de odio, sino abierta y en evolución cambiante según los casos que se van presentando ante el TEDH. Sin embargo, valgan estas claves como antesala a abordar la regulación actual de los delitos de odio en nuestro Código Penal, así como para poner de manifiesto el “efecto de irradiación” que la tendencia jurisprudencial del TEDH ha tenido en todo nuestro Ordenamiento Jurídico dedicado a esta materia.

Huelga recordar que el art. 10.2 CE obliga a los tribunales españoles a tenerla en consideración: “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”³⁷.

I.3.- Breve repaso a la evolución legislativa de los delitos de odio en España

Centrándonos ahora en el ámbito nacional, el origen de la regulación de los delitos de odio hemos de buscarlo, según AYA ONSALO³⁸, en el antiguo art. 137 bis del CP de 1973. Y es que como respuesta a la Convención para la prevención y la sanción del crimen del genocidio que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948,

³⁷ Artículo 10 de la Constitución Española (1978): <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&tipo=2>.

³⁸ AYA ONSALO, *Delitos de odio 2018*, p. 303 y ss.

España introdujo en el Código Penal de 1973³⁹ el delito de genocidio que no se menciona como tal, sino que nuestro legislador decidió hacer referencia a un “delito contra el derecho de gentes”. El precepto rezaba así:

Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

- 1.º Con la pena de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros.
- 2.º Con la de reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave.
- 3.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En este contexto, resulta obligatorio citar la STC 214/1991, más conocida como el asunto “Violeta Friedmann”⁴⁰, en la que por primera vez el Tribunal Constitucional analizó en profundidad el discurso de odio por motivos racistas. Ello ocurrió cuando Violeta Friedman, judía afincada en España, promovió un recurso de amparo donde solicitaba la protección del su derecho al honor, que consideraba vulnerado por unas declaraciones publicadas en la revista *Tiempo* por un antiguo general nazi, en las que negaba el Holocausto y ensalzaba la figura de Hitler. Por citar un ejemplo de sus declaraciones: “Si ahora hay tantos judíos resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”.

El TC no solo concedió el amparo a Friedman por considerar que estaba legitimada para defender los intereses de todo un grupo étnico, sino que sentó doctrina al estimar que la libertad de expresión no comprendía el derecho a efectuar manifestaciones o

³⁹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>.

⁴⁰ Se puede consultar el texto íntegro de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en el siguiente enlace: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1853>.

expresiones de carácter racista y que estas, cuando ocurriesen, no podían considerarse legítimas.

Esta sentencia inspiraría más tarde la adecuación del Código Penal a la normativa europea en delitos de odio; y se convertiría en un valioso instrumento jurídico para prevenir y luchar contra cualquier forma de racismo (VALIENTE MARTÍNEZ⁴¹).

Efectivamente, el Código Penal de 1995 incorporó una normativa penal específicamente antixenófoba, en la que ya se mencionaba el denominado delito de negacionismo del Holocausto. En la redacción original de su art. 607 se castigaba entonces “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (los diversos supuestos de genocidio) o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, con la pena de prisión de uno a dos años”⁴².

I.4.- Hacia la aprobación de la LO 1/2015: la reforma más importante en materia de delitos de odio en España

Tras esto, dos aspectos significativos darían lugar a la modificación de mayor trascendencia del Código Penal en el ámbito que estamos analizando, la producida por la LO 1/2015.

En primer lugar, la STC 235/2007 de 7 de noviembre, más conocida como el asunto “Librería Europa”⁴³, en la que se juzgaba la difusión de libros que contenían expresiones que incitaban al odio y tendían a justificar el Holocausto a manos del régimen nazi.

Fue entonces cuando el TC declaró inconstitucional y nulo el fragmento del art. 607 del CP de 1995 referido a “negar o justificar”, al entender que la persecución de las

⁴¹ VALIENTE MARTÍNEZ, *Límites constitucionales al discurso del odio 2017*, p. 452 ss.

⁴² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

⁴³ El texto íntegro de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, se puede consultar aquí: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202>.

conductas de negación del genocidio eran contrarias a la libertad de conciencia y a la libertad de expresión recogidas en los arts. 16 y 20 CE.

También se interpretó que para hallarnos ante un delito de esta índole resultaba necesario que “la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes que hayan de protegerse penalmente”. Para AYA ONSALO⁴⁴ esto sucede cuando, por ejemplo, “la justificación del delito de genocidio suponga un modo de incitación directa a su perpetración o se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos considerados como vulnerables, en los que luego profundizaremos”.

En línea con lo anterior, la STS 259/2011 (el popular asunto “Librería Kalki”⁴⁵) en la que, según los hechos probados, se distribuyeron materiales que disculpaban los crímenes cometidos en el régimen nazi también supuso un punto de inflexión: esta vez fue el Tribunal Supremo el que subrayó la importancia de que dichos actos de distribución o difusión “se considerasen incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados (...) presididos por el odio o violentos contra los integrantes de grupos protegidos”.

En segundo lugar, la citada Decisión Marco 2008/913/JAI de la Unión Europea cuyo fin era garantizar que determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia fuesen punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en todos los Estados miembros de la UE. El objetivo de la Decisión Marco se expresaba en los siguientes términos: “Se pretende definir un enfoque penal común para determinadas formas de racismo y xenofobia, en particular en lo que respecta a dos tipos de delitos (...) el discurso de odio racial y xenófobo y los delitos motivados por el odio”⁴⁶.

⁴⁴ AYA ONSALO, *Delitos de odio 2018*, p. 303 y ss.

⁴⁵ La STS 259/2011, de 12 de abril, se puede consultar íntegramente aquí: <https://1library.co/document/qmv4w67q-sentencia-final-tribunal-supremo-sobre-libreria-kalki-ediciones.html>.

⁴⁶ Fragmento extraído de 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. Texto íntegro disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

Por ende, estos dos factores (la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y la Decisión Marco 2008/913/JAI de la Unión Europea) darían lugar a la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, la más importante en el ámbito que nos ocupa.

Parece existir unanimidad en la doctrina a la hora de interpretar que la nueva redacción de estos delitos va más allá de las obligaciones que estrictamente se derivan de ambos textos y vulnera el ámbito de protección de los derechos fundamentales.

De hecho, PORTILLA CONTRERAS,⁴⁷ muy crítico con la nueva regulación, afirma rotundamente que nos encontramos ante “el retorno a las hogueras, a las listas negras, a Fahrenheit 451, lo que supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo”⁴⁷.

I.5.- Análisis jurídico de los delitos de odio en el Código Penal español

“Lo que mueve este voto particular es, sencillamente, la convicción de que ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo. Y que cuando ya las propias disposiciones legales acusan este grave defecto -presente de forma paradigmática en legislaciones como la antiterrorista, denunciada, no sin fundamento, como una suerte de derecho penal de excepción- es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio”.

Este prolegómeno extraído del voto particular pronunciado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez -a raíz de la STS 4/2017, de 18 de enero, más conocida como “caso Strawberry”⁴⁸- constituye una magnífica síntesis de la opinión de la doctrina con respecto a la corriente expansiva fomentada por la nueva regulación de los delitos de odio.

En línea con lo sostenido anteriormente por PORTILLA CONTRERAS, otros autores como LAURENZO COPELLO afirman que se ha producido una “deriva autoritaria y limitadora de las libertades públicas que se extiende de manera peligrosa con el

⁴⁷ PORTILLA CONTRERAS, *La incitación al odio 2018*, *passim*.

⁴⁸ El texto íntegro de la STS 4/2017, de 18 de enero, se puede consultar aquí: <https://vlex.es/vid/661459257>.

argumento de combatir un supuesto mensaje de odio que socava las bases de la convivencia”⁴⁹.

Lo cierto es que tanto lo que se considera como actos de odio, recogidos en la agravante de discriminación 22.4 CP, como el discurso de odio criminalizado en el art. 510 CP, revisten de una polémica exacerbada en la que ahondaremos en las páginas siguientes, con el objetivo de que sea el lector el que decida si dicha tipificación entraña una vulneración sin precedentes de las libertades públicas.

I.5.1.- Delitos de actos de odio: la agravante genérica del artículo 22.4 CP

Una primera aproximación al sistema jurídico norteamericano, país referencia en el estudio de este tema, nos revela que la técnica de agravar la pena de delitos comunes se erige como el instrumento central de los delitos de odio. De hecho, LANDA GOROSTIZA⁵⁰ señala que el art. 22.4 CP “se trata de uno de los preceptos de mayor aplicación en nuestro Código Penal”.

De facto, dicho artículo nos sitúa ante una serie de circunstancias que agravan la responsabilidad criminal de un sujeto que cometa cualquier tipo de delito. Dichas causas han aumentado progresivamente desde que la agravante apareció por primera vez en el art. 10.17 del CP de 1973 como apología de delitos de genocidio cuya tipificación rezaba así: “Son circunstancias agravantes [...] cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”⁵¹.

Más tarde, en el proyecto de Código Penal de 1992 las motivaciones seguirían circunscribiéndose únicamente a la etnia y a la nacionalidad. Sería ya en la tramitación parlamentaria del CP de 1995 cuando se introduciría una nueva agravante, precedente inequívoco de la actual regulación, que incorporó tres cambios significativos con

⁴⁹ LAURENZO COPELLO, *La manipulación de los delitos de odio 2019, passim*.

⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 117 ss.

⁵¹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>.

respecto a las redacciones anteriores: en primer lugar, se estableció que dicha circunstancia se podía aplicar a cualquier tipo de delito sin distinción; también se hizo referencia, por primera vez, a la discriminación como causa específica para agravar la pena; y además se ampliaron de forma notable la lista de motivos de agravación.

Observemos, pues, estas transformaciones en la redacción final del art. 22.4 del CP de 1995: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”⁵².

El origen de esta modificación y su incorporación como una figura verdaderamente nueva en el CP hemos de buscarlo, tal y como venimos comentando a lo largo de esta investigación, en los vestigios del nazismo en Europa. Así lo explica REBOLLO VARGAS que apunta que su justificación se encuentra en “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetraban bajo las banderas y símbolos de ideología nazi, lo cual obligó a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ellos”⁵³.

No obstante, los avatares parlamentarios del precepto no finalizarían aquí, pues la LO 5/2010, de 22 de junio, entre las reformas que introdujo le volvió a conferir una nueva redacción al introducir la referencia a la “identidad sexual”, además de sustituir el término “minusvalía” por el de “discapacidad”.

Finalmente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, culmina hasta ahora el convulso *iter legislativo* de la agravante al añadir como nueva causa de discriminación “por razón de género”. Por lo que, en la actualidad, la redacción del 22.4 quedaría así:

Son circunstancias agravantes:

- 4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la

⁵² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

⁵³ REBOLLO VARGAS, *Delitos de odio 2018*, pp. 195-219.

etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

I.5.1.1.- La naturaleza jurídica de la agravante del art. 22.4

Tras exponer este breve repaso por su historia legislativa, resulta de carácter obligatorio la pregunta que DOPICO GÓMEZ-ALLER⁵⁴ se hace a la hora de aproximarse a su fundamentación jurídica: ¿por qué es más grave un delito si lo motiva la voluntad discriminatoria?

Pues bien, esta es indudablemente una de las cuestiones que ha generado múltiples discusiones entre la doctrina, en base a si el fundamento jurídico de la agravante radica en su pertenencia a la categoría de culpabilidad, o, sin embargo, si se encuentra más cercana a la del injusto, y dentro de este al injusto objetivo o al injusto subjetivo.

Por otro lado, existe un segundo debate en torno al bien jurídico protegido por la agravante: si se trata del principio de igualdad entre todos los seres humanos, sean cuales sean sus condiciones personales, o si por el contrario se basan, también, en el principio de igualdad material, en una lógica de “acción positiva” con posturas más o menos expansivas (SALEC GORDO⁵⁵).

En referencia a la primera cuestión, existen tres posiciones doctrinales que trataremos de sintetizar a continuación:

1. Con respecto a la culpabilidad: mayoritariamente se tiende a buscar el fundamento jurídico de la agravante en la propia reprochabilidad de los móviles del actuar, lo que LANDA GOROSTIZA identifica con “la actitud personal del autor contraria a los valores fundamentales de la dignidad o la igualdad”⁵⁶. Esto reconduce el plus de gravedad a una mayor culpabilidad. Son muchos los autores que se han adscrito a esta postura, desde los clásicos GIMBERNAT o CEREZO MIR hasta DÍAZ MAROTO o BERNAL DEL CASTILLO y, desde luego es la postura mayoritaria adoptada por el

⁵⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios 2005*, *passim*.

⁵⁵ SALEC GORDO, *La agravante por odio y discriminación 2017*, *passim*.

⁵⁶ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 121 ss.

Tribunal Supremo (véase a modo de ejemplo la STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre⁵⁷).

El problema de esta teoría es que parecería entonces que el precepto sanciona más que un hecho en sí o las condiciones personales de la víctima, la motivación que impulsa al sujeto a cometer tal delito, lo que nos situaría en una manifestación del “Derecho penal de la actitud interna”, que abandona el derecho penal que juzga la responsabilidad del autor en base a unos hechos cometidos (derecho penal de hecho) y, en sustitución de este, vincula la pena a la personalidad o a las características que llevan al autor a cometer cierto delito. Para LANDA GOROSTIZA esto erosiona el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, lo que siguiendo a DÍAZ LÓPEZ es “impropio de un Estado liberal”⁵⁸.

2. Con respecto al injusto subjetivo: el sector doctrinal que incluye esta agravante dentro de la categoría del injusto subjetivo coincide con aquellos que la atribuyen a la culpabilidad. Sin embargo, señalan que a pesar del tenor literal del art. 22.4 CP, este no hace referencia a un “móvil”, sino a una “finalidad” del autor. Esto implica que nos encontramos ante un elemento subjetivo “intencional” y no “motivacional” (SALEC GORDO⁵⁹). Autores como MIR PUIG se adhieren a esta postura en la que el desvalor del hecho supone una negación del principio de igualdad que consagra la CE.

Esta naturaleza singular fue admitida puntualmente por la STS 1160/2006, Sala de lo Penal, de 9 de noviembre⁶⁰, que en su FJ 23 alude a “casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad”.

⁵⁷ El texto íntegro de la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, se puede consultar aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-1145-2006-ts-sala-penal-sec-1-rec-1401-2005-23-11-2006-4120091>.

⁵⁸ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, *passim*.

⁵⁹ SALEC GORDO, *La agravante por odio y discriminación 2017*, *passim*.

⁶⁰ El texto íntegro de la STS 1160/2006, de 9 de noviembre se puede consultar aquí: <https://vlex.es/vid/-51972124>.

Esta postura también ha sido criticada por equiparar el dolo a la intencionalidad generada por motivos discriminatorios, ya que como es bien sabido en el ámbito del Derecho penal, el dolo no es solo intencionalidad, sino también conocimiento del riesgo. Dichos motivos discriminatorios no siempre afectarían al conocimiento del riesgo, lo que conllevaría no solo que la agravante no pueda encuadrarse dentro del injusto subjetivo, sino que nos volveríamos a encontrar, como en la interpretación anterior, ante otra especie de manifestación del “Derecho penal de autor”.

3. Con respecto al injusto objetivo: por último, un sector minoritario -pero a nuestro juicio bastante acertado- propone como fundamento jurídico un mayor contenido del injusto. En este sentido, LAURENZO COPELLO⁶¹ abanderó esta propuesta subrayando que esta interpretación permite situarnos en un desvalor adicional del resultado que supone “la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”. Siguiendo a DÍAZ LÓPEZ⁶², esta postura podría entenderse de la siguiente forma: cuando el legislador menciona el término “motivos”, en realidad no se estaría refiriendo a las motivaciones del autor, sino a las situaciones “fácticas” (basadas en hechos o limitadas a ellas) que normalmente acontecen cuando alguien actúa por esos motivos. En este caso, cuando el legislador emplea la noción de “motivos discriminatorios”, en realidad se estaría refiriendo a los efectos que despliega la conducta del sujeto que comete el delito.

A tal efecto, algunos autores como LAURENZO COPELLO han entendido que esas situaciones fácticas subyacentes consistirían en la carga ofensiva humillante para la víctima concreta, que ha sido víctima de un delito debido a su pertenencia a determinado colectivo vulnerable, caracterizado por su raza, su orientación sexual, etc. Lo que obligaría a entender que este precepto antidiscriminatorio se configura en torno a un bien jurídico distinto al genérico del derecho a la igualdad, lo que para LANDA GOROSTIZA haría referencia, más bien, a las “condiciones de seguridad existencial del colectivo al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito”⁶³.

⁶¹ LAURENZO COPELLO, *La discriminación en el Código Penal 1996*, *passim*.

⁶² DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, *passim*.

⁶³ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 122 ss.

Otros autores, entre los que se precisamente se sitúa LANDA GOROSTIZA, matizan un poco más esta teoría del injusto objetivo al considerar que con el término “motivos” se refiere el legislador a las situaciones en las que se produce un efecto comunicativo intimidante para el colectivo vulnerable del que forma parte la víctima:

“Lo que resulta realmente decisivo a la hora de determinar cuándo una conducta de diferenciación se convierte en algo más ‘odioso’ es la clase de perjuicio que dicho comportamiento entraña y que se proyecta en una negación de la dignidad humana del sujeto discriminado; y, a la vez, en un perjuicio sobre el colectivo correspondiente al que hunde aún más en su situación de marginación, contradicción, por tanto, del principio de igualdad real”⁶⁴.

Tampoco esta opción ha estado a salvo de críticas, puesto que para aplicar la agravante es cierto que no es necesario probar los motivos del autor, pero sí esos supuestos efectos que produce, con la más que probable erosión del principio de legalidad. Además, DÍAZ LÓPEZ explica que esta propuesta ha llevado, cuando nuestros tribunales la han puesto en práctica, a un “peligro equivalente a las teorías que, al indagar en el fuero interno del autor, nos situaban en una especie de delito de pensamiento”⁶⁵.

Sin contar con la producción de una segunda consecuencia igual de peligrosa que la primera: la probable exacerbación de la “victimización secundaria”, lo que viene a significar que se exigiría a la víctima que acreditara la condición por la cual ha sufrido el ataque, por ejemplo, que “confirmase” su homosexualidad. Así lo entiende DÍAZ LÓPEZ: “Se sometería en el proceso a la víctima (o a sus familiares y amigos, que quizás desconozcan tal extremo) a una serie de interrogatorios para averiguar tan íntima condición personal, todo ello debido a que tuvo la mala fortuna de ser víctima de un delito que contaba con una carga ofensiva adicional por pertenecer aparentemente a un colectivo vulnerable”⁶⁶.

Este efecto perverso aparece reflejado, por ejemplo, en la SAP de Barcelona nº 621/2002, de 26 de junio, que justificó la inaplicación del artículo 22.4 CP en base a que

⁶⁴ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 125.

⁶⁵ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, *passim*.

⁶⁶ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, *passim*.

“en ninguna de sus declaraciones el lesionado D. X afirmó su condición de homosexual”⁶⁷.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y con la intención de aportar algo de luz a este debate profuso y altamente complejo sobre la fundamentación de la agravante, recogemos las premisas que propone DÍAZ LÓPEZ, autor que no parece decantarse por ninguna de las teorías expuestas, sino que entiende que cualquiera de ellas será compatible siempre que para su interpretación se cumplan las siguientes condiciones:

“1. No se sancionen las motivaciones en sí mismas consideradas, para evitar situarnos en una manifestación del denominado “Derecho penal de autor”, a todas luces contrario a nuestro Estado de Derecho.

2. Lo que se sanciona es el hecho típico, imponiendo una pena delimitada por el marco punitivo del delito que se trate, en definitiva, la conducta que lleva a cabo el autor contra una determinada persona.

3. A pesar de que no se están sancionando en sí mismos, se toman en consideración los motivos discriminatorios proyectados en el hecho, como explicación para su comisión o como justificación del aumento de la pena.

4. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes ni potenciales o reales efectos, sino motivos, que es lo que menciona el precepto al hacer alusión clara a una lista exhaustiva de causas de discriminación (ideología, religión, creencias de la víctima, etc)⁶⁸.

I.5.1.2.- El bien jurídico protegido en la circunstancia agravante

Por otro lado, ahora abordaremos brevemente el bien jurídico protegido en este precepto que se ha convertido en otro significativo objeto de controversia para la doctrina:

⁶⁷ El texto íntegro de la SAP de Barcelona nº 621/2002, de 26 de junio, se puede consultar en <https://vlex.es/vid/-52283775>.

⁶⁸ DÍAZ LÓPEZ, *La reforma de la agravante genérica 2015, passim*.

LAURENZO COPELLO⁶⁹ es clara al entender el principio de igualdad como fundamento de la existencia de esta agravante, “el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”. En teoría, este principio hace alusión tanto a la igualdad ante la ley como al derecho a la no discriminación, derechos íntimamente relacionados entre sí, como si fueran las “dos caras de la misma moneda”.

Entre las razones que esgrimen los que abogan por la interpretación que propone esta autora destacan el tenor literal del artículo 22.4 CP. Este incide directamente en la “discriminación” que supone que la acción se desarrolle en detrimento del derecho de igualdad, un concepto que encuentra un claro reflejo en el art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...”⁷⁰.

La prohibición de discriminación, recogida tanto en el art.14 CE como en el art. 22.4 CP, entraña entonces la defensa del derecho a la igualdad. Por lo que para que se dé el tipo penal, ha de producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual basado en alguna de las causas que establece el precepto.

Siendo conscientes de las controversias que genera el concepto de “discriminación”, dada su naturaleza e implicaciones, permítanos el lector un breve inciso para recordar la definición que ofrece la ONU a través de su Observación General nº 18 del Comité de Derechos Humanos, estrechamente relacionada con lo que venimos comentando en párrafos anteriores: “La discriminación se entiende como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, [...] y que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁷¹.

Por su parte, DÍAZ LÓPEZ opina también que el bien protegido es el principio de igualdad. Y conforme a la mención expresa de “discriminación” que lleva a cabo el

⁶⁹ LAURENZO COPELLO, *La manipulación de los delitos de odio 2019, passim*.

⁷⁰ Artículo 14 de la Constitución Española (1978): <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Observación General nº18. Texto disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>.

artículo, afirma que los operadores jurídicos recurrirán a él apelando a lo que se conoce como la “navaja de Ockham”⁷².

Si bien es cierto que otros sectores defienden que la circunstancia agravante posee una naturaleza dual, con un referente individual, que consiste en el derecho que tienen todas las personas a ser tratadas iguales con independencia de los rasgos que las diferencian de la comunidad dominante, lo que en realidad les postularía en la defensa del principio de igualdad. Pero también sostienen que existe otro bien protegido, de carácter supraindividual, que hace referencia a la seguridad personal, una especie de “peligro” para las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas que se sienten amenazados. Lo que provocaría una pérdida del “sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como resultado de la agresión –en sentido amplio– racista, xenófoba, islamofóbica u homófoba, el cual corre el riesgo además, de repetirse en el futuro, lo que, en última instancia, se traduce en una limitación de la libertad” (LANDA GOROSTIZA⁷³).

I.5.1.3.- Los grupos protegidos en la circunstancia del art. 22.4 CP

El estudio de la naturaleza jurídica y del bien objeto de tutela del art. 22.4 CP nos conducen ahora a aproximarnos a la definición de “colectivos vulnerables”, pues a estos se refiere el número de causas enunciadas en el precepto⁷⁴. Cuando hablamos de “colectivos vulnerables” o “grupos diana” estamos pensando en aquellos que, según dichas causas, se encuentran en riesgo de cualquier tipo de exclusión.

⁷² DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, p. 395. Dicho concepto se corresponde con un principio de economía y metodológico que establece, en términos generales, que en igualdad de condiciones la explicación más simple suele ser la más probable. De tal forma que se prioriza lo sencillo frente a lo complejo a la hora de resolver un problema en el ámbito jurídico.

⁷³ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 115 ss.

⁷⁴ “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”.

En este sentido, el TEDH en numerosas sentencias se ha referido al concepto de “grupo vulnerable” como “una minoría o grupo desprotegido que padece un historial de opresión o desigualdad” (caso *Savva Terentyev c. Rusia*, -de 28 de agosto de 2018-⁷⁵, entre otros); y ha reconocido dicha condición a la minoría gitana, a quienes padecían una enfermedad mental, a los demandantes de asilo, etc⁷⁶.

Si bien es cierto que nuestra Constitución no menciona la vulnerabilidad como tal, sí que prevé la protección pública de grupos que hoy consideramos vulnerables (por citar dos ejemplos: en el art. 13 CE se establece la protección jurídica de los extranjeros y demandantes de asilo; mientras que en el art. 14, como hemos visto anteriormente, se prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, etc). Esto explicaría la delimitación que establece el Código Penal con respecto a los colectivos específicos objeto de tutela.

No obstante, resultan de gran utilidad los criterios que DÍAZ LÓPEZ⁷⁷ propone para poder identificarlos. Partiendo también de la construcción conceptual elaborada por el TEDH⁷⁸ y nuestro TC se entendería ese carácter de vulnerabilidad conforme a:

a) Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación. Así, por ejemplo, aunque no exista una minoría con una identidad colectiva “discapacitada”

⁷⁵ Texto íntegro de la sentencia disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:%22001-185307%22}}>.

⁷⁶ A este respecto, véase los casos *Alajos Kiss c. Hungría* -de 20 de mayo de 2010-, *Plesó c. Hungría* -de 2 de septiembre de 2012-, *Kiyutin c. Rusia* -de 21 de marzo de 2011-, y *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* -de 21 enero 2011-.

⁷⁷ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, p. 230 ss.

⁷⁸ Aunque el concepto de “vulnerabilidad” haya adquirido una relevancia cada vez mayor para el TEDH, este no utiliza dicha categoría de forma consistente en sus resoluciones, pues en ocasiones se refiere a «personas vulnerables», «los más vulnerables», «especialmente vulnerables». Sin embargo, otras veces opta por emplear términos como «marginados», «desfavorecidos» y «menos privilegiados» sin distinción aparente. El Tribunal asume que existen características compartidas que permiten diferenciar entre quienes se representan como integrantes de un colectivo vulnerable de la población en general, ubicando a los primeros en una situación de mayor desventaja.

Para profundizar en el tema se recomienda la lectura de LA BARBERA, M. «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, (2019). Texto disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.07>.

análoga a la que puede existir con base en una determinada raza, no cabe duda de que la enfermedad o la discapacidad (enfermos de lepra, de SIDA, ciegos, etc.) ha sido fuente histórica y vigente de prejuicios y discriminación.

b) Que se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España. Así, se admitió la identidad sexual como una de esas condiciones personales, a pesar de que el art. 14 CE no la menciona expresamente.

c) Vocación de permanencia de la condición discriminada. Las condiciones personales que nos ocupan han de ser en su dimensión general absolutas (todas las personas tienen una identidad o una orientación sexual, etc., sea cual sea esta). Por tanto, se trata de elementos que, con vocación de permanencia, definen la identidad de una persona.

d) Dicha condición debe encontrarse desligada en cierta medida de la elección circunstancial, a pesar de las evidentes dificultades que supondría probar este criterio. Es decir, el artículo 22.4 CP agrava la responsabilidad de quien comete el delito motivado por su odio discriminatorio conforme a una de las categorías potenciales de prejuicios hacia lo que es la víctima, enumeradas por el precepto. Pues, según DÍAZ LÓPEZ, aunque es posible que siempre exista cierto factor de elección, “lo esencial es que no solo la condición de la víctima, sino la elección de la misma tengan cierta vocación de permanencia, que no sean circunstanciales”⁷⁹.

I.5.1.4.- Otras cuestiones objeto de discusión con respecto a la agravante

Finalizamos el estudio de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad señalando otros aspectos de su redacción que también han sido objeto de reproche al legislador:

1. Existe unanimidad en la doctrina a la hora de considerar que la redacción del precepto es, cuanto menos, “farragosa” y “deficiente” (DÍAZ LÓPEZ⁸⁰). Buena prueba de ello lo

⁷⁹ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, p. 230 ss.

⁸⁰ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, *passim*.

constituyen los problemas que su redacción (especialmente el término “motivos”) plantea con respecto a la naturaleza jurídica, tal y como hemos observado en el epígrafe anterior.

2. También es criticable el empleo de la palabra “raza” como parte de “otras causas de discriminación”. En primer lugar, porque al inicio del precepto ya se alude a “cometer el delito por motivos racistas”, lo que convierte a la segunda mención en una repetición innecesaria. En segundo lugar, porque tal y como explican autores como LEVI-MONTALCINI, no existen diferentes razas desde el punto de vista biológico o genético, sino una única común a todos: la humana⁸¹.

3. Uno de los cambios más controvertidos que introdujo la LO 1/2015 fue la incorporación entre las causas de discriminación de la expresión “razones de género”, lo que obligaba a diferenciarla de la alusión que ya hacía el art. 22.4 al “sexo” como condición para aplicar la agravante. La doctrina se planteó entonces: ¿es redundante la inclusión del “género” en este listado, existiendo ya la mención al “sexo”?

En general, se entiende que sí existen diferencias entre el término “sexo” (realidad biológica que diferencia a los hombres de las mujeres) y aquello que denominamos “género” (aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que una sociedad concreta considera propios de mujeres u hombres).

Siguiendo a MARÍN DE ESPINOSA, la diferencia entre ambas circunstancias, así como la inclusión de la última obedece al concepto de violencia de género aportado por

⁸¹ En palabras de la conocida neuróloga y Premio Nobel de Medicina: “Las razas humanas no existen. La existencia de las razas humanas es una abstracción que se deriva de una falsa interpretación de pequeñas diferencias físicas, que nuestros sentidos perciben, erróneamente asociadas a diferencias ‘psicológicas’ e interpretadas sobre la base de prejuicios seculares. Estas abstractas subdivisiones, fundadas en la idea de que los humanos constituyen grupos biológica y hereditariamente muy distintos son puras invenciones que siempre se han utilizado para clasificar arbitrariamente hombres y mujeres en ‘mejores’ y ‘peores’ y, de esta manera, discriminar a los últimos (siempre los más débiles), después de haberles achacado que son la clave de todos los males en todos los momentos de crisis”.

Esta reflexión forma parte del manifiesto “Solo existe una raza: la humana”, trad. por José Luis López Bulla en julio de 2008 y disponible para su lectura en castellano en <https://ddooss.org/textos/documentos/solo-existe-una-raza-la-humana>.

la L.O. 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su artículo primero determina el objeto de la misma: “Se pretende actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”⁸².

De esto, podemos deducir que la nueva causa “por razón de género” sería de aplicación a los casos de violencia de género ejercida en el ámbito privado.

No obstante, y a pesar de que en la mayoría de ocasiones la agravante se aplicará a delitos machistas, también se debería hacer cuando el motivo para el delito vaya referido a que su víctima era “un hombre o una mujer que hacía determinadas cosas que no se corresponden con su supuesto género”. Así lo entiende DÍAZ LÓPEZ que aporta un ejemplo claro para apoyar esta tesis: “Si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por ese motivo (“porque los hombres no bailan ballet”), se aplicará la agravante, con independencia del efecto intimidatorio que en un colectivo supuestamente caracterizado por un género pueda tener ese hecho”⁸³.

A fin de cuentas, tanto este autor como MARÍN DE ESPINOSA, entre otros, consideran de forma positiva la reforma operada en este sentido, pues, como se ha visto, permite aumentar el espectro de supuestos potencialmente “agravables” por la vía del artículo 22.4 CP.

4. La Catedrática de Filosofía del Derecho, ADELA CORTINA, acuñó hace décadas el famoso término “aporofobia” para referirse al “rechazo o aversión a los pobres”⁸⁴.

⁸² MARÍN DE ESPINOSA, *La agravante genérica de discriminación 2018, passim*.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>.

⁸³ DÍAZ LÓPEZ, *La reforma de la agravante genérica 2015, passim*.

⁸⁴ Véase, a modo de ejemplo, este interesante artículo en el que se profundiza en los orígenes del término y la repercusión alcanzada en la actualidad: *Aporofobia, la palabra que acuñó Adela Cortina hace dos décadas, es la palabra del año*: <https://valenciaplaza.com/adela-cortina-aporofobia>.

Existe un sector doctrinal que, ante el aumento de los ataques hacia las personas pobres basados en su condición de sin techo⁸⁵, aboga por la inclusión de este término entre las causas de discriminación que agravan la responsabilidad criminal del sujeto.

En relación con esto, BUSTOS RUBIO, BENITO SÁNCHEZ y PÉREZ CEPEDA justifican la incorporación de esta causa a partir de las siguientes razones: en primer lugar, la fundamentación se encuentra en un mayor merecimiento de la sanción penal en tanto que un delito cometido por razones de aporofobia no solo conculca el bien jurídico protegido por dicho delito (la vida o la integridad física), sino que también lesiona la igualdad como valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico, pues según estos autores, “se niega al otro un trato como igual”. Pero si se prevé una agravación de la pena, entonces “se transmitiría a la sociedad el mensaje de que la comisión de delitos por motivos de aporofobia se considera intolerable”⁸⁶.

En segundo lugar, la inclusión de este motivo permite equiparar -e igualar- los ataques que sufren las personas pobres por el mero hecho de serlo con los que sufren otras por razón, por ejemplo, de su religión, identidad sexual o enfermedad. Por lo que BUSTOS et al. afirman rotundamente que “no igualar estas situaciones, como sucede en el momento actual, puede considerarse un trato discriminatorio por parte del Estado”⁸⁷; máxime si se tiene en cuenta que los ataques por motivos de aporofobia superan a los

⁸⁵ El Observatorio Hatento en su informe “Los delitos de odio contra las personas sin hogar” (2015) puso de manifiesto que casi la mitad de las personas que viven en la calle ha sido increpada alguna vez por motivos de odio o rechazo a su condición de sin techo; de ellos, más del 80% ha sido víctima en más de una ocasión. Los ataques incluyen insultos, tratos vejatorios e, incluso, agresiones físicas (<http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital.pdf>). Por otro lado, el “Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016”, llevado a cabo por el ‘Centro de Acogida Assís’, sitúa las agresiones físicas sufridas como la segunda causa de muerte de las personas sin hogar (<https://pdfslide.tips/documents/informe-de-violencia-directa-estructural-y-cultural-con-personas-sin-hogar.html>).

⁸⁶ BUSTOS RUBIO, BENITO SÁNCHEZ y PÉREZ CEPEDA, *La aporofobia como agravante 2020, passim*.

⁸⁷ BUSTOS RUBIO, BENITO SÁNCHEZ y PÉREZ CEPEDA, *La aporofobia como agravante 2020, passim*.

cometidos por otras razones que sí están recogidas en nuestro CP como causas de discriminación⁸⁸.

No obstante, DÍAZ LÓPEZ⁸⁹ se muestra reacio a la incorporación de esta causa, ni aunque se añadiese bajo la denominación de “situación económica” en lugar de “aporofobia” (para proteger también a aquellas personas objeto de ataques debido justo a lo contrario, a una situación económica acomodada), pues subraya los problemas de interpretación que podrían surgir dada la naturaleza mutable de esta. Y es que en casos extremos (cuando la víctima sea un mendigo, por ejemplo) sí que parece más factible identificar el prejuicio hacia un estereotipo, es decir, que la motivación discriminatoria existía. Sin embargo, en casos menos extremos, no resultaría tan evidente. Por ejemplo, si un sujeto mata a otro porque siente asco porque no se cuida en el vestir o simplemente porque odia a la clase media-baja, ¿cómo se demostraría dicho “motivo” discriminatorio?, ¿no entrañaría quizá un ostensible riesgo de interpretación expansiva alejada de los principios de legalidad y taxatividad penal que deben imperar a la hora de aplicar el castigo penal?⁹⁰.

Esta propuesta nos lleva, de hecho, a rechazar también otra que se ha planteado en referencia a que la agravante, a través de la expresión “u otra clase de discriminación” se identifique con una cláusula abierta que permitiría castigar con una pena mayor

⁸⁸ Así lo refleja el último informe publicado por el Ministerio del Interior de España sobre la evolución de los delitos de odio en nuestro país. En él se evidencia que los ataques por motivos de ‘aporofobia’ en 2019 superaron a los cometidos, por ejemplo, por “antisemitismo” o “discriminación por enfermedad”. Texto disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+evolucion+2019/631ce020-f9d0-4feb-901c-c3ee0a777896>.

⁸⁹ DÍAZ LÓPEZ, *La reforma de la agravante genérica 2015*, *passim*.

⁹⁰ Cabe señalar que mientras se terminaron de redactar estas líneas se aprobó el texto definitivo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En ella se incorporaba la aporofobia como circunstancia agravante del art. 22.4º CP. Dicha ley todavía está pendiente de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), pero en principio la nueva redacción del artículo quedaría así:

«4.a 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

cualquier clase de discriminación. La literalidad del precepto nos obliga a interpretar justo lo contrario, en base también a los principios de legalidad y taxatividad penal.

I.5.2.- Delitos de odio con palabras: el discurso de odio criminalizado

Nos adentramos ahora en el estudio de una de las herramientas jurídico-penales clave para castigar, en palabras del Tribunal Supremo, “mensajes de odio, que al estar basados en una intolerancia absoluta hacia el diferente, socavan las bases de nuestra convivencia”⁹¹. Nos referimos al denominado discurso de odio, cuya fricción con el libre ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, con la libertad de expresión lo convierte en una figura delicada que insta a una reflexión sosegada sobre su modelo legislativo y el tenor particular del tipo penal en el que viene recogida: el artículo 510 CP.

A pesar de que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a su conceptualización, creemos que la definición que establece la Recomendación nº 15 ECRI constituye un buen punto de partida⁹²:

“El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas- por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

⁹¹ STS 4/2017, de 18 de enero, FJ2: <https://vlex.es/vid/661459257>.

⁹² Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

En el Derecho español, el discurso de odio como delito de expresión está recogido en el art. 510 desde 1995. En este sentido, es amplísima la doctrina que desde hace tiempo viene confrontando este precepto con los estándares internacionales para poner de manifiesto la “exageración punitiva” en la que incurrió nuestro legislador cuando introdujo la reforma de este precepto a través de la LO 1/2015 (entre otros, LAURENZO COPELLO⁹³; o ALCÁCER GUIRAO que habla de una “sobrecriminalización de las conductas expresivas a través del art. 510 CP”⁹⁴).

El legislador aludió expresamente a dos motivos, anteriormente comentados, para llevar a cabo los cambios: la ya citada Decisión Marco 2008/913/JAI que exigía a los Estados miembros que adoptasen medidas para garantizar que se castigasen conductas como

1. a) “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidas contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”⁹⁵.

Por otro lado, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró parcialmente inconstitucional el anterior art. 607.2 CP relativo a la conducta de negación del genocidio.

Con la reforma del 2015, el antiguo art. 607.2 CP desapareció y se integró en el actual art. 510 CP, cuya redacción es más amplia si lo comparamos con el antiguo art. 510.1 del CP de 1995. En este se castigaba a quienes “provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones”, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, etc⁹⁶.

⁹³ LAURENZO COPELLO, *La manipulación de los delitos de odio 2019*, *passim*.

⁹⁴ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio 2020*, p. 220.

⁹⁵ Fragmento extraído de 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. Texto íntegro disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

⁹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

Tras la reforma, se incorporan como categorías la pertenencia a una “nación”, además del “origen nacional”; la categoría “género”; la “identidad sexual”; y finalmente se sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”).

En este sentido, la actual regulación del art. 510 CP despliega hasta seis figuras penales diferentes sobre las que, además, se proyectan diversos tipos cualificados. Siguiendo a GASCÓN CUENCA⁹⁷, los tipos básicos se dividen en dos bloques diferenciados: el art. 510.1 prohíbe un bloque de conductas de incitación pública grave (penas de 1 a 4 años de prisión y multa) o delitos de incitación en sentido estricto, que extiende dicha prohibición además a comportamientos propios de la cadena de difusión del discurso de incitación y a una modalidad particular de incitación por medio de la apología de crímenes de derecho penal internacional (art. 510 a, b y c).

El segundo bloque de tipos básicos prohíbe delitos menos graves (penas de 6 meses a 2 años de prisión y multa) que se cifran en conductas injuriosas de matriz colectiva que lesionan la dignidad humana, con inclusión de la cadena de difusión del discurso injurioso y una modalidad particular de “injuria” por medio de la apología de delitos xenófobos y/o discriminatorios (art. 510.2 a y b).

En este sentido, LANDA GOROSTIZA entiende que existen dos elementos estructurales comunes a todos los tipos penales contenidos en el art. 510: la acción, dinámica comisiva, que se dirige contra un colectivo; y el hecho de que esta se colorea por un elemento subjetivo, motivacional⁹⁸.

Como un estudio de todos los tipos penales que recoge el art. 510 CP escapa al objeto de este trabajo, nos centraremos únicamente en el análisis de las letras a) y b) del párrafo primero del art. 510, que representan el tipo penal de referencia a la hora de abordar el discurso de odio punible. En palabras de AGUILAR GARCÍA: “El art. 510.1 CP constituye, sin duda alguna, uno de los más destacados instrumentos político-

⁹⁷ GASCÓN CUENCA, *La nueva regulación del discurso del odio 2015*, p. 73.

⁹⁸ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, *passim*.

criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de discriminación”⁹⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo proclamaba: “El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, quizás demasiados, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. [...] El art. 510.1 del Código penal, [se erige] como arquetipo del discurso de odio”¹⁰⁰.

I.5.2.1.- Controversias en torno a la naturaleza y el bien protegido del art. 510.1 a) CP

Es necesaria, pues, una primera aproximación a a la letra a) del art. 510.1 CP:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, 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.

Si en la circunstancia agravante el principal debate giraba en torno a la naturaleza jurídica del precepto, en este caso es el bien jurídico protegido el que constituye una de las cuestiones que más división ha generado entre la doctrina desde que se aprobaron las primeras versiones del art. 510 CP. Coincidimos con LANDA GOROSTIZA en que en

⁹⁹ AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico para la investigación 2015*, *passim*.

¹⁰⁰ STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; reiterada en la STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ 2, y en la STS 185/2019, de 2 de abril, FJ 3.

el párrafo primero del precepto se protegen “las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables”¹⁰¹.

Sin embargo, otros autores, como PORTILLA CONTRERAS¹⁰², sostienen que el bien jurídico varía en función de las conductas típicas: este sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación¹⁰³, mientras que en el caso de referencias a la violencia, este autor también aboga por la seguridad como objeto de tutela.

Creemos acertada la postura de LANDA GOROSTIZA, puesto que las condiciones de seguridad a las que alude se justifican debido a la amenaza o alteración que el discurso de odio supone para las condiciones de tranquilidad y paz de las víctimas.

Por citar un ejemplo, en el asunto *Gündüz contra Turquía* -de 13 de noviembre de 2003-, el TEDH condenó al líder de una secta islámica “por incitación al odio religioso” a partir de unas declaraciones realizadas a la prensa en las que criticaba a los islamistas moderados con expresiones como esta: “Todo lo que se necesita ahora es que un hombre valiente entre los musulmanes les plante una daga en su suave vientre y les pase dos veces con una bayoneta para mostrar lo vacíos que están...”¹⁰⁴.

El alto tribunal de Europa falló que declaraciones de esta índole “eran incompatibles con valores fundamentales como la tolerancia, la justicia y la paz, necesarios en una sociedad democrática”, además de hacer hincapié en el “peligro real” que entrañaba para la comunidad afectada.

¹⁰¹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, *passim*.

¹⁰² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La represión penal del discurso del odio 2016*, *passim*.

¹⁰³ También se pronuncia en este sentido la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal: “El eje sobre el que pivota el artículo 510 CP es la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE”. La Fiscalía entiende además que la igualdad y la no discriminación solo pueden ser comprendidas como una expresión de la dignidad humana, por lo que a la hora de abordar asuntos de esta naturaleza, “los fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no solo un trato desigual o discriminatorio [...], sino que será necesario, además, que la acción u omisión sea entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo”. Texto íntegro disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771.

¹⁰⁴ Asunto *Gündüz contra Turquía*, de 13 de noviembre de 2003.

LANDA GOROSTIZA sintetiza a la perfección los efectos que este peligro o amenaza conllevan en el sentimiento de paz en el que, teóricamente, se encuentra cualquier ciudadano con respecto a sus derechos:

“El discurso de odio busca minar las bases mismas de la convivencia en una sociedad democrática abogando por enfrentar a unos grupos contra otros, [...] el discurso envenena y aspira a sembrar la cizaña de tal manera que determinados colectivos resulten privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que pueda disfrutar de todos sus derechos fundamentales [...] hasta que se les excluya de la ‘primera clase’ de la ciudadanía y se les relegue a una cierta inferioridad”.

Esta última circunstancia es denominada por el autor como el “vagón de cola” al que irían a parar todos aquellos colectivos que no son merecedores de ser apreciados como “ciudadanos” o lo que es lo mismo: que no pertenecen a “la primera clase”¹⁰⁵.

Con respecto a la naturaleza jurídica del artículo, su redacción literal plantea, tal y como sucedía con la agravante, diversos problemas: en primer lugar, es claro que los ataques a los colectivos objeto de protección se pueden llevar a cabo -de forma directa o indirecta- a través de conductas como la incitación, la promoción o el fomento. Con respecto a estas dos últimas, GASCÓN CUENCA las tilda de “innecesarias” por su significado similar al de “incitación”¹⁰⁶, lo cual aporta un contenido superfluo al precepto, dificulta su comprensión y puede generar confusión a la hora de decidir si concurren los elementos del tipo penal.

Además, como delito de peligro abstracto que es, basta con que la conducta del sujeto resulte peligrosa -en términos generales- para el bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima. En este supuesto, la voluntad dolosa del “agitador” busca despertar en un destinatario plural la agresión contra un colectivo o minoría especialmente vulnerable. Recordemos las palabras de LANDA GOROSTIZA: “sembrar la cizaña”. No obstante, para que la conducta se configure como típicamente

¹⁰⁵ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, *passim*.

¹⁰⁶ GASCÓN CUENCA, *La nueva regulación del discurso del odio 2015*, *passim*.

relevante se ha de dilucidar -por un observador imparcial- si en el contexto en que esta aparece hace “crisis”, es decir, si podría producir una emulación inminente.

En relación con esto, adquieren especial relevancia los requisitos de idoneidad necesarios para apreciar la concurrencia del tipo penal. Los detallamos a continuación:

A) De acuerdo con la jurisprudencia del TC en esta materia, el juez está obligado a realizar un examen previo a la aplicación del art. 510.1 CP donde valore si la conducta constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Así lo recoge, entre otras, la STC 177/2015, de 22 de julio:

“El órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”¹⁰⁷.

Ante la ausencia de este examen previo o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible¹⁰⁸.

Este examen resulta lógico si recordamos el valor predominante que posee la libertad de expresión en el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho. El TEDH, desde la sentencia *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976¹⁰⁹, ha reiterado en numerosas ocasiones que esta “constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno”.

¹⁰⁷ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2. Texto íntegro disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>.

¹⁰⁸ STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3. Texto íntegro disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6448>.

¹⁰⁹ Texto íntegro disponible en [Uiohttps://www.uio.no > jus > Handyside_v_UK](https://www.uio.no/jus/Handyside_v_UK).

Y esto es así porque, como apuntan PRESNO LINERA y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, utilizando palabras de ROSENFELD¹¹⁰, la libertad de expresión cumple tres premisas imprescindibles:

1. La libertad es esencial para asegurar la autodeterminación individual y, por lo tanto, se concibe como un derecho vinculado a la dignidad humana. Esto nos lleva a entender que la autonomía y la dignidad individuales exigen la protección de todas las formas de autoexpresión.

2. Esta resulta necesaria para el avance del conocimiento y el descubrimiento de la verdad, pues como sostiene PRESNO LINERA: “Es más probable que la verdad prevalezca cuando se mantiene una discusión abierta que a través de cualquier medida que tenga por objeto erradicar los discursos falsos”.

3. Es un instrumento imprescindible para permitir la participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones. Lo que viene a significar que sin libertad para comunicar y recibir ideas, los ciudadanos no pueden desempeñar con éxito la tarea de autogobernarse democráticamente.

Pero lo que resulta más significativo, dada su conexión con el discurso de odio, es el hecho de que para el TEDH la libertad de expresión todavía alcanza un valor superior cuando se presenta a través de ideas que “hieren, ofenden y se oponen al orden establecido”, es entonces cuando para el alto tribunal europeo “la libertad de expresión es todavía más preciosa” (STEDH *Otegi Mondragón vs. España*, 15 marzo 2011¹¹¹).

Se comprende de todo lo expuesto hasta ahora la obligación de realizar un examen previo antes de aplicar el tipo penal. Además, hemos de tener presente que no toda conducta no amparada por la libertad de expresión es conducta penalmente típica del art. 510.1 CP, por mucho que desde la ética o la moral nos repugne o genere auténtico

¹¹⁰ PRESNO LINERA, *Del odio como discurso al odio como delito 2021*, p. 323 ss.

¹¹¹ Texto íntegro de la sentencia disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104449%22%5D%7D>.

rechazo (lo que se conoce como “discurso odioso”)¹¹². Pues una prohibición en exceso de la libertad de expresión puede producir lo que se ha llegado a denominar como *chilling effect* (efecto disuasor), entendido este como la inhibición o desaliento del ejercicio legítimo de los derechos naturales, en este caso de la libertad de expresión, ante la amenaza de sanción legal¹¹³.

No obstante, el discurso de odio sí que se erige como límite legítimo a la libertad de expresión, pues va más allá de la mera ofensa o la calumnia; su importancia reside en que pretende dotar de una apariencia de legitimidad a todo trato discriminatorio de una persona que, como víctima de esa manifestación de odio, no puede ser marginada en favor de una supuesta libertad de expresión de una persona que carece de la más elemental consideración hacia otro miembro de su misma especie. Así se recoge en la Circular 7/2019 de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio: “La libertad de expresión no puede situarse por encima de la dignidad de otro ser humano”¹¹⁴.



¹¹² Sirvan como ejemplos ilustrativos de “discursos odiosos” los comentarios publicados en Twitter tras el fallecimiento de la cantante Bimba Bosé en 2017, que tuvieron un gran eco en la sociedad: “Oye, anciano maricón @BoseOfficial, ¿dónde van a enterrar a la ramera de Bimba Bosé? deseo ir a violar su canceroso cadáver” (<https://www.esdiario.com/medios/113525493/La-Policia-horrorizada-ante-los-tuit-macabros-contra-Bimba-Que-barbaridad.html>).

A pesar del profundo rechazo moral que puedan producirnos expresiones de este tipo, estas no parecen incitar al odio o a la violencia contra un colectivo vulnerable concreto. Por lo que no podrían castigarse mediante la letra a) del párrafo primero del art. 510 CP.

¹¹³ A tal efecto, se recomienda la lectura de la reciente STEDH *Benítez Moriana and Íñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021, en la que se condena a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión de dos activistas que criticaron la actuación de una jueza a través de una carta publicada en un medio de comunicación local. El Tribunal consideró que nuestro país no solo contravino el mandato recogido en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión [...] sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”, sino que con las altas penas impuestas a los ciudadanos (más de 10.000 euros a cada uno de ellos por supuesta vulneración del derecho al honor de la jueza) se contribuye a la creación del denominado *chilling effect* entre la población. Texto íntegro disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Ben%c3%adtez%20Moriana%20e%20I%c3%bligo%20%20Fern%c3%a1ndez.pdf>.

¹¹⁴ Texto íntegro disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771.

B) Se ha de justificar la intervención penal para evitar una prohibición en exceso: es evidente que existe la obligación de interpretación restrictiva de los tipos penales. Lo que viene a significar, siguiendo al Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión (LIBEX)¹¹⁵, que una limitación de un derecho fundamental solo puede justificarse en la puesta en peligro o en la lesión de otro bien o valor constitucional (principio de ofensividad del Derecho penal que establece que este solo puede intervenir frente a amenazas de lesión o peligro para bienes concretos).

C) Colectivos vulnerables: tal y como ocurría con la circunstancia agravante, donde ahondábamos en la definición de este concepto, para que concurra el tipo penal la conducta debe dirigirse contra un un elenco cerrado de categorías enumeradas en el art. 510.1 CP (situación familiar, origen nacional, etc) que difieren de las recogidas en la agravante del 22.4º CP.

D) Incitación voluntaria: la Recomendación nº 15 ECRI define la intencionalidad de la siguiente forma: “Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes; o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador”.

Por otro lado, propone un test de relevancia del riesgo (a partir del Plan de Acción de Rabat aprobado por la ONU en 2012), formado por un conjunto de indicadores que deben tenerse en cuenta para evaluar el riesgo de la conducta juzgada:

“(a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad).

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad).

¹¹⁵ Acceso al material proporcionado por LIBEX sobre el art. 510 CP: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>.

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

(d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate).

(e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo).

(f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)”¹¹⁶.

Estos requisitos, que en epígrafes posteriores aplicaremos a casos prácticos, se erigen como condiciones obligatorias a tener en cuenta por los tribunales cuando hayan de juzgar un caso relativo al discurso de odio que provoque una limitación en el campo de actuación de la libertad de expresión.

Por último, cabe señalar que hasta la fecha, únicamente nos consta una única condena del Tribunal Supremo conforme a la redacción actual del art. 510.1.a) CP: se trata de la STS 72/2018, de 9 de febrero, que enjuicia unos comentarios publicados en la red social Twitter con claro ánimo discriminatorio hacia las mujeres.

Ante la singularidad e importancia de la sentencia, retrasamos su estudio hasta el capítulo tercero, dedicado a la comparación entre el análisis jurídico-práctico de esta

¹¹⁶ De esta forma, la Recomendación hace propio el “Plan de Acción de Rabat”, aprobado por la ONU en 2012, en el que fijaba un umbral para establecer adecuadamente qué tipo de expresiones constituían discurso de odio. Sin embargo, la Recomendación va un poco más allá al reconocer en su párrafo 17 que “la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio. Es más, se considera que existe uso de discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos”. Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

clase de delitos y el tratamiento informativo de los mismos realizado por los medios de comunicación.

I.5.2.2.- Breve aproximación al art. 510.1 b) CP

En última instancia, nos referimos brevemente a la letra b) del art. 510.1. Su redacción dice así:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, 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.

Como se puede observar, en este apartado se castigan acciones de propaganda para la realización de alguna de las conductas señaladas en la letra a) del precepto.

Ciertamente, la infinidad de verbos típicos parecen desorientar sobre el verdadero sentido de la prohibición: “Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten [...] difundan, vendan...”. Además, el objeto material sobre el que se materializan es igualmente amplísimo: “Escritos o cualquier otra clase material o soportes idóneos...”.

Parece que siguiendo esta dirección se castigaría, por ejemplo, la conducta de un editor que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito con tendencia discriminadora, aunque dicho sujeto no se adhiera al contenido del mismo.

En base a todo ello, las críticas de la doctrina están justificadas en tanto que de su tenor literal cabrían amplias interpretaciones que atentarían contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales, particularmente el de la libertad de expresión. Es por ello que PORTILLA CONTRERAS no duda en tildar la redacción de la letra b) de “auténtica censura”¹¹⁷, mientras que ALCÁCER GUIRAO también critica el “efecto disuasorio”¹¹⁸ que produce para el ejercicio de la libertad de cátedra.

En un intento de de realizar una interpretación *de lege lata* de dicho apartado, LANDA GOROSTIZA señala que para que una acción entrañe relevancia jurídico-penal será necesario probar que dichas conductas sean, en primer lugar, “partes consolidadas de la cadena de difusión del discurso de odio”, lo que vendría a significar que se ha distribuido un material que se encuentra listo para su consumo, es decir, para que un destinatario colectivo y universal entre en “el círculo de la incitación”¹¹⁹ hacia un grupo diana señalado expresamente en dicha propaganda.

En segundo lugar, el contenido tendencial que se mueve a través de la cadena de difusión debe ser de tal intensidad que pueda colegirse que la hostilidad, el odio, la violencia se desplegarán -cuando se abra su contenido- para promover, fomentar o incitar (510.1a) su repetición hacia los miembros del grupo que este no podrá gozar de forma plena de sus derechos fundamentales.

El mismo autor concluye afirmando que, en definitiva, en este precepto se protege a las minorías de un futuro daño semejante a aquel que produciría “quien sirve un plato de comida caliente a punto de ser consumido y que, según el contexto, podemos prever que rápidamente encontrará comensales dispuestos a dar buena cuenta de él”. De hecho, aunque el destinatario de los mensajes decidiese no acceder a ellos, la oferta queda permanentemente a disposición de cualquiera, y precisamente para prevenir su ejecución, con este apartado el legislador decide castigarla de forma temprana.

¹¹⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La represión penal del discurso del odio 2016*, *passim*.

¹¹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio 2020*, p. 209 ss.

¹¹⁹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, *passim*.

I.6.- Apuntes finales sobre la regulación de los delitos de odio en el Derecho español

En esta primera parte de la investigación, tras profundizar en las razones que obligan a reflexionar sobre el odio, un fenómeno tan heterogéneo como de carácter permanente en nuestra sociedad, hemos abordado su tratamiento jurídico: origen de su tipificación como delito en Europa, evolución jurisprudencial, etc.

Después, nos hemos adentrado en las complejidades que presenta la regulación de esta clase de delitos en nuestro Código Penal español: por un lado, hemos analizado la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, recogida en el art. 22.º CP (los denominados actos de odio); por otro, nos hemos acercado a los delitos cometidos mediante el uso de las palabras (discursos de odio), tipificados en el art. 510. CP.

A pesar de que somos conscientes de que nos hemos dejado numerosas cuestiones relacionadas en el tintero, esperamos, al menos, haber señalado aquellos aspectos claves para comprender la *mens legislatoris* que ha configurado la actual política criminal antidiscriminatoria. También confiamos en haber provocado al lector para que él mismo extrajese sus conclusiones acerca de las principales discusiones doctrinales en torno a la regulación de los delitos de odio, así como de los conflictos que su redacción ocasiona entre los derechos fundamentales (dignidad, igualdad, libertad de expresión...).

Nos gustaría finalizar este capítulo con una última pero significativa consideración: la cuestión que se esconde a lo largo de estas páginas es si el Derecho puede legalmente señalar determinados actos y discursos para castigarlos mediante una sanción penal. Al respecto, GARCÍA GARCÍA opina que “el uso del Derecho no siempre es oportuno”¹²⁰, a lo que NASTASACHE y MARTÍN JIMÉNEZ¹²¹ especifican que “el recurso al

¹²⁰ GARCÍA GARCÍA, *Respuestas y problemas jurídicos frente al discurso del odio 2017*, *passim*.

¹²¹ NASTASACHE, Alina y MARTÍN JIMÉNEZ, Berta, *Libertad de expresión, delitos de odio y VIH: a propósito de un cartel 2021*, pp. 19-20. Informe fruto de la colaboración entre las clínicas jurídicas de la Universidad de Alcalá y del Máster en Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo. Acceso a su descarga: https://www.academia.edu/45650160/LIBERTAD_DE_EXPRESI%C3%93N_DELITOS_DE_ODIO_Y_VIH_A_PROP%C3%93SITO_DE_UN_CARTEL.

Derecho Penal se justifica por la necesidad de combatir el odio con la mayor contundencia posible, pero ello no significa que los pasos que se están dando en esta dirección sean acertados”.

De hecho, el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas sentencias la función de *ultima ratio* que debe cumplir el Derecho penal: “Convertir en dogma que la apelación al Derecho penal como instrumento para resolver los conflictos es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos”¹²².

De lo contrario, una utilización excesiva del mismo incurriría en lo que ALCÁCER GUIRAO denomina como “rechazable moralismo, al justificar la intervención del Derecho penal con el solo fin de defender valores, así como [en] un insoportable paternalismo, al pretender excluir de la esfera pública determinados discursos en virtud de que puedan inculcar determinadas opiniones, actitudes o emociones”¹²³.

Y es que parece evidente que para luchar contra la propagación del odio es necesario contar con instrumentos legales, pero, “estos por sí solos no resolverán el problema si estas medidas no van acompañadas con otras de carácter educativo y social” (GARCÍA GARCÍA¹²⁴).

La pregunta que surge a colación es si existen -o no- esos mecanismos no jurídicos, menos rígidos... que puedan desalentar el odio, especialmente el que se comete mediante el uso de palabras cuyo castigo penal genera tanto recelo al respecto. Es decir, ¿es posible apostar por la prevención social en lugar de actuar únicamente de forma reactiva para lograr la salvaguarda de una sociedad cuyos derechos fundamentales convivan en plena armonía?

¹²² STS 670/2006, de 21 de junio, disponible de forma íntegra en <https://vlex.es/vid/delito-estafa-procesal-consumacion-as-24316525>.

¹²³ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio 2020*, p. 262.

¹²⁴ GARCÍA GARCÍA, *Respuestas y problemas jurídicos frente al discurso del odio 2017*, *passim*.

CAPÍTULO II: LOS DELITOS DE ODIOS EN PERIODISMO

Quien con monstruos lucha
cuida de no convertirse a su vez en monstruo,
cuando miras largo tiempo a un abismo,
también este mira dentro de ti.

FRIEDRICH NIETZSCHE

II.1.- De la influencia de los medios de comunicación en la sociedad: ¿plataformas de difusión o *watchdogs*?

Recogiendo el órdago lanzado en el desenlace del epígrafe anterior, resulta indudable el poder que poseen las palabras para actuar no solo como herramientas de prevención del odio expresado a través del discurso, sino como instrumento clave para lograr la instauración de una cultura de la tolerancia en nuestra sociedad. Sin que para llegar a tal fin sea necesario depender de mecanismos reactivos como el castigo penal que venimos analizando hasta ahora.

Así lo entiende la plataforma European Anti-Poverty Network (EAPN) que, en la presentación de su *Guía de Estilo para comunicar sin discriminar sobre Aporofobia y Discurso de odio*, recuerda que “las palabras construyen afirmaciones que generan realidad”¹²⁵. Y los que gozan de una posición privilegiada para utilizarlas según sus intereses son, sin duda, los medios de comunicación. Ya lo avisaba McLUHAN¹²⁶ hace más de 40 años: “El medio es el mensaje”; o, como hoy en día afirma IGLESIAS LOZANO: “Los medios tienen la palabra”¹²⁷.

El lenguaje en sus múltiples formas se configura entonces como el modo a través del cual los medios influyen de forma determinante en el imaginario social.

¹²⁵ El texto íntegro de la Guía se puede consultar y/o descargar en el siguiente enlace: <https://www.eapn.es/publicaciones/422/guia-de-estilo-sobre-aporofobia-y-discursos-del-odio-comunicar-sin-discriminar>.

¹²⁶ McLUHAN, *Comprender los medios de comunicación 1994*, *passim*.

¹²⁷ IGLESIAS LOZANO, *Los medios tienen la palabra 2021*, *passim*.

La responsabilidad que este cometido acarrea para los periodistas no es un tema baladí que haya pasado desapercibido para el Derecho. Pues a pesar de que nuestra Constitución en su artículo 9.2 considere a los poderes públicos como aquellos a los que corresponde “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”¹²⁸, a lo largo de los años la jurisprudencia también ha conferido a los medios el relevante papel de “contrapoder” o “perro guardián”¹²⁹ (M. ALBERTOS) de las instituciones y los derechos fundamentales¹³⁰. Debido, pues, al deber de servicio público que desempeñan al transmitir a la ciudadanía, mediante el uso de las palabras, información plural, contrastada y veraz. Así lo subraya también el artículo 20 CE que configura el derecho a la información como un auténtico derecho fundamental con las garantías de protección que ello implica: 1. d) “Se reconocen y protegen los derechos: A comunicar o recibir libremente información veraz”¹³¹.

¹²⁸ Artículo 9 de la Constitución Española (1978): <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=9&tipo=2#:~:text=Corresponde%20a%20los%20poderes%20p%C3%ABlicos,en%20la%20vida%20pol%C3%ADtica%2C%20econ%C3%B3mica%2C>.

¹²⁹ M. ALBERTOS, *La tesis del perro-guardián 1994, passim*.

¹³⁰ Resulta interesante comentar que nuestra Constitución Española, como todas las que se aprobaron durante aquella época, no recoge la “constitucionalización de los poderes privados”, es decir, no se dirige directamente a aquellos actores, como los medios de comunicación o las ONGs, cuya influencia en la opinión pública es tal que se les debe exigir un deber de colaboración o cierta responsabilidad en la promoción de los derechos fundamentales que recoge nuestra Carta Magna. Pues no debemos olvidar que, como explicaba HÄBERLE, la importancia de la Constitución no estriba solamente en que representa un orden para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; sino que esta “tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos”. Por lo que no hemos de entender a nuestra CE únicamente como un texto jurídico ni tampoco como una simple acumulación de normas superiores, se trata, más bien, de “la expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas”. En definitiva, nos encontramos ante lo que el autor ha denominado como una auténtica “cultura constitucional”, en la que todos hemos de participar, especialmente los poderes públicos y privados que deben promocionarla entre la ciudadanía para tratar de lograr un ejercicio pleno y sin distinción de los derechos. HÄBERLE, *La Constitución como cultura 2002, passim*.

¹³¹ Artículo 20 de la Constitución Española (1978): <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=20&tipo=2>.

Esta función social también ha sido reiterada en nuestra jurisprudencia europea y constitucional en un centenar de sentencias. Por citar algunas de ellas, en el caso *Ziembinski contra Polonia*, del 5 de octubre de 2016¹³², el TEDH remarcó que la responsabilidad de la prensa no puede ser otra que informar sobre todos los asuntos de interés público: “No es solo que la prensa tenga esa tarea sino que la opinión pública también tiene derecho a recibir esa información. Si fuera de otro modo, la prensa no podría desempeñar su función vital de perro guardián”.

Asimismo, nuestro TC en la STC 58/2018, de 4 de junio, se refiere a los periodistas como “perros de guarda de las libertades (...), de la democracia y, en suma, de la sociedad”¹³³.

Sin embargo, los medios han evolucionado hasta tal punto que la influencia que ejercen en los ciudadanos, ya sea por su labor de vigilancia del poder institucional o por su relevancia en la conformación de la opinión pública, los ha convertido en auténticos constructores de la realidad social. Teorías como la *Agenda Setting* han demostrado, a lo largo de los años, que dicha influencia se produce porque son los periodistas los que determinan qué asuntos poseen interés informativo, cuánta importancia les otorgan y cómo es tratada en sus páginas (McCOMBS y SHAW¹³⁴).

En este contexto también adquiere especial relevancia la teoría del *Framing*, que para SÁDABA GARRAZA “posee una función estructuradora del mundo”¹³⁵, pues esta se basa en los encuadres noticiosos que utilizan los medios para decidir cómo y qué información debe conocer el público, lo que condiciona la percepción de los receptores

¹³² STEDH, *Ziembinski c. Polonia*, núm.1799/07, de 5 de octubre de 2016, disponible para su consulta en <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164453>.

También resulta interesante la sentencia que destacan ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA en *Derecho Constitucional 2016* (p. 395), en la que el TEDH no duda en calificar a los medios como “perros guardianes de la democracia”. Se trata del caso *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹³³ STC 58/2018, de 4 de junio, disponible para su consulta en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534.

¹³⁴ McCOMBS y SHAW, *The Agenda-Setting Function of Mass Media 1972*, pp. 176-187.

¹³⁵ SÁDABA GARRAZA, *Origen, aplicación y límites de la teoría del encuadre 2001*, pp. 143-175.

sobre los eventos de la sociedad multicultural. Un ejemplo evidente es el caso de la migración, en el que VAN DIJK afirma que si los discursos difundidos por los medios son negativos, también los modelos mentales en general lo son: “Una vez que la gente acumula modelos racistas, estos pueden fácilmente generalizarse a actitudes e ideologías racistas del grupo dominante hacia el extranjero”¹³⁶.

Parece lógico entonces que la EAPN advierta de que “la imagen que se transmite a través de los procesos de comunicación puede crear sociedades de consenso y respeto, o de miedo y discriminación hacia las personas diferentes”¹³⁷. De hecho, ROBINSON SALAZAR no duda en afirmar que los medios han abogado por la construcción de esta última, pues cada vez más sus informaciones se basan en “producir miedo” a la población sobre la creación de un “enemigo oculto” que “vulnera nuestra seguridad personal y pone en riesgo el patrimonio social”¹³⁸.

Partiendo de la idea de BLESA ALEDO¹³⁹, que considera que los medios, ambicionados por el poder, se han convertido en una especie de “instrumento de control social, adoctrinamiento cultural, instrumento electoral y palanca de aceleración y propagación de los valores de una sociedad consumista”, BENÍTEZ-EYZAGUIRRE deduce que estos se han apropiado de “un régimen de verdad” en el que les es posible “denunciar el discurso de odio y disparar hacia afuera preservando lo propio, es decir, condenan el uso de este discurso a pesar de que lo utilizan constantemente”¹⁴⁰.

Buena prueba de ello la constituyen los titulares que recuperamos a continuación, referidos a la crisis migratoria que vive la ciudad de Ceuta desde mayo de 2021, y que parecen contribuir a la conformación de la sociedad del miedo y la discriminación al diferente:

¹³⁶ VAN DIJK, *Racismo y análisis crítico de los medios 1997*, *passim*.

¹³⁷ *Guía de Estilo sobre Aporofobia y Discursos del Odio: Comunicar sin discriminar 2020*: <https://www.eapn.es/publicaciones/422/guia-de-estilo-sobre-aporofobia-y-discursos-del-odio-comunicar-sin-discriminar>.

¹³⁸ ROBINSON SALAZAR, *La nueva estrategia de control social 2009*, *passim*.

¹³⁹ BLESA ALEDO, *La crisis de credibilidad de los medios 2006*, p.30.

¹⁴⁰ BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, *Enredados en el odio 2017*, *passim*.

“Ochenta subsaharianos entran a la fuerza en Melilla espoleados por la avalancha de Ceuta” (*ABC*, 2021)¹⁴¹.

“Avalancha migratoria en Ceuta: tiendas cerradas por miedo a saqueos y pedradas contra la Guardia Civil” (*El Confidencial Digital*, 2021)¹⁴².

Parece evidente entonces que las palabras (entrar a la fuerza, avalancha...), según quien las utilice y cómo las transmita a la sociedad, no son inocuas y, frente al tradicional adagio anglosajón, pueden llegar a ser tan lesivas para determinadas personas como palos y piedras¹⁴³.

Plenamente consciente del escenario esbozado, el Consejo de Europa ha señalado en numerosas ocasiones la alarmante importancia de los medios de comunicación en la propagación del discurso de odio punible.

Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Tolerancia (ECRI), a través de su Recomendación nº 15, asegura que “en la inmensa mayoría de los casos, el uso de discurso de odio se produce en los medios de comunicación”¹⁴⁴. En relación con esto, BENÍTEZ-EYZAGUIRRE va más allá al considerar que el odio, como estrategia del poder que es, no solo se encuentra y construye en los discursos propuestos por los medios, sino que hoy en día ya forma parte del ecosistema mediático a través de una política claramente definida: “Los medios dan amplitud al discurso del odio con su expansión en la comunicación horizontal, donde se abrigan quienes se sienten impunes pero también los observadores pasivos”¹⁴⁵.

¹⁴¹ Noticia disponible en el siguiente enlace: https://www.abc.es/espana/abci-ochenta-subsaharianos-entran-fuerza-melilla-espoleados-avalancha-ceuta-202105180936_noticia.html.

¹⁴² Noticia disponible en el siguiente enlace: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/seguridad/avalancha-migratoria-ceuta-tiendas-cerradas-miedo-saqueos-pedradas-guardia-civil/20210518095516242580.html>.

¹⁴³ *Sticks and stones may break your bones, but words will never hurt you.*

¹⁴⁴ Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

¹⁴⁵ BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, *Enredados en el odio 2017, passim.*

II.2.- Sobre las estrategias de propagación del discurso de odio en los medios

Atendiendo a la advertencia del Consejo de Europa sobre el papel de los medios en la divulgación del odio como discurso, el Observatorio del Discurso de Odio en los Medios de Comunicación ha identificado hasta nueve estrategias discursivas que se repiten en las informaciones publicadas por la mayoría de ellos¹⁴⁶, y que conformarían una auténtica política de difusión:

- 1) Aportan características de los actores (el origen, la etnia o la religión) que no son relevantes para la noticia.
- 2) Atribución de acciones negativas a las minorías vulnerables (que no llegan al insulto o la injuria).
- 3) Reproducción del esquema ellos-nosotros (cuadrante de polarización ideológica).
- 4) Se publican datos personales inapropiadas de los actores.
- 5) Trato caritativo (paternalista) de los actores.
- 6) Publicación de informaciones contradictorias sin desmentir ni rectificar.
- 7) Uso de fotografías o vídeos que no refuerzan el argumento del texto y tienen rasgos de espectacularidad.
- 8) La espectacularización de la información.

¹⁴⁶ El Observatorio del Discurso de Odio en los Medios de Comunicación es una iniciativa creada por el grupo de periodistas ‘Ramon Barnils’, con el objetivo de fomentar ‘la bona tasca periodística entre professionals del sector’, así como de dotar a la ciudadanía de recursos para que puedan llevar a cabo ‘una lectura en clau crítica dels mitjans’. Todos los materiales, disponibles en catalán, se pueden encontrar aquí: <https://www.media.cat/discursodimitjans/>.

9) Se usa un lenguaje que fomenta el odio (con incitación a la violencia, insultos o injurias) hacia el colectivo mediante la denominación de los actores o las acciones que se les atribuyen.

En todas ellas subyace una reflexión de importante calado que BENÍTEZ-EYZAGUIRRE resume en los siguientes términos: “Los medios han olvidado la información y han decidido apostar por el entretenimiento como discurso, como si ello fuera inocuo [...]. Se ha fomentado una idiotización que anula el espíritu crítico, y hace familiares y cotidianos mensajes que abonan el terreno de la posverdad”¹⁴⁷.

Es evidente que las condiciones en las que la mayoría de los periodistas se ven obligados a desempeñar su labor ha contribuido sobremanera a esta especie de “crisis de credibilidad” (BLESA ALEDO¹⁴⁸) que afecta a los medios de un tiempo a esta parte, y que se ha visto acrecentada por el tratamiento que han otorgado al discurso de odio: la organización del trabajo no sujeta a horarios y pendiente de la actualidad, la estratificación salarial que prima la existencia de periodistas estrella o el abuso de becas y prácticas para cubrir puestos de trabajo fijos son algunas de las principales causas de precarización que GARCÍA DE MADARIAGA y ARASANZ ESTEBAN¹⁴⁹ destacan del sector, sin olvidar la excesiva dependencia de la publicidad y las continuas injerencias de los poderes políticos y económicos en la labor de los medios de comunicación¹⁵⁰.

Una coyuntura que la ECRI no parece haber tenido muy en cuenta cuando en su Recomendación nº15 trata de corregir este clima de hostilidad y polarización planteado exhortando a los profesionales de la información a defender y cultivar “un periodismo

¹⁴⁷ BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, *Enredados en el odio 2017*, *passim*.

¹⁴⁸ BLESA ALEDO, *La crisis de credibilidad de los medios 2006*, *passim*.

¹⁴⁹ GARCÍA DE MADARIAGA y ARASANZ ESTEBAN, *Aprendices explotados 2018*, *passim*.

¹⁵⁰ A este respecto, se recomienda la lectura de JIMÉNEZ GARCÍA, *El director 2019*, donde el autor, antiguo director del diario *El Mundo*, detalla las presiones que sufrió durante su mandato. También profundiza en cómo las causas citadas han influido en la “crisis de credibilidad” en la que están inmersos los medios de comunicación, sin esperanzas de mejora a corto plazo.

de raíces éticas”¹⁵¹, pero no se dirige directamente a las empresas o conglomerados mediáticos que pueden asegurar las condiciones idóneas para que sus trabajadores, a la hora de informar, huyan de prácticas que podríamos identificar como propias del discurso de odio, una de las principales es, sin duda, la desinformación. IBARRA la define como “un arma de destrucción de la convivencia y de la cohesión social, además de un instrumento estratégico de quienes promueven la radicalización y el extremismo violento”¹⁵².

Frente a ella, la ECRI entiende que el periodismo ha de apostar por la veracidad informativa, concepto opuesto que ha de entenderse alejado del de “verdad absoluta”.

Según la doctrina, la veracidad se da por satisfecha cuando la información es transmitida previo contraste diligente de la misma, independientemente de que después sea contradicha o incierta. Por lo que la protección constitucional no recae sobre las informaciones ciertas, sino sobre las debidamente contrastadas, con el fin de que no sean simples rumores divulgativos.

Así lo establecen sentencias como la STC 21/2000, de 31 enero¹⁵³, en la que un artículo publicado por el diario *El Mundo* sostenía que los principales “cerebros” de ciertas irregularidades eran, entre otros, el presidente y vicepresidente de AESMIDE (Asociación de Empresas Suministradoras del Ministerio de Defensa), noticia que fue desmentida posteriormente. Los periodistas fueron demandados y ante las acusaciones sostuvieron que la información emitida era veraz, dado que realizaron las comprobaciones adecuadas. De igual forma se pronunció el tribunal en su FJ 5:

“Este Tribunal ha sostenido de forma reiterada que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a

¹⁵¹ Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

¹⁵² IBARRA, *Desinformación, intolerancia y discurso de odio 2019*, *passim*.

¹⁵³ Texto íntegro de la STC 21/2000, de 31 de enero, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4005>.

los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación (...).”

Por lo que la exigencia de veracidad no se encuentra relacionada con la verdad objetiva, sino con el ejercicio de una buena diligencia de contraste, que será digna de protección constitucional. Todo ello convierte a este elemento “integrante del derecho a la información, derivado del pluralismo y la concurrencia informativa” (CARRILLO¹⁵⁴), en un pilar básico de una sociedad que, correctamente informada y con espíritu crítico, se relacionará mediante el consenso y el respeto fraterno.

Esta idea fundamental sobre el valor de una información veraz, honesta, plural -y sobre la importancia de los que trabajan con ella- para la construcción de una sociedad tolerante, defensora de los derechos, la recogía perfectamente CARRILLO a raíz del análisis de la STC 61/81, de 26 de marzo: “Hoy, la información como derecho fundamental en el Estado social y democrático de Derecho ya no se concibe, simplemente, como un mero límite al ejercicio del poder político que asegure y proteja intereses individuales, sino que también expresa un conjunto de valores individuales que afectan al conjunto de la sociedad [igualdad, dignidad, libertad...] y que exigen de los poderes públicos una acción positiva para el aseguramiento de su ejercicio efectivo”¹⁵⁵.

II.3.- El derecho a la información: requisitos y especial referencia a la “doctrina del reportaje neutral”

A colación con lo anterior y para entender el papel que desempeñan los profesionales de la información en el tratamiento y difusión de los delitos de odio, especialmente de aquellos que llegan a la sociedad a través de las palabras (*hate speech*), es imprescindible no confundir el derecho a la información (Art. 20.1 d), y el derecho a la libertad de expresión (Art. 20.1 a) que examinábamos de forma superficial en epígrafes anteriores. Ello a pesar de que, como han demostrado las teorías de la *Agenda Setting* y el *Framing* (entre otras) la distinción entre los elementos fácticos y valorativos no

¹⁵⁴ CARRILLO, *Derecho a la información y veracidad informativa 1988, passim*.

¹⁵⁵ CARRILLO, *Derecho a la información y veracidad informativa 1988*, p. 187.

resulte pacífica. Así lo argumenta CARRILLO: “La mera selección de los hechos y la manera de presentarlos no deja de expresar, en la mayoría de ocasiones, apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre noticias y opinión deja frecuentemente de estar claramente definida”¹⁵⁶.

No obstante, la abundante jurisprudencia de nuestro TC en esta materia ha sido determinante a la hora de trazar las líneas divisorias entre estos derechos: por un lado, debemos tener presente que la libertad de información versa “sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables” (STC 105/1983, de 23 de noviembre¹⁵⁷, entre otras).

Por lo que en estos casos se enjuician o protegen “mensajes de hechos” o “noticias”, cuyo elemento preponderante sería la objetividad.

Mientras que la libertad de expresión “tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor” (STC 107/1988, de 8 de junio¹⁵⁸, entre otras). Así, las ideas y las opiniones serían los elementos objeto de examen, cuyo factor predominante haría referencia a la subjetividad¹⁵⁹.

Dicho lo cual, parece evidente que los requisitos exigidos para la protección preeminente de estas libertades sobre otros derechos con los que podrían entrar en conflicto (honor, dignidad...) son igualmente diferentes:

¹⁵⁶ CARRILLO, *Derecho a la información y veracidad informativa 1988*, p. 188 ss.

¹⁵⁷ STC 105/1983, de 23 de noviembre, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/233>.

¹⁵⁸ STC 107/1988, de 8 de junio, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1048>.

¹⁵⁹ Escapa al objeto de este trabajo la problemática existente en torno a las diferencias entre “hechos” y “juicios de valor”, que permite distinguir entre un tipo de libertad u otra. Si se desea profundizar en este tema se recomienda, entre otras, la lectura de BUSTOS GISBERT, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión 1994*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27279>.

La libertad de información debe basarse en informaciones que resulten de interés público para la ciudadanía y se apoyen en el concepto de veracidad al que aludíamos anteriormente (STC 139/2007, de 4 de junio¹⁶⁰, entre otras).

En relación con este requisito, es conveniente detenernos para aproximarnos a la denominada “doctrina del reportaje neutral”, una elaboración de la jurisprudencia cuya base permite exonerar al comunicador de desplegar el deber de comprobar dicha veracidad, cuando él mismo no es autor de la información, sino un puro transmisor de la misma.

Para ello, deben concurrir varias condiciones de obligado cumplimiento: en primer lugar, la identificación de la fuente (que puede ser una persona u otro medio de comunicación) de la que se toma la información que se publica.

La necesidad de citar la fuente obedece al interés de los destinatarios de la información en conocer de dónde procede esta, para poder formarse un juicio acerca de su veracidad que no está contrastada por el medio que la recibe y publica en último término (DE VERDA Y BEAMONTE y PARADA¹⁶¹).

La segunda exigencia se refiere a la no realización de ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido. En este sentido, la neutralidad puede quebrarse si el medio utiliza una manera de presentar la noticia que suponga una alteración relevante, lo que daría lugar a pensar que se ha reelaborado. DE VERDA Y BEAMONTE y PARADA se refieren, por ejemplo, “al uso de imágenes de personas que no aparecían mencionadas por la fuente original, o a la utilización de caracteres tipográficos desmesurados para plantear interrogantes sobre la honorabilidad del sujeto objeto de la información”¹⁶².

¹⁶⁰ STC 139/2007, de 4 de junio, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6106>.

¹⁶¹ DE VERDA Y BEAMONTE y PARADA, *La colisión entre el derecho al honor 2012*, *passim*.

¹⁶² DE VERDA Y BEAMONTE y PARADA, *La colisión entre el derecho al honor 2012*, pp. 134-135.

El tercer y cuarto requisito para la aplicación de esta doctrina presentan elementos fuertemente ligados entre sí: por un lado, y en línea con lo apuntado anteriormente, se requiere la no asunción de la noticia o declaración transmitida como propia por parte del medio que la reproduce; y por otro, tampoco se permite la inclusión de juicios de valor por este último. Es evidente que en ambos supuestos se trascendería el ámbito de la libertad de información para entrar en el de la libertad de expresión, cuyo objeto de protección y requisitos, tal y como veremos a continuación, son particularmente distintos.

Lo cierto es que esta doctrina ha alcanzado una gran repercusión a nivel europeo, paradigmática es la sentencia del TEDH referida al caso *Kacki v. Polonia*, de 4 de julio de 2017¹⁶³, los hechos expuestos de forma breve son los siguientes: un periodista de un periódico polaco recibió un correo electrónico en el que se denunciaban presuntos favores sexuales a cambio de trabajo por parte de algunos miembros del partido “Autodefensa de la República” que apoyaba al Gobierno polaco. Tras esto, decidió entrevistarse con la remitente.

En dicha entrevista, la interlocutora, entre otras afirmaciones, relató que un importante militante del partido le había ofrecido obtener un puesto de trabajo en la oficina de un eurodiputado a cambio de tener relaciones sexuales. Tras la publicación de la noticia, el europarlamentario, lesionado en su honor, decidió interponer acción penal contra el periodista, que fue condenado en primera instancia. Finalmente el asunto llegó al TEDH que, *grosso modo*, dio la razón al reportero al entender que se había lesionado su derecho a la libertad de prensa (art. 10 CEDH).

Así pues, el más alto tribunal de Europa reiteró la doctrina del reportaje neutral para exonerarlo de responsabilidad, pues “este únicamente se limitó a transcribir lo dicho por un tercero”.

No obstante a todo lo comentado, podríamos establecer un quinto y último requisito jurisprudencial que operaría como límite legítimo a la aplicación de esta doctrina: la

¹⁶³ STEDH *Case of KACKI v. POLAND*, de 4 de julio de 2017: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-174992%22%5D%7D>.

información o declaración reproducida por el medio no puede ser utilizada para difundir el discurso de odio. En este caso, tal y como argumenta CLIMENT GALLART, “el medio y el periodista sí podrían ser considerados corresponsables de lo dicho por el entrevistado en cuestión”¹⁶⁴. Pues, de lo contrario, la mera reproducción de este tipo de discurso, sin comprobar su contenido a pesar de que hoy en día los medios cuentan con numerosos recursos de verificación a su alcance, colocaría a los periodistas en una posición de “complicidad” o, si se prefiere, “asunción pasiva” de dicha información contraria a los valores democráticos. Lo que colisionaría abiertamente con su deber de servicio público; y acabaría convirtiéndolos en plataformas de difusión de una “intolerancia” que al no hallar resistencia a su paso, se impondría en una sociedad aparentemente tolerante.

Esta idea encuentra acomodo en la paradoja que explicaba el filósofo KARL POPPER en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*: “Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes [...]. Por ello, en nombre de la tolerancia, deberíamos reivindicar el derecho a no tolerar a los intolerantes”¹⁶⁵.

Sin embargo, ALCÁCER GUIRAO se muestra contrario a que “la defensa de la libre expresión de los intolerantes implique suscribir la intolerancia en sí misma”. El autor entiende que una democracia desarrollada presupone considerar al ciudadano como “ser racional, capaz de decidir sobre lo verdadero y lo falso, sobre lo bueno y lo malo”, de tal forma que si el Estado le protege contra el riesgo de que se publiquen ideas contrarias a los valores democráticos, “se estará manifestando una profunda desconfianza hacia el diálogo social”, que también es tarea de los medios fomentar, y “hacia la capacidad de los ciudadanos a adoptar racionalmente sus propias decisiones”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ CLIMENT GALLART, *De nuevo sobre el reportaje neutral 2017*, *passim*.

¹⁶⁵ POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos 1945*, *passim*.

¹⁶⁶ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio 2020*, p. 262.

II.4.- El derecho a la libertad de expresión: el discurso de odio como límite a su ejercicio

Centrándonos ahora en el derecho a la libertad de expresión, hemos de recordar que este se refiere a ideas, opiniones o juicios de valor. Si bien estas han de versar sobre cuestiones de interés general, como el derecho a la información, no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud. Y ello hace que, tal y como explican GUTIÉRREZ DAVID Y ALCOLEA DÍAZ, al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible “la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación”, sino una “suficiente base factual capaz de servir de presupuesto y soporte al juicio valorativo”¹⁶⁷, especialmente cuando las opiniones manifestadas hieren, ofenden o se oponen al sistema establecido.

Ahora bien, a pesar de las diferencias de interpretación y aplicación práctica entre el derecho a la información y la libertad de expresión, cabe recalcar la contundencia con la que el TC ha negado la legitimidad del discurso de odio referido a ambos:

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 (STC 136/1999, de 20 de julio¹⁶⁸).

Para estas autoras, resulta lógica la postura del TC en la medida en que el discurso de odio produce un efecto silenciador (*chilling effect*) en sus víctimas, pues esta clase de mensajes suelen generar una situación de intimidación o amenaza en los colectivos diana, lo que conlleva como efecto inmediato el silencio de estos.

¹⁶⁷ GUTIÉRREZ DAVID Y ALCOLEA DÍAZ, *El “discurso del odio” y la libertad 2010*, *passim*.

¹⁶⁸ Texto íntegro de la STC 136/1999, de 20 de julio, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-17665#:~:text=Sentencia%20136%2F1999%2C%20de%2020%20de%20julio%20de%201999.,-Recurso%20de%20amparo&text=avocado%20al%20Pleno).

Siguiendo a GUTIÉRREZ DAVID Y ALCOLEA DÍAZ, “el discurso del odio acaba coartando la propia libertad de la víctima a la que se dirige”¹⁶⁹.

De ahí que debemos preguntarnos cuál es la libertad -de información o expresión- de alguien que no puede ejercerlas con todas las garantías que acompañan, tanto a disfrutar de la información recibida como a hacerse escuchar en libertad. Sin embargo, al hilo también de la reflexión que hacía ALCÁCER GUIRAO sobre la tolerancia ante los intolerantes, también es necesario plantearnos otra cuestión: ¿limitar la libertad -en alguna de sus dos vertientes- del que “abusa” de ella ayudaría a preservar y ampliar la de aquel que no puede ejercerla?

CAPÍTULO III: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA A PARTIR DE TRES CASOS PARADIGMÁTICOS: ¿DISCURSO DE ODIO O MALA PRAXIS PERIODÍSTICA?

Muy pocos hechos son capaces
de decirnos su propia historia
sin necesitar comentarios
que pongan de manifiesto su sentido.

JOHN STUART MILL

Una vez expuestos los puntos claves referentes a la interpretación jurídica de los delitos de odio, así como la responsabilidad de los medios de comunicación en el tratamiento y difusión de aquellos de pura expresión (*hate speech*), es momento de analizar tres casos que han gozado de una amplia repercusión mediática por su relación con la regulación penal objeto de estudio, concretamente con el discurso de odio punible.

En este sentido, los objetivos que pretendemos alcanzar en este capítulo son los siguientes:

- En primer lugar, determinaremos si se cumplen los requisitos exigidos (conducta intencional, test de relevancia del riesgo -Plan de Acción de Rabat-, etc) para que cada caso propuesto se encuadre en la figura del art. 510.1 CP. Es decir, si nos encontramos ante un ejemplo práctico de un discurso de incitación al odio o, sin embargo, si se trata

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ DAVID Y ALCOLEA DÍAZ, *El “discurso del odio” y la libertad 2010*, p. 16.

de un uso desmedido del ejercicio a la libertad de expresión que no puede ser castigado penalmente.

- En segundo lugar, examinaremos la cobertura realizada por los medios de comunicación para comprobar si se ajusta a las claves de interpretación jurídica (qué información trasladan a la ciudadanía sobre la regulación penal del discurso de odio, si proporcionan las herramientas necesarias para identificar la concurrencia de los elementos del tipo, etc). También resultará imprescindible conocer si, en ocasiones, los propios medios actúan -de forma más o menos consciente- como canales de difusión de mensajes de odio hacia colectivos vulnerables o fomentan una amplia utilización de esta figura penal para casos que quedan fuera del objeto de tutela.

III.1.- Manifestaciones racistas contra un campamento de migrantes en Arguineguín

“No somos racistas, somos realistas” rezaba en una de las pancartas exhibidas en las manifestaciones convocadas durante noviembre de 2020 en la localidad canaria de Arguineguín. Estas protestas tienen su origen en los siguientes hechos: la ruta migratoria que conecta África con el suroeste de Gran Canaria se reactivó a finales de agosto del pasado año hasta convertirse en epicentro involuntario de miles de migrantes que se hacinaban en el muelle de Arguineguín, municipio turístico de Mogán, a la espera de poder entrar en la Península o de ser deportados a sus países de origen. La mala gestión de las llegadas terminó enfrentando a las Administraciones locales y a la población canaria con el Gobierno central.

Los medios de comunicación informaban sobre esta situación haciendo hincapié en “la oleada de pateras” llegadas a la costa canaria (*El Español*, 21/11/20)¹⁷⁰; “Lo nunca

¹⁷⁰ “Los 12 meses que Marlaska desoyó las llamadas de auxilio de Canarias ante una oleada de pateras”, noticia completa disponible en https://www.elespanol.com/espana/20201121/marlaska-desoyo-llamadas-auxilio-canarias-oleada-pateras/537447667_0.html.

visto: magrebíes con pasaporte y pidiendo hotel” (*El Confidencial*, 31/10/20)¹⁷¹; o “la tensión generada en España ante la llegada masiva de inmigrantes” (*Telesur*, 16/11/20)¹⁷².

Ante el clima descrito, se produjeron protestas encabezadas -entre otros- por varios miembros del partido de extrema derecha VOX, así como pronunciamientos en las redes sociales en contra de “la inmigración ilegal” o incitando a organizarse en grupos armados para defenderse de la “invasión” que estaban viviendo en las Islas¹⁷³.

Todo ello dio lugar a que la Fiscalía de Las Palmas decidiese abrir una investigación para averiguar si diversas expresiones publicadas podrían ser constitutivas de un delito de incitación al odio (510.1 CP) contra la población migrante. Así se hacía eco la prensa: “La Fiscalía investiga a los grupos que se organizaron para atacar a migrantes en Gran Canaria” (*Público*, 1/2/2021)¹⁷⁴; o “La Fiscalía investiga mensajes en redes sociales con llamamientos a agredir a los migrantes en Gran Canaria” (*RTVE*, 1/2/2021)¹⁷⁵.

Mientras se redactan estas líneas, todavía no se ha conocido pronunciamiento alguno de la Fiscalía sobre si se decidirá continuar con el procedimiento o se optará por el archivo del caso. No obstante, esto no es obstáculo para examinar algunas de las actuaciones

¹⁷¹ Enlace a la noticia completa: https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-31/canarias-inmigrantes-magrebis-hoteles-covid_2811175/.

¹⁷² Enlace a la noticia completa: <https://www.telesurtv.net/news/espana-tension-oleada-migrantes-costas-canarias-20201116-0023.html>.

¹⁷³ Sirva como ejemplo el siguiente tuit publicado por la cuenta oficial de VOX Las Palmas el pasado 1 de noviembre de 2020: “El pueblo de Arguineguín ha dado el pistoletazo de salida en las protestas por la inmigración ilegal y el abandono de los canarios. Consignas en contra del Gobierno, de la invasión migratoria, peticiones de ayuda al sector del turismo, de los empresarios”.

Enlace al comentario: <https://twitter.com/voxlaspalmas/status/1322828222564892683?lang=es>.

¹⁷⁴ Enlace a la noticia completa: <https://www.publico.es/politica/racismo-fiscalia-investiga-grupos-organizaron-atacar-migrantes-gran-canaria.html>.

¹⁷⁵ Enlace a la noticia completa: <https://www.rtve.es/noticias/20210201/fiscalia-investiga-mensajes-redes-sociales-llamamientos-organizarse-para-agredir-migrantes/2071480.shtml>.

descritas, con el objetivo de averiguar la existencia típica -o la falta- de un discurso de odio.

Cabe destacar que hemos escogido este supuesto porque los migrantes¹⁷⁶ forman parte del colectivo diana más tradicional y consolidado de este tipo de criminalidad (LANDA GOROSTIZA¹⁷⁷). Las expresiones a analizar son las siguientes, comprendidas como incitaciones -indirectas- a la comisión de delitos: "A partir de mañana vamos a salir de casa. Si vemos grupos de cuatro o cinco moros juntos, palizote. Grupos de cuatro o cinco juntos, palizote de nuevo. Se van a acabar los grupitos estos"; "Yo se lo digo claro, señores. Mañana vamos a reventar. Estamos preparados quince tíos, los vamos a reventar. Los moros van a morir, te lo digo así de claro"¹⁷⁸.

Desde la óptica de la reforma operada por la LO 1/2015, parece posible que ambas se sitúen en la conducta integrada en la modalidad delictiva de la letra a) del art. 510 CP (promover, fomentar o incitar) por su carácter de invitación pública indirecta a la comisión de un delito, no concreto contra un individuo, sino general (lesionar o perpetrar un homicidio en base a la anterior expresión de "Los moros van a morir") contra todos los miembros de un colectivo (población magrebí asentada en Arguineguín)¹⁷⁹.

Además, se cumple el requisito de que los inminentes o futuros ataques vayan dirigidos hacia un grupo entendido como vulnerable, según los marcadores grupales legalmente establecidos en el art. 510 CP (raza, etnia).

¹⁷⁶ A lo largo de este trabajo optamos por el empleo del término "migrante", por su carácter puramente neutro para explicar el fenómeno del desplazamiento de poblaciones, grupos o personas individuales. Profundizamos en las implicaciones de esta palabra [aquí](#).

¹⁷⁷ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 103 ss.

¹⁷⁸ "La policía investiga las quedadas para "perseguir" a inmigrantes en Canarias", *La Vanguardia* (26/1/2021), disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20210126/6198119/policia-investiga-quedadas-perseguir-inmigrantes-canarias.html>.

¹⁷⁹ En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona recuerda en su Auto 892/2016, de 29 de noviembre, que "[...] si bien no será necesario que se incite a cometer un hecho delictivo, bastando que lo sea a realizar actos de violencia, discriminación u odio, sí resultará preciso que, por las circunstancias del caso, el discurso genere un riesgo real y efectivo de producción de dichos actos". Texto íntegro disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a42ebe02da961060/20170227>.

Dicho lo cual, también se observa uno de los criterios contextuales clave para apreciar la tipicidad de la conducta -el del contenido grave, duro y explícito del discurso-. No obstante, tal y como recuerda LANDA GOROSTIZA, la conducta ha de tener “una capacidad incitatoria de paso al acto, de inminencia, de implicación de voluntades que hace crisis por afección de derechos fundamentales del colectivo objeto de diana”¹⁸⁰. O como recalca la Audiencia Provincial de Barcelona a través de su Sentencia 702/2018 de 8 de noviembre: “Solo cuando las palabras traducidas al contexto tienen la fuerza de despertar el odio, la violencia o la discriminación, entonces es legítima la intervención penal”¹⁸¹.

Con respecto a la intencionalidad de las expresiones, resulta obligatorio examinarlas según los parámetros establecidos en el test de relevancia de riesgo (antiguo Plan de Acción de Rabat recogido en la Recomendación nº 15 ECRI)¹⁸²:

En primer lugar, con respecto al parámetro del “contexto” en el que se utiliza el discurso, sería necesario aportar información probatoria sobre hasta qué punto existe un grupo de personas -migrantes asentados momentáneamente en Arguineguín- que va a resultar afectada por dicha incitación.

En segundo lugar, en relación a “la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás”, parece lógico afirmar que la incitación adquiriría una mayor capacidad de influencia en el caso de que fuese un líder político o religioso el que hubiese proferido dichas expresiones. Según las expresiones analizadas, entendemos que se trata de miembros de la población civil que se incitan unos a otros para “acabar con los moros”.

El tercer indicador enlaza con la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado. Tal y como comentábamos anteriormente, dada la crudeza del discurso (es provocativo, directo, se sirve de estereotipos negativos y estigmatizadores: “Si vemos grupos de

¹⁸⁰ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, pp. 105-106.

¹⁸¹ Enlace al texto íntegro de la sentencia: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b6ddf0f58cae4821/20200326>.

¹⁸² Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>, pp. 19-20.

cuatro o cinco moros juntos, palizote [...], se van a acabar los grupitos estos”), sí que presenta capacidad para incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación hacia el colectivo de los migrantes. Por lo que parece evidente que la conducta descrita sí que cumpliría con este parámetro.

El cuarto punto del test hace referencia al contexto en el que se expresan los comentarios específicos (si se trata de un hecho aislado o reiterado, o incluso si puede considerarse que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante un debate). Es cierto que la situación migratoria vivida en Arguineguín había alcanzado un punto álgido durante los últimos meses, lo que había provocado un debate social y mediático sobre la gestión gubernamental de las llegadas a la costa. Este escenario convierte a los comentarios publicados en reacciones específicas llevadas a cabo sobre un contexto igualmente concreto que, tampoco debemos olvidar, forma parte de una discusión abierta y enraizada en el tiempo sobre las políticas migratorias puestas en marcha por España en el seno de la Unión Europea.

El quinto punto enlaza directamente con la repercusión del medio utilizado para que, a través del análisis de este, comprobemos si el discurso puede o no provocar una respuesta instantánea de la audiencia. En este sentido, se ha de distinguir entre los mensajes difundidos vía WhatsApp (cuya capacidad de respuesta y paso al acto es menor porque no llegan a tantos usuarios de forma rápida e inmediata), y los publicados en redes sociales como Twitter (en este caso habría que tener en cuenta la cantidad de seguidores que siguen el perfil del sujeto que ha difundido dichas expresiones) o si se llevan a cabo en una manifestación pública, que entonces sí podrían alentar de forma instantánea al odio o a la violencia. En este caso, la Fiscalía explicaba a los medios que las expresiones se han difundido tanto por WhatsApp como por Twitter, pero los mensajes no han llegado a un número muy amplio de personas.

El sexto y último punto entronca con la naturaleza de la audiencia a la que va dirigido el discurso (si esta tiene o no los medios o si es propensa o susceptible de mezclarse en

actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)”¹⁸³. Dado el clima de incertidumbre, miedo y hostilidad imperante en Canarias, este parámetro también se entendería cumplido en la conducta analizada.

Cabe recordar que los tribunales han indicado en varias sentencias que si no se valora el riesgo a través de los criterios mencionados y si no se realiza el examen previo de la libertad de expresión o esta es infundada, se produciría entonces la vulneración de este derecho fundamental¹⁸⁴. Además, si examinados los puntos anteriores, todavía persiste alguna duda razonable sobre la relevancia penal de la conducta, como sucedería en este supuesto (recordemos los esfuerzos argumentales necesarios para demostrar que se cumplen varios de los parámetros del test de relevancia de riesgo), la decisión debería ser absolutoria con respecto al sujeto -o sujetos- autor de dichas expresiones. Así lo entiende la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 607/2018 de 7 de diciembre:

“Si surge surge la [...] duda razonable sobre si [las expresiones] tienen entidad bastante para lesionar el bien jurídico protegido, o estamos ante un uso en el límite del derecho a la libertad de expresión. [...], entendemos que ha de seguirse un principio análogo al *in dubio pro reo* del derecho penal: *in dubio pro libertate*. Es decir, ante la duda razonable que le surge de si estamos a un lado o al otro de la delgada línea roja, se inclina por la absolución”¹⁸⁵.

¹⁸³ Tal y como recordábamos en páginas anteriores, la Recomendación hace propio el “Plan de Acción de Rabat”, aprobado por la ONU en 2012, en el que fijaba un umbral para establecer adecuadamente qué tipo de expresiones constituyen discurso de odio. Sin embargo, la Recomendación va un poco más allá al reconocer en su párrafo 17 que “la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio. Es más, se considera que existe uso de discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos”. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

¹⁸⁴ Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 35/2020 de 25 de febrero, la STC núm. 104/1986 de 17 de julio; y la núm. 89/2010 de 15 de noviembre.

¹⁸⁵ Enlace al texto íntegro de la sentencia: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edc9729ff36a09cf/20190326>.

Una vez aplicadas las claves de la interpretación jurídica al supuesto concreto, que no creemos que sea constitutivo de un delito de incitación al odio, es momento de poner el foco en la cobertura informativa llevada a cabo.

Tras una revisión exhaustiva de las noticias publicadas por diferentes medios españoles (prensa, radio y tv) llaman la atención cuatro hechos singulares que detallamos a continuación:

1. A la hora de informar sobre este caso, se aprecia una confusión constante en relación a la terminología empleada: algunos medios hablan de un “posible delito de odio”: “La apertura de una investigación por posibles delitos de odio contra varios de los participantes” (*Público*, 1/2/2021)¹⁸⁶; otros lo identifican con un ejemplo claro de “discurso de odio”: “El discurso de odio vertido por organizaciones de extrema derecha durante meses ha caldeado los ánimos de varios vecinos” (*La Marea*, 22/1/2021)¹⁸⁷. Mientras que diversas cadenas apuestan por el empleo de la expresión “mensajes de odio”: “La Fiscalía investiga mensajes de odio en redes sociales con llamamientos a agredir a los migrantes en Gran Canaria” (*RTVE*, 1/2/2021)¹⁸⁸ o “Se investigan mensajes de odio difundidos a través de las redes sociales instando a atacar a personas migrantes en Gran Canaria, donde se han producido manifestaciones contra su llegada” (*La Sexta*, 3/2/2021)¹⁸⁹.

Hasta que se conozca pronunciamiento judicial sobre dichas actuaciones, creemos que lo recomendable sería descartarse por la utilización de expresiones como “mensajes que podrían incitar a la violencia” o en todo caso “mensajes odiosos”; y evitar aquellas que hablan de un “posible delito de odio” o “discurso de odio”, pues con ellas ya se induce a

¹⁸⁶ Noticia antes citada: <https://www.publico.es/politica/racismo-fiscalia-investiga-grupos-organizaron-atacar-migrantes-gran-canaria.html>.

¹⁸⁷ “Estamos armados hasta arriba. Los moros van a morir”: los audios de las cacerías racistas en Gran Canaria. Texto íntegro de la noticia disponible en <https://www.lamarea.com/2021/01/22/moros-morir-audios-cacerias-racistas-gran-canaria/>.

¹⁸⁸ Noticia disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20210201/fiscalia-investiga-mensajes-redes-sociales-llamamientos-organizarse-para-agredir-migrantes/2071480.shtml>.

¹⁸⁹ Noticia disponible en https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/investigacion-la-organizacion-de-agresiones-xenofobas-contra-migrantes-en-canarias_20210203601acc2fc7101f00014bcf21.html.

la ciudadanía a pensar en torno a la comisión de un delito que únicamente se ha procedido a investigar.

En este sentido, también resulta relevante recordar la diferencia entre un delito de odio (tipo genérico que engloba tanto los actos de odio -recogidos en la agravante del art. 22.4º CP- como aquellos cometidos mediante palabras -art. 510.1 CP-). Es preciso especificar ante qué tipo penal nos encontramos (y tratar de encuadrarlo en un apartado concreto del mismo) para no generar confusión ni alarmismo entre la ciudadanía, pues evidentemente no posee el mismo impacto (ni el mismo castigo) el hecho de incitar a cometer un acto violento que directamente agredir a alguien en base a su condición de migrante.

Además, la Recomendación nº 15 ECRI insta a los medios a que utilicen en sus informaciones la definición de discurso de odio que se encuentra en dicha Recomendación¹⁹⁰, pues es consciente de que “la ignorancia y dominio insuficiente que presentan los medios en esta materia [...] pueden explotarse para fomentar el uso del discurso de odio sin que se aprecien plenamente su auténtica naturaleza y sus consecuencias”.

2. Desde que nos adentramos en el estudio de la figura de los delitos de odio, especialmente en los correspondientes al *hate speech*, nos pareció preocupante comprobar que los medios de comunicación nunca hacían uso -ni recomendaban a la ciudadanía para que identificase por sí misma- de las herramientas jurídicas (el test de relevancia de riesgo, por ejemplo) para verificar si el hecho del que informaban realmente podía ser constitutivo de un delito.

¹⁹⁰ “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas- por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>, p. 18.

Es indudable la complejidad que supone chequear los supuestos con los parámetros establecidos por el Plan de Acción de Rabat y la Recomendación nº 15 ECRI, pero también es evidente que, a primera vista, muchos de los casos que la prensa tilda como ejemplos de “discurso de odio” no pasarían el test de relevancia de riesgo. Observemos estas dos noticias relacionadas con la problemática de Arguineguín: “No descansar hasta expulsar al moro invasor: dos años de cárcel por incitar al odio en las redes” (*El País*, 22/4/2021)¹⁹¹. En este titular, de nuevo se aprecia el empleo de los términos “delito de incitación al odio”, a pesar de que la condena todavía no es firme; y aunque a lo largo de la información se alude al discurso de odio punible en el art. 510.1 CP, en ningún momento se menciona la intencionalidad de la conducta ni, por supuesto, el examen previo del ejercicio legítimo de libertad de expresión que han de realizar los tribunales... ni los indicadores del test de relevancia de riesgo que tienen que pasar obligatoriamente las expresiones publicadas en Twitter.

Otro ejemplo interesante, y completamente opuesto al anterior, lo hallamos en la noticia difundida por la cadena *Antena 3* en la que informa sobre la tensión vivida en el muelle de Arguineguín mediante el uso del verbo “increpar”: “Un grupo de 80 jóvenes increpa a unos inmigrantes que se alojaban en un hotel de Arguineguín, en Canarias”¹⁹². En este caso, la cadena opta por presentar los hechos de forma neutra sin alusiones al tipo penal concreto en el que se encuadrarían las actuaciones. Tampoco incorpora valoraciones personales que pudiesen inducir a la audiencia a pensar en una determinada dirección.

Dado el prolífico debate existente en la doctrina en torno a la naturaleza e interpretación de los delitos de odio, se debe exigir a los medios de comunicación que se hagan eco de estas dificultades y las trasladen a la ciudadanía para que cuando estos se topen con noticias que titulan: “El Parlamento canario rechaza el ‘discurso de odio’” (*Europa Press*, 27/4/2021)¹⁹³, seamos conscientes del enorme entramado jurídico-penal que acompaña a esta figura.

¹⁹¹ Noticia disponible en <https://elpais.com/espana/2021-04-22/no-descansar-hasta-expulsar-al-moro-invasor-dos-anos-de-carcel-por-incitar-al-odio-en-las-redes.html>.

¹⁹² Noticia disponible en https://www.antena3.com/noticias/sociedad/grupo-jovenes-increpa-inmigrantes-que-alojaban-hotel-arguineguin_202012125fd5050059ccfa00017c115b.html.

¹⁹³ Noticia disponible en <https://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-parlamento-canario-rechaza-discurso-odio-insta-investigar-autoria-cartas-balas-20210427120448.html>.

Por lo tanto, la especialización de los medios en esta materia se erige como un elemento urgente y necesario para realizar una cobertura honesta, rigurosa y veraz, sin duda, una herramienta clave en la lucha contra la propagación de las diferentes formas del odio en la sociedad.

3. La falta de conciencia y conocimiento de los medios en torno a los delitos de odio no es el elemento más grave detectado en este análisis. Pues lo inquietante es que a veces son los propios medios los que se convierten en plataformas de ciertos mensajes que constituyen la antesala al discurso de odio, ya que deciden informar exhaustivamente sobre proclamas que difunden organizaciones y partidos de extrema derecha: “Abascal arremete contra la inmigración ilegal: «Hay que exigir su deportación inmediata si es necesario” (16/12/2020)¹⁹⁴.

En esta noticia, publicada en el diario *ABC*, se da todo lujo de detalles sobre la opinión de un líder político que siempre se ha caracterizado por un profundo rechazo hacia la migración¹⁹⁵. Así, el periódico reproduce expresiones pronunciadas por el dirigente de VOX: “Debemos impedir el paso de un solo inmigrante ilegal más”, o “El presidente de VOX ha felicitado y agradecido a los Gobiernos de Hungría y Polonia por «hacer frente a la dictadura ‘progre’ y al rodillo de Bruselas””.

¹⁹⁴ Noticia disponible en https://www.abc.es/espana/abci-abascal-aprovecha-debate-europa-para-arremeter-contra-inmigracion-ilegal-202012161127_noticia.html.

¹⁹⁵ Cabe destacar la polémica suscitada a raíz de un cartel colocado por el citado grupo VOX, en la estación de Cercanías de Sol en Madrid. En él se podía leer: “Un mena 4.700 euros al mes, tu abuela 426 euros de pensión/mes”, la alusión hacía referencia a los menores extranjeros no acompañados que, a raíz de este suceso, han sido objeto de un aumento de mensajes de odio, tal y como podemos observar aquí: <https://www.elperiodicodearagon.com/sociedad/2021/05/13/crecen-mensajes-odio-redes-menas-51793360.html>.

Tras estos incidentes, la Fiscalía abrió una investigación para dilucidar la existencia de un delito de discurso de odio aunque finalmente se decretó el sobreseimiento del caso. Lo cierto es que aunque se trate de un colectivo vulnerable (menores migrantes), cobre relevancia la situación estratégica del cartel y no se pueda negar la alta difusión que tuvo entre la audiencia, reviste de una gran complejidad probar la incitación (en este caso indirecta) a partir de una comparación entre extranjeros y autóctonos (personas mayores, teniendo en cuenta que este ha sido uno de los grupos más afectados por el COVID-19). Así lo entendió la jueza encargada del caso, que además apuntaba al clima de elecciones generales preponderante en la capital española, la falta de apreciación de peligro en cuanto a que el cartel pudiese incitar actos violentos inmediatos, etc. De ahí que finalmente se declarase la suspensión del procedimiento judicial: <https://www.telemadrid.es/elecciones/juez-delito-cartel-Vox-menas-0-2336766304--20210430105134.html>.

Téngase en cuenta también otro titular publicado por el diario *El Español* para informar sobre los mismos hechos: “Vox exhibe su discurso más duro contra la inmigración ilegal: ‘No vienen a aportar nada’” (16/12/2020)¹⁹⁶.

La literalidad de los términos y la omisión de juicios de valor por parte de ambos rotativos nos sitúan ante ejemplos de la denominada “doctrina del reportaje neutral”, explicada detalladamente en epígrafes anteriores. No obstante, huelga recordar que el discurso de odio se erigía como límite a este mecanismo de exoneración de la responsabilidad de los medios en la difusión de informaciones que pudiesen vulnerar el derecho al honor de determinados colectivos o personas.

El Código Ético Europeo para medios de comunicación recuerda que los periodistas no solo deben evitar “reproducir directamente el discurso de odio”, sino que en situaciones como esta, que pueden servir de “caldo de cultivo” o en las que se siembre “la semilla” para el florecimiento de cualquier forma de odio, “se ha de contextualizar y desafiar dicho discurso”¹⁹⁷. Premisas que echamos de menos en los titulares reproducidos por los diarios *ABC* y *El Español*, en los que no exageramos al afirmar que destacando en portada expresiones literales como “Los inmigrantes no vienen a aportar nada” o reproduciendo, sin contrastar, argumentos como “Los españoles ven a inmigrantes en aviones que les pone el Gobierno yendo donde les da la gana, mientras ellos sufren un estado de alarma permanente...”, sirven de altavoz a la difusión de mensajes de índole racista, y se alejan de “la condena específica, inmediata y sin reservas del uso de odio en cualquiera de sus manifestaciones”, que según el Consejo de Europa, han de llevar a

¹⁹⁶ Noticia disponible en https://www.elespanol.com/espana/politica/20201216/vox-exhibe-discurso-inmigracion-ilegal-no-aportar/543946053_0.html.

¹⁹⁷ En la misma línea se sitúa el Observatorio del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación que recomienda a los medios evitar reproducir discursos discriminatorios a través de citas literales: “Si se quiere dar voz a este tipo de discurso, por el motivo que sea, hay que ponerlo en contexto y contrarrestar los mitos, los estereotipos y la atribución de acciones negativas con datos o con argumentos que hagan frente a las afirmaciones en cuestión”. Acceso a los materiales del Observatorio: <https://www.media.cat/discursosdiscriminatoris/>.

cabo los medios de comunicación¹⁹⁸. La Recomendación nº 15 ECRI así lo dispone: “La condena clara del uso de discurso de odio, por parte de los medios, es necesaria no solo porque su uso es inaceptable en una sociedad democrática sino porque sirve para reforzar los valores en los que se basa dicha sociedad. Esta réplica no solo tiene que decir que el uso de discurso de odio está mal, sino que tiene que subrayar por qué es antidemocrático [...]. Estas condenas son especialmente factibles en los medios de comunicación online ya que hay diferentes vías para reaccionar a lo que se está difundiendo”¹⁹⁹.

En este contexto, creemos que cuando los medios deban comunicar, en interés de la pluralidad consagrada en el art. 20 CE, noticias relacionados directa o indirectamente con mensajes de odio, discriminación u hostilidad hacia las minorías, resultan de utilidad algunas de las pautas que elaboraron RIVAS NIETO y F. PLAZA para informar sobre terrorismo sin perder “la responsabilidad democrática” que poseen como “contrapoder” o “perros guardianes de las instituciones”²⁰⁰:

¹⁹⁸ Otro aspecto determinante en la actuación de los medios como plataformas de difusión del odio es el hecho de que permitan las respuestas anónimas a las noticias publicadas en sus páginas web. Los usuarios, animados por la ausencia del requisito de identificarse, suelen proferir expresiones de todo tipo contra colectivos vulnerables. Sirva como ejemplo un comentario publicado en respuesta a la noticia de *El Español* sobre el discurso de Santiago Abascal: “Serán muy subnormales los que piensen que los oscuros vienen a aportar” (usuario que firma como “Jose Mari”, 17/12/2020); o este otro: “Y tanto que no. Solo delincuencia y mala educación. Gentuza” (usuario que firma como “José Luis”, 17/12/2020), refiriéndose ambos a la población migrante.

En este sentido, el Consejo de Europa recomienda a los medios “impedir los comentarios anónimos en las condiciones de uso para foros de Internet”, ya que de esta forma, se contrarrestaría también el discurso que “las personas hostiles a esos grupos” propagan en medios a los que tienen “un acceso privilegiado”. Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

¹⁹⁹ Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

²⁰⁰ RIVAS NIETO y F. PLAZA, *Pautas para la cobertura periodística 2015*, *passim*.

1. No hay que difundir mucha información sobre terrorismo. Lo que viene a significar para el caso que nos ocupa que los medios no deben difundir, de forma desmesurada, mensajes de odio que haya pronunciado un tercero o servir como plataforma para que esos mismos propaguen continuamente programas o idearios contrarios a los derechos humanos. Pues, desde el punto de vista jurídico, el discurso de odio puede ser punible en casos específicos siempre y cuando se aprecien los elementos del tipo, pero esto no otorga carta blanca a los medios para difundir irresponsablemente otro tipo de discursos -directa o indirectamente- relacionados.

2. No hay que incurrir en el silencio informativo. Se ha de encontrar cierto equilibrio entre el punto anterior y aquellos que apoyan la omisión de noticias de este tipo. Los medios han de comunicar el aumento de mensajes de odio u hostilidad por parte de los usuarios de las redes sociales o identificar a aquellos personajes públicos que fomentan esta clase de discurso que podría llegar a ser castigado. Pero, como explicábamos en puntos anteriores, deben utilizar las herramientas de interpretación jurídica puestas a su alcance: utilizar la terminología adecuada al caso concreto -delito de odio, acto de odio, discurso de incitación al odio, etc-; emplear la definición de discurso de odio que recoge la Recomendación nº15 ECRI, comparar los hechos que constituyan la noticia con los parámetros del test de relevancia de riesgo, buscar la réplica de los colectivos objeto de odio, etc. En definitiva, especializarse en la materia para informar con responsabilidad.

3. Debe prevalecer el relato de los hechos. Si se desconoce el tipo penal en el que podría encuadrarse un hecho o no se ha obtenido más información al respecto, entonces se debe evitar hablar de un delito hasta que se conozca el pronunciamiento judicial determinado. También resultaría de utilidad para la población que los medios enlazasen el texto completo de las sentencias cuando estas se publiquen²⁰¹. Así, por un lado, los ciudadanos podrán comprobar la fidelidad con la que se han relatado los hechos por parte de los medios. Por otro lado, se acercaría la interpretación jurídica a la

²⁰¹ Obsérvese este ejemplo cuyo contenido será objeto de análisis en epígrafes posteriores: “Condenado a dos años y medio de cárcel por tuitear mensajes machistas” (*El País*, 16/2/2018). A lo largo de la información, el diario no enlaza en ningún momento la sentencia o la nota de prensa facilitada por el tribunal correspondiente, ni alude a los fundamentos jurídicos que dan razón del fallo.

población para que los interesados en la materia puedan comprender cómo los operadores jurídicos abordan esta figura y, sobre todo, aprendan a identificarla por ellos mismos.

Por último, nos parece acertada la recomendación que realiza el Observatorio del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación²⁰² para reforzar el papel de estos en la lucha contra el *hate speech*: “Para contrarrestar el aumento de odio hacia el diferente también resulta necesario que los medios dediquen espacio a las noticias que apuestan por la interculturalidad; o que se hagan eco de historias de éxito que son un ejemplo a seguir”²⁰³. Y es que todo lo expuesto en estas pautas se podría resumir en una especie de oxímoron que debe guiar la actuación de los medios: ante situaciones de discriminación: investigación y denuncia.

III.2.- Un chat de ex militares en el que se insta a fusilar a “26 millones de españoles”

“Yo lo he leído [un libro de Pío Moa, *Mitos de la Guerra Civil*], como buen facha, y si es verdad lo que dice (para mí sí lo es) no queda más remedio que empezar a fusilar a 26 millones de hijos de puta”. Este mensaje pertenece a un grupo de WhatsApp del que formaban parte altos mandos militares retirados. En concreto, estas palabras fueron enviadas desde el teléfono móvil del antiguo general Francisco Beca; y salieron a la luz el pasado mes de diciembre de 2020.

Otros de los mensajes que fueron publicados, en exclusiva, por el diario *Infolibre* no solo arremetían contra los españoles que profesan una ideología de izquierdas, sino que hablaban de “desviar un vuelo caliente de las Bárdenas a la casa sede de estos hijos de puta...” (aludiendo a la Asamblea Nacional Catalana) o incluso de “empezar a hacer algo -legal o ilegal- contra ellos”.

²⁰² Acceso a los materiales del Observatorio: <https://www.media.cat/discursosdiscriminatoris/>.

²⁰³ Sirva como ejemplo esta noticia que, a principios de junio de 2021, se hacía eco del periplo de Anas Al Khalifa, un refugiado sirio que se ha convertido en deportista de élite: <https://www.paralympic.org/es/news/deporte-convierte-oscuridad-en-luz-para-atleta-refugiado-sirio>.

Tras la controversia originada por estas informaciones, el Ministerio de Defensa decidió remitir a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el contenido del chat para constatar si los hechos reflejados eran constitutivos de un delito de odio cometido mediante el uso de palabras, concretamente de incitación a la violencia (art. 510.1. a) CP)²⁰⁴.

En marzo de 2021, la Fiscalía decretó el archivo de las investigaciones²⁰⁵ al no apreciar la concurrencia de elementos que permitiesen inferir la existencia de un delito de esta clase. Una decisión, a nuestro juicio, acertada pues no se dan dos requisitos de obligado cumplimiento para que la situación se encuadre en el tipo penal de art. 510.1 a) CP:

- En primer lugar, no se aprecia el carácter de “fomento, promoción o incitación pública directa” a la comisión de un delito. Pues nos encontramos ante un chat privado en el que los integrantes, tal y como expone el escrito de la Fiscalía, comparten sus opiniones en libertad “sin que exista voluntad alguna de dar publicidad a las mismas fuera de dicho grupo; y en la confianza de estar entre amigos”. Los mensajes, que parecen fruto de la exaltación del momento, no presentan capacidad incitatoria de paso al acto de manera inminente, ya que no se habla de formas de organizarse para cristalizar tales pensamientos ni de la necesidad de difundirlos a terceros para llegar a un público más amplio que apoye dicha “causa”.

Es por ello que el supuesto se enmarcaría dentro del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión que, como hemos tratado de reflejar a lo largo de estas páginas, posee un campo de acción más amplio que el referido a la libertad de información para cuyo contenido sí se exige el cumplimiento del requisito de la veracidad.

En este caso, la Fiscalía identifica los hechos con una “emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, donde la veracidad no entra en juego, puesto que las ideas y opiniones no pueden ser calificadas como veraces o inveraces en

²⁰⁴ El Ministerio de Defensa informó sobre ello a los medios de comunicación: https://cadenaser.com/ser/2020/12/03/tribunales/1606984205_607700.html. (*Cadena SER*, 3/12/2020).

²⁰⁵ La Fiscalía informaba a los medios de comunicación a través de un comunicado del que se hizo eco, en primer lugar, la *Agencia EFE* (3/3/2021): <https://www.efe.com/efe/espana/politica/la-fiscalia-no-ve-delito-de-odio-en-el-chat-exmilitares-y-archiva-investigacion/10002-4478769>.

una sociedad democrática avanzada”. Pues de lo contrario, estaríamos castigando un supuesto delito de pensamiento, una práctica prohibida en nuestro Estado social y democrático, ya que es propia del Derecho penal de autor que choca frontalmente con la protección de derechos fundamentales como la libertad o la dignidad humana.

Cabe subrayar que este caso se diferencia del supuesto analizado en el epígrafe anterior en el que la incitación a lesionar/agredir a los migrantes asentados en Arguineguín no formaba parte de las ideas compartidas en un chat privado, sino que se “pretendía” la difusión de las mismas para ganar “adeptos” a través de WhatsApp y de las redes sociales. Y a pesar de la gravedad del discurso, los comentarios no cumplían todos los parámetros del test de relevancia (especialmente los referidos al contexto y a la capacidad de influencia del emisor) para apreciar un riesgo evidente en la intencionalidad de los mensajes.

Sin embargo, el caso actual es completamente distinto, pues se sobreentiende que un integrante del grupo ha filtrado o facilitado el acceso a los mensajes a un medio de comunicación para que, sin el conocimiento de los demás, este dé a conocer a la ciudadanía opiniones quizá desagradables u ofensivas, pero que no revisten de tal peligro que inciten a un tercero a llevarlas a cabo. Así lo entiende la Fiscalía en su argumentación: “La intencionalidad de los mensajes no puede ser equiparada a actos materiales del mundo exterior”.

- En segundo lugar, cabe señalar que la conducta ha de realizarse contra un grupo de los recogidos en el art. 510.1 a) CP. Si bien es cierto que en el precepto se hace referencia a la “ideología” como un motivo en base al cual se puede llevar a cabo la incitación al odio, violencia o discriminación, en la conversación solo se habla de “fusilar a 26 millones de hijos de puta”. Las alusiones a la República y las críticas sobre el respaldo de cierto sector de la población al Gobierno actual permiten deducir que se trata de los votantes o simpatizantes de izquierdas, pero en el discurso no se explicita de forma clara y concluyente que ellos sean la diana de esos posibles ataques.

A la falta de intencionalidad manifiesta, ha de añadirse la circunstancia de que es la primera vez que se conoce la existencia de estos mensajes, a los que la Fiscalía califica de “comentarios aislados sin posibilidad de contextualizarlos”.

Este hecho entronca con los indicadores del test de relevancia de riesgo que se han de cumplir para reconocer en esos mensajes una conducta grave de incitación al odio. Un análisis breve de los mismos nos permite inferir que no se produce tal conclusión: ni es relevante el contexto en el que se utiliza el discurso, pues no existe un clima de tensión preocupante entre los sectores ideológicos de la población, como tampoco es significativa la capacidad que posee la persona que envía los mensajes para ejercer influencia en los demás, pues todos participan del chat sin que en ningún momento se identifique a alguien que ejerza como líder del grupo o se deduzca que la charla pronto vaya a materializarse.

Además, la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado parecen el resultado de una conversación acalorada, donde impera cierta fraternidad entre todos los asistentes que secundan y defienden con fervor las opiniones manifestadas, que se alinean con una ideología conservadora. Con respecto al contexto de los comentarios específicos, ya hemos comentado que estos son fruto de un hecho aislado, pues no se conocen con anterioridad comentarios de la misma índole. Por último, el medio utilizado obedece a una conversación privada “entre amigos”, de lo que cabe esperar que ellos sean los únicos destinatarios de sus mensajes, por lo que la naturaleza de la audiencia se reduce a este conjunto reducido de personas que, en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, “carece de esa capacidad de provocar o incitar a un colectivo a cometer actos delictivos”²⁰⁶.

Lo cierto es que aunque los antecedentes jurídicos de chats privados son escasos en nuestra jurisprudencia, en 2017 la Audiencia Provincial de Madrid ya archivó un caso en el que policías municipales compartieron en un chat mensajes de odio contra la ex alcaldesa madrileña Manuela Carmena. Como ha sucedido ahora, la Fiscalía entendió

²⁰⁶ Así lo afirma el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, consultado por la *Agencia EFE* sobre el caso que nos ocupa: <https://www.pressreader.com/spain/europa-sur/20201205/281913070684508>.

entonces que estos hechos pertenecían “al ámbito privado” de los participantes, sin que pudiese existir por tanto capacidad incitatoria alguna²⁰⁷.

Si hemos escogido este caso para analizar es por la relación que guarda con la sorprendente y novedosa utilización que se está llevando a cabo del art. 510 CP para calificar conductas que hasta la fecha quedaban fuera del ámbito de protección de la norma. Se trata, tal y como explica LANDA GOROSTIZA, de “instrumentalizar la legislación de odio en favor de la protección de colectivos que, lejos de situarse en la línea de minorías vulnerables, se inscriben en grupos investidos de autoridad o en el ejercicio de determinadas funciones públicas”²⁰⁸.

Si en el presente supuesto de los ex militares ya apreciábamos una clara desviación del objeto de tutela, en la mención anterior a la ex alcaldesa o en los conocidos sucesos de Alsasua²⁰⁹ parece evidente que se está produciendo una orientación interpretativa abusiva de los tipos penales anti-odio. En este sentido, la Recomendación nº 15 ECRI ya advertía de la necesidad de velar para que el discurso de odio no se aproveche “ni para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas”²¹⁰. Sin duda, y a pesar de la dureza de las palabras, el contenido del chat de los ex militares no deja de ser la exteriorización de una crítica personal a la política

²⁰⁷ De esta resolución se hacían eco varios medios como el diario *La Vanguardia* (4/12/2020) al informar sobre el caso actual: <https://www.lavanguardia.com/politica/20201204/49867137963/el-dificil-recorrido-juridico-del-chat-de-los-exmilitares.html>.

²⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 100 ss.

²⁰⁹ Se trata de una serie de agresiones que llevaron a cabo miembros afines a la Izquierda Abertzale contra dos guardias civiles en la localidad navarra de Alsasua, en 2016. *Grosso modo*, los hechos fueron calificados como indiciariamente constitutivos de un delito de provocación al odio (art. 510 CP) dirigido a atemorizar a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FFCCSE) que, indudablemente, no forman parte de los colectivos vulnerables protegidos por el precepto. El texto íntegro de la STS 3124/2019 sobre el caso se puede consultar aquí: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e04b65357775da42>.

²¹⁰ Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

En este sentido, tal y como entiende LANDA GOROSTIZA en *Los delitos de odio 2018*, creemos necesario incluir en la legislación una disposición que refleje que la persecución penal no se puede utilizar para reprimir este tipo de conductas.

actual del Gobierno español. En términos similares lo reflejaba la Fiscalía en su escrito: “Al final, se trata de una forma de expresar un descontento con la situación política actual”.

Sin embargo, no parecieron comprenderlo así los medios de comunicación, cuya cobertura informativa cumplió con varios de los puntos que destacábamos en el análisis del supuesto anterior: se vuelve a apreciar una confusión continua en la terminología empleada a la hora de informar sobre la noticia: *RTVE* apuesta por el término genérico “delito de odio” (3/3/2021)²¹¹ para sugerir que los hechos podrían ser constitutivos del mismo, así como la inmensa mayoría de medios que se hacen eco de la noticia.

Por su parte, los diarios *El Confidencial* y *eldiario.es* titulaban: “La Fiscalía investigará un supuesto delito de discurso de odio” (ambas noticias del 3/3/2021)²¹².

También llama la atención que sean muchos los medios los que informen sobre la noticia limitándose a reproducir la información facilitada por las autoridades sobre el caso, sin añadir párrafos que profundicen en los hechos, aporten contexto o presenten el testimonio de expertos en la materia. Observemos a modo de ejemplo este fragmento idéntico en las informaciones publicadas por *El Confidencial* y *Eldiario.es*:

“Según ha informado la Fiscalía de Madrid, los mensajes que aparecen en un chat ‘privado’ formado por miembros de la XIX promoción de la Academia General del Aire no suponen ese delito porque sus integrantes exponen opiniones a los demás participantes ‘con libertad’ y ‘en la confianza de estar entre amigos’, sin que exista voluntad alguna de publicitarlas fuera de ese ámbito”.

La falta de personal y recursos para cubrir el escenario político-social, así como la escasa especialización de aquellos con los que cuentan los medios de comunicación serían algunas de las razones que explicarían la precaria y deficiente redacción de esta noticia.

²¹¹ Titular disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20210303/fiscalia-no-ve-delito-odio-chat-militares-retirados-archiva-investigacion/2080270.shtml>.

²¹² Enlace a la noticia del *diario.es*: https://www.eldiario.es/politica/fiscalia-no-ve-delito-mensajes-ex-altos-mandos-ejercito-fusilamientos-archiva-investigacion_1_7270150.html.
Enlace a la noticia de *El Confidencial*: https://www.elconfidencial.com/espana/2021-03-03/la-fiscalia-no-ve-delito-de-odio-en-el-chat-de-exmilitares-y-archiva-la-investigacion_2975960/.

Otro aspecto revelador del tratamiento llevado a cabo por los medios sobre este supuesto, y que lo distingue claramente del caso de las incitaciones a migrantes, es que aquí ha sido directamente la prensa, sin la intervención de las redes sociales, la que ha puesto en conocimiento de la ciudadanía el contenido de estos mensajes.

El periódico *InfoLibre* fue el diario que se hizo eco en exclusiva de tales comentarios e informó sobre ellos aludiendo al discurso de odio. Lo que inducía a los lectores a pensar, desde primera hora, que se trataba de un delito. Veamos un fragmento de una de las informaciones publicadas por el rotativo: “Lo que en verdad desvela el chat es justo lo contrario: la afinidad de algunos de sus integrantes con la ultraderecha y el franquismo. En los mensajes, a los que ha podido acceder en exclusiva *infoLibre*, hay referencias de los militares a ‘pronunciamientos’ y ataques furibundos a los partidos independentistas”²¹³.

La influencia que poseen los medios en la conformación de la opinión pública es incuestionable, y a ella nos hemos referido en epígrafes anteriores, pero esta alcanza una importancia todavía mayor cuando son los medios los que deciden revelar a la audiencia hechos desconocidos, pertenecientes al ámbito privado de las personas, que podrían no ser objeto de interés público. Por ello, en este caso todavía es más significativo que el periódico no profundice en el concepto de discurso de odio ni haga referencia alguna a los indicadores del test de relevancia de riesgo para apreciar la tipicidad de la conducta. Y es que comportamientos que llevan aparejados el peor de los reproches, el castigo penal, deben ser narrados con un estricto respeto al Derecho que, a fin de cuentas, es el único encargado de juzgarlos. Ignorar deliberadamente a esta disciplina o situarla en un segundo plano, especialmente cuando meses más tarde se falla que los hechos no son constitutivos de delito, solo produce alarmismo y preocupación en la población que puede sentirse amenazada ante la posible organización de un “fusilamiento” colectivo.

²¹³ “El chat de 'La XIX del Aire': mensajes de altos mandos del Ejército retirados que sueñan con fusilamientos y golpes de Estado”, *InfoLibre* (1/12/2020): https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/12/02/el_chat_xix_del_aire_los_mensajes_los_altos_mandos_del_ejercito_retirados_que_sueñan_con_fusilamientos_golpes_estado_113934_1012.html.

Además del juicio social que entraña para aquellos que ven como comentarios vertidos en un ambiente de familiaridad y distensión se convierten en objeto de foco mediático para que los ciudadanos determinen su propio veredicto sobre ellos, que en la mayoría de ocasiones se cristaliza en una feroz condena a los sujetos con efectos irreparables.

Es lo que RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ denomina como “juicios paralelos”²¹⁴ en los que se produce “un ejercicio abusivo de la libertad de expresión” por parte de los medios que acaba vulnerando los derechos al honor, la reputación y la inocencia de los enjuiciados con efectos permanentes.

Generalmente, los tribunales otorgan una protección preferente a estas informaciones de la prensa (defensa mediática) susceptibles de ser catalogadas como “info-entretenimiento judicial”, dado el interés que revisten para la formación de la opinión pública. Sin embargo, RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ²¹⁵ cuestiona que esto realmente sea así, pues opiniones que lesionan todo lo relacionado con el derecho a la reputación de inocencia, extendiendo la creencia de que es culpable aquel que no ha sido declarado judicialmente como tal, difícilmente pueden contribuir a conformar una sociedad plural, instruida y juiciosa.

Por otro lado, no resulta menos interesante la forma en la que *InfoLibre* comunica que se ha producido el archivo de las actuaciones²¹⁶, pues lo hace criticando implícitamente la decisión de la Fiscalía de no apreciar delito en los mensajes compartidos. El diario utiliza expresiones como “la Fiscalía se limita a decir”, lo que induce a pensar que el órgano no ha realizado una detallada justificación de su decisión; o compara esta resolución con otras ciertamente alejadas del ámbito que estamos tratando, como la condena al rapero Pablo Hásel por acumulación de varios delitos.

Además, en el párrafo final de la noticia advierte al lector de que algunos de los ex militares que participaron en el chat firmaron un manifiesto en defensa del dictador

²¹⁴ RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *El honor de los inocentes 2016*, *passim*.

²¹⁵ RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *El honor de los inocentes 2016*, p. 629 ss.

²¹⁶ “La Fiscalía no ve delito de odio en el chat de militares que pedían ‘fusilar a 26 millones de hijos de puta’”, *InfoLibre* (3/2/2021), disponible en https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/03/03/la_fiscalia_no_delito_odio_chat_militares_que_pedian_fusilar_millones_hijos_puta_117496_1012.html.

Francisco Franco en 2018, sin profundizar en estos hechos o establecer algún punto de conexión con los actuales.

Huelga decir que los medios pueden -y deben- hacer uso de la crítica e instar a la ciudadanía a la reflexión a partir de las informaciones que transmiten, pero también cabe esperar de ellos que lo hagan apoyándose en una argumentación sólida, exhaustiva y conocedora de los tipos penales que ponen en cuestión.

Y todo ello porque si antes explicábamos que se está produciendo un abuso de la legislación de odio para desviar el objeto de la tutela penal y proteger a colectivos que no pueden ser considerados como vulnerables, esto supondrá un mayor peligro si los medios de comunicación apuestan por un uso exacerbado de los tipos penales en función de los intereses ideológicos de la cadena o conglomerado al que pertenezcan. Por ello, y teniendo en cuenta la protección preferente de la que gozan los derechos a informar y opinar, se les debe exigir una especialización jurídica para evitar sembrar la duda en casos que no pueden ser enmarcados en un delito de discurso de odio. Obsérvese como ejemplo de una praxis más adecuada el modo en el que el periódico *La Vanguardia* titulaba este suceso: “El difícil recorrido jurídico del chat de los ex militares” (4/12/2020)²¹⁷, para a lo largo de la información hacer saber a los lectores, mediante un análisis detallado de expertos en la materia, que no concurre tal delito.

Para finalizar el estudio de este caso, es preciso subrayar que los medios deben centrar sus esfuerzos en facilitar el acceso y denuncia de aquellas minorías que sí sufren continuos ataques de odio. ALCÁCER GUIRAO reflexiona en esta línea: “Los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, o quienes hablen por ellos [deben] disponer de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación; que puedan, en suma, hacerse oír socialmente. Dicho de otro modo, y parafraseando el célebre *dictum* del juez Brandeis, frente al discurso de odio el Estado debe proporcionar los medios necesarios

²¹⁷ Enlace a la noticia publicada: <https://www.lavanguardia.com/politica/20201204/49867137963/el-dificil-recorrido-juridico-del-chat-de-los-exmilitares.html>.

para un discurso de defensa efectivo, que contrarreste, con la palabra y la razón, la irracionalidad del extremismo y la intolerancia”²¹⁸.

Estas palabras pronunciadas por el juez Brandeis nos sirven para exigir a los medios que, frente al discurso de odio del que a veces actúan como canal de difusión, apuesten por cultivar y promover un discurso efectivo de defensa de los considerados como más desfavorecidos. Pues solo así estarán contribuyendo a defender un ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de los que siempre se les ha considerado “perros guardianes”.

III.3.- Odio contra las mujeres: primera condena del nuevo art. 510 CP

El último caso práctico que analizaremos es uno de los primeros pronunciamientos judiciales que se conocen en los que se aplicó la nueva redacción del art. 510 CP. Se trata de la STS 72/2018, de 9 de febrero²¹⁹, que trae causa de la Sentencia de la Audiencia Nacional 2/2017, de 26 de enero.

Los hechos se remontan a la publicación en Twitter (red social en la que a diferencia de otras, según MIRÓ LLINARES²²⁰, se manifiestan de manera condensada y en gran cantidad diferentes tipos de fenómenos de odio y violencia) de diversos comentarios que incluyen afirmaciones en contra de las mujeres asesinadas por violencia de género. Algunos de los tuits se reproducen a continuación:

“53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas” (17/12/2015).

“Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias” (31/12/2015).

²¹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político 2012*, p. 02:28 ss.

²¹⁹ Texto íntegro de la STS 72/2018, de 9 de febrero, disponible en <https://vlex.es/vid/703783569>.

²²⁰ MIRÓ LLINARES, *Taxonomía de la comunicación violenta 2016*, *passim*.

Suspendida la cuenta en la que aparecen dichos comentarios, se aprecia la publicación de afirmaciones de la misma índole desde una segunda cuenta:

“Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad”; “A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble” (14/01/2016).

El Tribunal Supremo apreció un delito de incitación pública grave (art. 510.1.a) CP) con aplicación del subtipo agravado del art. 510.3 CP por su gran difusión en Internet. En suma, se le impuso al autor una pena de 2 años y 6 meses de prisión, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 40 €.

Ahondamos ahora en la argumentación que elabora el Tribunal respecto a la tipicidad subjetiva del art. 510 CP: la defensa del sujeto había denunciado la indebida aplicación del precepto por inexistencia de dolo típico, afirmando que “la simple realización de tales manifestaciones no determina necesariamente la existencia del mismo”.

Sin embargo, el TS estimó que el dolo básico que demanda el tipo debe constatarse del contenido de las expresiones anteriores, “siendo necesario confirmar que ha existido voluntariedad del acto y que dicho acto no emana de una reacción incontrolada o espontánea”. En el presente caso, el hecho de que los tweets se publicasen en diferentes fechas, entiende el Tribunal, es determinante para dar por válida la voluntariedad de los actos. De igual forma, esto parece indicar que el autor conoce y desea la realización de tales expresiones que “rezuman agresividad y odio”. Además, el Tribunal Supremo sitúa la fundamentación de la agravación del art. 510.3 en la proyección que se buscaba dar al mensaje.

Tal y como recuerda LIBEX²²¹, el Tribunal Supremo en una sentencia posterior parece referirse implícitamente al fallo recién analizado cuando expone el siguiente ejemplo:

“Cuando un mensaje contiene expresiones que, por ejemplo, justifican el

²²¹ Acceso a los materiales proporcionados por la plataforma web LIBEX: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>.

maltrato al colectivo de mujeres, es evidente que la persona destinataria del mensaje se ve concernida; también el colectivo especialmente protegido; y también la sociedad en su conjunto, que ha asumido como elemento esencial de la convivencia el respeto a las normas de tolerancia. No es, por lo tanto, la generación de una situación de riesgo, abstracto o hipotético, un elemento típico de estos delitos sino la lesión que al colectivo directamente concernido y a toda la sociedad que hace suyo un nivel de tolerancia para afirmar la convivencia, siendo las frases del discurso aptas en su análisis para comprometer a las víctimas y a la sociedad en general, que se ve conturbada por la lesión producida” (STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único²²²).

No obstante, sorprende la parquedad con la que el Tribunal argumenta esta condena, si bien niega cualquier sombra de limitación ilegítima de la libertad de expresión por castigar tales manifestaciones, ya que en virtud del derecho de igualdad aquel decaería en este supuesto concreto (con lo que entendemos que cumple el requisito del examen previo del ejercicio legítimo de la libertad de expresión), se echa en falta que se pudiese apoyar en los criterios del test de relevancia de riesgo para analizar, por ejemplo, la capacidad de influencia de un sujeto que contaba, según los antecedentes de hecho de la sentencia, con aproximadamente 2000 seguidores en una red social en la que publican mensajes de forma diaria más de cinco millones de usuarios.

Si a esto le sumamos el escaso número de tweets publicados -criterio de contenido del discurso-, el reducido número de destinatarios a los que llegaron -criterio de audiencia- (Twitter permite medir estos datos), creemos que no es posible afirmar con la rotundidad que sí lo hace el TS que el sujeto haya incitado potencialmente a la comisión de delitos contra el colectivo de mujeres maltratadas. De hecho, cuesta determinar una cierta proximidad de paso al acto o “crisis” en la audiencia receptora de los mismos. LANDA GOROSTIZA se expresa en esta misma línea y apunta que los hechos deberían ser objeto de condena del segundo párrafo del art. 510 CP, dado el contenido injurioso y humillante hacia el género femenino, pues sugerir que “no se las mata lo suficiente”, que “ojalá mueran más el año que viene” o que su puesto es siempre uno de

²²² STS 646/2018, de 14 de diciembre, disponible en <https://vlex.es/vid/751521989>.

inferioridad... implica, según LANDA GOROSTIZA, “mancillar la dignidad humana de las mujeres, violar su integridad moral, en el sentido de que contribuye a dibujar una imagen de la mujer en la que su condición de persona no merece vivir si no resulta suficientemente sumisa; o si vive debe ser como objeto sexual o como sirvienta de labores subordinadas”²²³.

A pesar de lo anterior, este supuesto constituye un claro ejemplo de que la distinción entre supuestos injuriosos e incitadores no es, a priori, sencilla. A veces los discursos de odio tienden a combinar afirmaciones injuriosas con propuestas incitadoras. Por ello, coincidimos con LANDA GOROSTIZA en que obligar a los operadores jurídicos, de conformidad con el principio de taxatividad penal, -y a los periodistas de acuerdo con el deber de especialización que predicábamos antes- a encontrar acomodo en las letras que en cada párrafo prevén los tipos básicos se desvela “como una de las mayores dificultades de aplicación del art. 510 CP”²²⁴.

En relación a la cobertura informativa, las claves destacadas en los supuestos anteriores se revelan de nuevo en este caso: en primer lugar, se vuelve a apreciar una confusión terminológica en torno al concepto de delito de odio: *La Voz de Galicia* habla de una condena por un delito “de incitación al odio” (16/2/2018)²²⁵, mientras que el diario *Público* se refiere a un delito asociado a la “violencia machista” (16/2/2018)²²⁶; y la *Cadena SER* únicamente opta por transmitir la entrada en prisión de un usuario que se “rió de las víctimas mortales de violencia de género”²²⁷, sin relacionarlo con el discurso de odio y evitando encuadrarlo en un tipo penal concreto.

²²³ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 95 ss.

²²⁴ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio 2018*, p. 100.

²²⁵ Noticia disponible en <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2018/02/16/dos-anos-medio-prision-tuitero-celebraba-asesinatos-mujeres/00031518808344468524447.htm>.

²²⁶ Noticia disponible en <https://www.publico.es/sociedad/violencia-machista-supremo-condena-anos-medio-tuitero-incitar-odio-mujeres-asesinadas-violencia-machista.html>.

²²⁷ Noticia disponible en https://cadenaser.com/ser/2018/02/16/tribunales/1518792528_845228.html.

La reproducción literal de fragmentos de la argumentación llevada a cabo por el TS también se observa en los cuerpos de la noticia que complementan los titulares anteriores, así como la falta de un enlace a la sentencia completa para que los ciudadanos puedan profundizar en los hechos.

Tampoco realizan los medios ningún tipo de valoración sobre la pena elevada que se le impone al sujeto o la aplicación del art. 510.3 CP por la utilización de Internet como medio para que los mensajes alcancen, según el Tribunal, una mayor proyección. Todas estas carencias se reflejan en el siguiente párrafo extraído de una información publicada por *RTVE* el pasado 16 de febrero de 2018:

“Sin embargo, confirma que hubo delito de incitación al odio a las mujeres, y estima, con el Ministerio Fiscal, que concurrió la agravante del artículo 510.3 del Código Penal, al haberse usado Internet como medio para difundirlo, lo que provocó que fuese accesible a un elevado número de personas”²²⁸.

Efectivamente, la novedad más significativa que presenta este supuesto con respecto a los anteriores (además de que se trata de una de las primeras condenas de nuestros tribunales en base al art. 510 CP, mientras que los casos anteriores se han quedado -al menos de momento- en la fase de investigación por parte de la Fiscalía) es que el tratamiento mediático adolece de reflexión o razonamiento que profundice en el porqué de la condena.

Y esto llama especialmente la atención porque en el caso anterior, referido al chat de los ex militares, la prensa -especialmente *InfoLibre* que da a a conocer los comentarios en exclusiva- cuestiona la decisión de la Fiscalía de archivar las actuaciones mediante críticas implícitas y conexiones distorsionadas con condenas encuadradas en otros tipos penales.

En el primer supuesto de las manifestaciones en contra de los migrantes, son varios los diarios que optan por transmitir exhaustivamente los mensajes difundidos por organizaciones o líderes políticos contrarios a la llegada de estas personas a nuestro

²²⁸ Texto íntegro de la noticia disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20180216/supremo-condena-dos-anos-medio-carcel-tuitero-celebrar-asesinatos-mujeres/1679240.shtml>.

país. Lo que indudablemente contribuye a cultivar el clima de tensión y amenaza para este colectivo vulnerable.

Entonces, es inevitable preguntarse por qué en este supuesto, tratándose de una de las primeras condenas por discurso de incitación al odio, ningún medio subraya este hecho ni tampoco reflexiona sobre el castigo con pena de prisión que se impone a un sujeto que, al fin y al cabo, publicó comentarios desagradables, ofensivos y que, evidentemente, perpetran a la mujer a un rol secundario. Pero, precisamente por ello se hace más necesaria que nunca una conceptualización de la figura penal, así como la referencia explícita a los criterios del test de relevancia de riesgo cuyo parámetro correspondiente a la audiencia y el medio empleado adquieren una importancia notoria en esta ocasión.

No obstante, la información publicada por el diario *Público* bajo el título “¿Es la cárcel la que debe marcar el límite a la libertad de expresión por repugnantes que sean los mensajes?” (27/2/2018)²²⁹ se erige como excepción a la línea general seguida por los medios.

Se trata de un reportaje en el que se parte del caso analizado para entrar a debatir, con la ayuda del testimonio de diferentes expertos, la utilidad del Derecho penal para castigar este tipo de conductas. El diario examina el concepto de libertad de expresión, distingue entre el discurso de odio punible y aquellos mensajes "odiosos" que por muy rechazables que nos parezcan desde la ética, no dejan de formar parte del ámbito de libertad de un individuo que decide expresarse de determinada forma en un Estado social y democrático de Derecho que no prohíbe los delitos de pensamiento.

También es la primera vez que, en este trabajo, hallamos una información sobre delitos de odio que alude a la importancia de la educación como herramienta clave para eliminar de raíz estos comportamientos. De hecho, en los párrafos finales, y a raíz de la opinión de uno de los expertos consultados, se lanza un órdago brillante a la audiencia para que sea esta la que decida por sí misma si se deben castigar este tipo de conductas mediante el Derecho penal: “Creo que es mejor que la gente que piensa como este

²²⁹ Texto íntegro de la noticia disponible en <https://www.publico.es/sociedad/libertad-expresion-condena-prision-tuits-machistas-reaviva-debate-prision-limite-libertad-expresion.html>.

hombre diga lo que piensa libremente, por muy desagradable que sea, y que los demás podamos contestarle y censurar sus comentarios. Saber cómo opina este tipo de personas también nos permite detectar y tratar de solucionar los problemas de la sociedad”.

Lo cierto es que esta idea es la que hemos tratado defender a lo largo del análisis de los tres casos propuestos: los medios han de informar sobre posibles casos de discurso de odio punible, pero contrastando las noticias, profundizando en su interpretación jurídica mediante el uso de las herramientas que nos ofrece el Derecho, lo que desde luego requiere una exigente especialización en la materia.

Y todo ello sin servir como plataformas de difusión a mensajes que fomentan el odio y la violencia hacia colectivos vulnerables, tal y como poníamos de relieve en el primer supuesto objeto de estudio, tampoco fomentando una amplia aplicación de la legislación de odio a conductas propias del ámbito de la libertad de expresión, como concluíamos en el segundo supuesto; y menos aún abordando los hechos sin posibilidad de crítica y discusión abierta, lo que podríamos denominar como una especie de “silencio informativo” cuando la resolución judicial es la condena del acusado. Es decir, parece que cuando los tribunales castigan conductas han hecho verdaderamente su trabajo y obtienen, por tanto, el beneplácito de la prensa que ni siquiera las cuestionan.

Pero cuando absuelven o deciden el sobreseimiento de un caso, los medios critican que no “continúen” con su trabajo, que no lleguen hasta el “final” de un procedimiento judicial... y entonces sí les interesa polemizar sobre las argumentaciones, fallos de las sentencias, etc.

En definitiva, todo ello nos permite deducir que existe una imperiosa falta de compromiso por parte de los medios que se explica, según ÁLVAREZ ÁLVAREZ, en parte debido a la siguiente paradoja que, al final, nos afecta a todos: “Las redes sociales o el fácil acceso a los medios de comunicación se convierten en fuentes de distanciamiento personal y de indiferencia moral. El problema se encuentra en su relación con los requisitos del mercado, y la primacía del criterio de satisfacción: es

excesivamente fácil establecer y destruir relaciones con otros, y eso favorece la pérdida del sentido de compromiso”²³⁰.

No se favorece, por tanto, la asunción del discurso de defensa efectivo que proponía ALCÁCER GUIRAO²³¹ como solución responsable y respetuosa con los valores democráticos para luchar contra el discurso de odio.

Y es que no solo resulta fundamental que los medios se comprometan en el fomento de este otro tipo de discurso, sino que desde el rol de corresponsabilidad que mantienen con los poderes públicos y que se les exige en esta materia, haciéndolo podrán aportar un cambio de matriz cultural que logre, de una vez por todas, el pleno respeto y promoción de los derechos humanos de todas las personas, sin que para ello sea necesario ningún tipo de limitación a la libertad.

III.4.- Apuntes finales sobre el tratamiento jurídico-periodístico del discurso de odio

A lo largo de este capítulo hemos tratado de demostrar que existen alternativas al Derecho penal para luchar y prevenir la manifestación del odio en forma de discurso: los medios de comunicación, en su rol de constructores de la realidad social y la conformación de la opinión pública, se erigen como la principal apuesta para afrontar y frenar este fenómeno.

Durante estas páginas, hemos señalado los puntos débiles que presenta el tratamiento informativo a partir de tres casos prácticos que nos han permitido concluir que los medios pueden adoptar tres posturas con respecto a los delitos de odio cometidos mediante el uso de palabras: servir como plataformas o canales de difusión al mismo; fomentar una amplia aplicación de la legislación antidiscriminatoria para supuestos que se encuadran en el campo de actuación de la libertad de expresión; o, a diferencia de las dos posiciones anteriores, cultivar un discurso de defensa activo de las minorías. Para esto último, entre otras cosas, deben ofrecer a estos colectivos garantías de acceso y participación en sus canales, y han de especializarse en la materia para informar de

²³⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Indiferencia y extrañeidad 2020*, *passim*.

²³¹ ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político 2012*, p. 02:28 ss.

conformidad con los criterios de interpretación jurídicos. Y lo más importante: deben comprometerse a actuar como auténticos perros guardianes de la democracia, garantes del ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción de clase.

Por todo ello, consideramos necesario recopilar algunas claves que deberían incorporarse como recomendaciones a sus códigos éticos de actuación. Las expondremos al detalle en el siguiente epígrafe correspondiente a las conclusiones de la investigación.



CONCLUSIONES

Usad la libertad para servir con amor a los demás
(Gálatas, 5:13)

El presente estudio realiza, en primer lugar, una aproximación jurídica a los delitos de odio. En este capítulo se apuntan las principales controversias que genera la aplicación de esta figura, y se proponen criterios de interpretación compatibles con los principios del Ordenamiento Jurídico.

Sin embargo, conocedores de que el Derecho penal debe actuar como *ultima ratio* y conscientes de que aún así no siempre se erige como la herramienta más efectiva para frenar la propagación de fenómenos globales como el odio, en la segunda parte del trabajo decidimos aproximarnos al papel que desempeña un actor con enorme influencia en la construcción del imaginario social: los profesionales de la información. Partiendo de que el Consejo de Europa ha advertido de que el discurso de odio se difunde, principalmente, a través de los medios de comunicación, examinamos la responsabilidad que poseen en este ámbito, así como las implicaciones que todo ello comporta para las libertades de información y expresión.

En el tercer capítulo aunamos las dos disciplinas a partir del análisis de tres casos prácticos relacionados con el odio: comparamos los criterios de interpretación jurídico-penal del discurso de odio, apuntados en la primera parte del estudio, con la cobertura informativa llevada a cabo por los medios de comunicación. Esto nos ha servido para señalar los puntos débiles que esta presenta; y para subrayar las principales diferencias existentes entre el tratamiento jurídico y el periodístico sobre el objeto de estudio.

Ahora es momento de rememorar las palabras pronunciadas por ZAGREBELSKY²³² sobre la tarea investigadora: “El investigador es como un nadador que avanza con la cabeza siempre en el agua, observando el fondo que es donde en teoría se encuentra su objeto de estudio. Sin embargo, para no asfixiarse y ser consciente del lugar en el que se

²³² ZAGREBELSKY, *Constitucionalismo 2013*, *passim*.

halla, debe sacar la cabeza para respirar y no perder de vista los factores que le rodean y son imprescindibles para entender aquello que pretende analizar”.

Tras una ardua travesía, ha llegado la hora de “sacar la cabeza” para extraer las principales conclusiones de nuestro trabajo que, esperamos, sirvan como “primeras brazadas” a todo aquel que desee aprender a nadar en este complejo y atractivo “océano” de los delitos de odio.

Para ello, además de lo expuesto a lo largo de estas páginas, contamos con la opinión de expertos a los que les hemos preguntado sobre las cuestiones más controvertidas de esta investigación. El objetivo que perseguíamos con ello es que especialistas en delitos de odio de diferentes ámbitos, como son una jueza, un fiscal, un estudioso del Derecho Penal, otro del Derecho Constitucional y dos periodistas, compartiesen con nosotros su experiencia sobre la materia, lo que, indudablemente, aportaría un plus de practicidad -y desde luego de interdisciplinariedad- a nuestro trabajo.

Sus respuestas, plenamente vigentes y elaboradas *ad hoc* para este estudio, han sido tomadas en cuenta a la hora de establecer las conclusiones que a continuación se detallan, así como las futuras líneas de investigación a seguir²³³.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todo esto, podemos afirmar que:

Primero: A pesar de la ingente cantidad de preceptos que en nuestro Código Penal castigan diferentes manifestaciones del odio, en este Trabajo Fin de Grado hemos decidido seguir la clasificación estricta que divide los delitos de odio entre actos de odio (*hate crimes*), recogidos en el art. 22.4º CP; y discursos de odio (*hate speech*), tipificados en el art. 510 CP.

En relación con esto, resulta imprescindible no confundir su conceptualización: en primer lugar, el **delito de odio** se trata de un tipo penal genérico que abarca infracciones motivadas por prejuicios contra una o varias personas por el hecho de pertenecer a un determinado grupo social.

²³³ Agradecemos la amabilidad, el interés y tiempo que nos han dedicado Luisa María Gómez Garrido, Carlos Ocaña García, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Germán M. Teruel Lozano, David Jiménez García y Marcos García Santonja. Las entrevistas íntegras se pueden visualizar en el apartado de “Anexos”.

Dichas infracciones pueden llevarse a cabo mediante **actos de odio**, castigados en el artículo 22.4º CP que agrava la responsabilidad criminal de un sujeto que cometa cualquier tipo de delito en base a motivos racistas o discriminatorios; o a través del uso de las palabras, en lo que se conoce como **discurso de odio**: el artículo 510 CP castiga aquellas acciones que fomentan, promocionan o incitan públicamente al odio contra un grupo por razón de su pertenencia a este.

Por último, quedarían fuera del ámbito del castigo penal lo que la doctrina ha resuelto en denominar como **discursos odiosos**, referidos a aquellas expresiones ofensivas y rechazables por cualquier persona con un mínimo de humanidad; pero que en ningún caso constituirían conductas sancionables penalmente al estar bajo el amparo del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Como propuesta *de lege ferenda*, entendemos que la aplicación de los delitos de odio debería reservarse a casos extraordinariamente graves: agravaciones de pena y el discurso de odio criminalizado únicamente como complemento mínimo residual.

Para llevar a cabo dicha aplicación estricta proponemos que, entre otros, los siguientes criterios sean tomados en consideración por parte de nuestros tribunales:

Con respecto a la **agravante del art. 22.4º**, se recuerdan las notas propuestas por DÍAZ LÓPEZ para no caer en un uso desproporcionado de este precepto:

1. No han de sancionarse las motivaciones en sí mismas consideradas, para evitar situarnos en una manifestación del denominado “Derecho penal de autor”, a todas luces contrario a nuestro Estado de Derecho.
2. Lo que se sanciona en este artículo debe ser el hecho típico, imponiendo una pena delimitada por el marco punitivo del delito que se trate, en definitiva, la conducta que lleva a cabo el autor contra una determinada persona.
3. A pesar de que no se están sancionando en sí mismos, se toman en consideración los motivos discriminatorios proyectados en el hecho, como explicación para su comisión o como justificación del aumento de la pena.
4. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes ni potenciales o reales efectos, sino motivos, que es lo que menciona el precepto al hacer alusión clara a una

lista exhaustiva de causas de discriminación (ideología, religión, creencias de la víctima, etc).

Con respecto al discurso de odio del art. 510.1 CP, adquieren especial relevancia las siguientes recomendaciones:

1. Los jueces, a la hora de enfrentarse a un posible caso de delito del art. 510 CP, han de realizar un examen previo para evitar posibles vulneraciones de la libertad de expresión. Lo que permitirá diferenciar entre discursos de odio y discursos odiosos libres de reproche penal. Recordemos que la libertad, en todas sus vertientes, se erige como un valor fundamental para la consecución de una sociedad abierta, plural y tolerante con el diferente.

2. Para valorar la intencionalidad y efectos de la conducta juzgada, se han de tener en cuenta los parámetros establecidos en el test de relevancia de riesgo (elaborado a partir del Plan de Acción de Rabat de la ONU y de la Recomendación nº 15 ECRI): (1) el contexto social y político del discurso, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente.

3. No todas las personas forman parte de los grupos protegidos por la regulación penal de los delitos de odio. Para empezar, los arts. 22.4º y 5º CP diferencian entre los colectivos objeto de tutela: por citar un ejemplo, el primero de ellos reconoce la discriminación por motivos de “edad”, prejuicio que queda fuera del ámbito de protección del art. 510 que, sin embargo, sí hace referencia a la “situación familiar” como clase de discriminación.

De lege ferenda, creemos que el legislador debería aunar los motivos de discriminación dispuestos en ambos preceptos para lograr una protección unitaria de todos los grupos vulnerables a los que hacen referencia.

No obstante, los criterios elaborados por DÍAZ LÓPEZ²³⁴ (de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TC) pueden servir de ayuda a los operadores

²³⁴ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio 2012*, p. 230 ss.

jurídicos para dilucidar si se encuentran ante una minoría vulnerable de las mencionadas en los preceptos 22.4 y 510 CP:

a) Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación, b) que dicho grupo se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España; c) que la discriminación hacia ese colectivo presente vocación de permanencia, y d) que los ataques hacia él se encuentren desligados en cierta medida de la libre elección.

En base a esta estricta interpretación, huelga recordar que instituciones del Estado como la policía o la Casa Real no quedarían bajo el amparo de estos preceptos. Por lo que, *de lege lata*, ha de evitarse la desviación del objeto de tutela hacia la protección institucional.

Segundo: Ha de reservarse la utilización del Derecho Penal como *ultima ratio*, otorgándose una mayor importancia a otros actores para frenar la propagación del odio entre la sociedad. En este sentido, los **medios de comunicación** se erigen como los principales instrumentos para luchar contra el odio en su modalidad de discurso, al que a veces sirven como plataformas de difusión, otras fomentan un uso desmedido de su castigo penal; e incluso en ciertas ocasiones apuestan por una especie de silencio informativo al respecto.

Por eso, se exhorta a los periodistas a que transformen el discurso de odio en un **discurso de defensa activo** de las minorías. Para ello, se les proponen las siguientes pautas a tener en cuenta en sus coberturas informativas²³⁵:

1. No han de confundir los conceptos de delito de odio, acto de odio, discurso de odio y discursos odiosos. Todos ellos explicados en la primera conclusión y referidos a distintas manifestaciones que puede adoptar el odio, así como a su castigo en el ámbito penal. Evidentemente, la interpretación y relevancia jurídica será distinta en función de la figura ante la que nos encontremos.

²³⁵ Como trabajo futuro, se propone aunar estas pautas en una guía que aborde el tratamiento del discurso de odio en los medios de comunicación.

2. Se recomienda a los periodistas tomar en consideración el test de relevancia de riesgo cuando hayan de informar sobre un supuesto caso enmarcado en alguno de los conceptos anteriores. Si por razones de espacio o tiempo, les es imposible comparar los hechos que relatan en las noticias con cada uno de los parámetros, al menos deben enlazar dicho test para que sean los propios ciudadanos los que comprueben la intencionalidad de la conducta cuestionada.

3. No deben confundir tampoco el concepto de “colectivo vulnerable” y han de remitirse a los grupos protegidos en los diferentes preceptos. De esta forma, se prevendrá que la opinión pública interprete que los delitos de odio amparan también a figuras institucionales.

4. Como última pauta que les puede ayudar a cultivar una mayor **especialización** en la materia y a alejarse también de los denominados “discursos odiosos”, se proponen las recomendaciones prácticas elaboradas por el Observatorio del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación²³⁶. En síntesis estas reglas han de tenerse en cuenta a la hora de redactar cualquier tipo de noticia que relacione el odio, la violencia o la discriminación con una minoría vulnerable:

- Diversidad de fuentes: cuando se informa sobre un suceso relacionado con el discurso de odio o el odio en general, se debe dar voz a las personas afectadas o a los colectivos que las representan para contrastar la información publicada.
- Imágenes y vídeos: nos hemos de preguntar si la imagen o el vídeo que acompaña a la noticia aporta información relevante para entenderla o puede suponer una vulneración del derecho al honor o de la dignidad de sus protagonistas.
- Datos personales: se tiene que respetar el derecho a la privacidad y, por supuesto, la presunción de inocencia de los que están siendo juzgados por cualquier tipo de delito. Con tal fin, se debe evitar la publicación de datos de índole personal (nombre, apellidos, nacionalidad, situación económica, etc).

²³⁶ Acceso a los materiales del Observatorio del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación en <https://www.media.cat/discursosdiscriminatoris/>.

- Contexto: se ha de evitar la reproducción de discursos discriminatorios mediante el uso de las citas literales, aunque teóricamente estuviesen amparadas bajo la doctrina del reportaje neutral. Si se quiere dar voz a determinadas proclamas por el motivo que sea, se han de poner en contexto y contrarrestar los mitos, los estereotipos y la atribución de acciones negativas que estas contengan con datos y argumentos que hagan frente a las afirmaciones en cuestión.
- Léxico: cuando se habla de un colectivo, resulta importante conocer la terminología que las personas afectadas prefieren que se utilice para referirse a ellas o a su situación. Se debe omitir el uso de expresiones como “los sin papeles”, “avalancha de inmigrantes”, “criaturas que vienen en patera”, etc, que ciertamente actúan como caldo de cultivo para la transmisión de un futuro discurso de odio.
- Cifras: en relación con la pauta anterior, reproducir discursos de fuentes especializadas puede llevar a publicar una serie de datos difíciles de entender por el periodista y por los lectores. Huelga decir que la responsabilidad de los comunicadores es hacer comprensible la información.
- Incidencia: hay que valorar el impacto potencial que puede generar una determinada noticia en el contexto político y social concreto. Es decir, reflexionar sobre qué objetivo persigue la información, a quién beneficia y a quiénes perjudica.

5. Se recomienda a los medios la **prohibición de comentarios anónimos** en las noticias publicadas en sus canales web, lo que conllevaría la obligación de que los usuarios se identificasen mediante algún tipo de mecanismo certero (nombre y apellidos, correo electrónico, perfil de red social, etc). A pesar de las dificultades que esto podría generar (con respecto a la publicación de datos personales o incluso la facilidad para burlar dichos sistemas de identificación), sería un buen punto del que partir para evitar valerse de las posibilidades de *feedback* que otorgan los medios para transmitir odio.

6. Otra buena práctica a llevar a cabo sería incorporar a las noticias relacionadas con esta materia **información de denuncia** para que aquellos que hayan sido víctimas de un delito de odio (tanto actos como discursos) puedan dar traslado ante las

autoridades competentes. Al respecto se adjunta una guía²³⁷ elaborada por el Ministerio del Interior de España sobre los teléfonos a los que se debe llamar, oficinas especializadas por territorios, pasos a seguir para dar traslado de un delito concreto, etc.

7. Por último, entendemos que las empresas periodísticas deben recoger estas recomendaciones, incorporarlas a los Códigos Éticos de los medios de comunicación, pues hasta la fecha no hemos encontrado ninguno que haga mención explícita al tratamiento de los medios con respecto al discurso de odio; así como establecer mecanismos de revisión continuos y transparentes para asegurar su cumplimiento.

La autorregulación de la profesión y los códigos de conducta de voluntaria observancia pueden constituir un medio eficaz para prevenir y condenar este discurso. Igual de importante es que se garantice a los periodistas unas **condiciones óptimas** de trabajo para poder desempeñar la profesión con el rigor y la calidad que la ciudadanía espera de ellos. De hecho, todas estas pautas jamás podrán ponerse en marcha si antes no se resuelven problemas derivados de la precariedad en la que trabajan los reporteros, se eliminan las injerencias de poderes económicos y políticos a las que se ven sometidos continuamente, y se cortan de raíz otras causas que han conducido a una crisis de credibilidad y subsistencia de los medios.

Tercero: A lo largo de este trabajo hemos defendido el uso simultáneo de las disciplinas jurídica y periodística. La primera trata de resolver los problemas diarios del ciudadano, la segunda informa sobre ellos. Si las combinamos, obtendremos como resultado de esta interdisciplinariedad, una sociedad mejor informada, crítica y consciente tanto del entramado mediático como del legislativo. Ambos son determinantes en la construcción de una democracia en la que participen todas las personas, sin distinción de clase.

²³⁷ Guía de Buenas Prácticas para la denuncia de los delitos de odio, elaborada por el Ministerio del Interior de España y publicada en 2020: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/0/Gu%C3%ADa+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+la+denuncia+de+los+delitos+de+odio/2d12748e-f9a8-43b6-a4bc-27b61d468f78>.

La interdisciplinariedad también se erige como una solución adecuada para frenar un fenómeno cada vez más global como es el odio. Sus efectos heterogéneos e interdependientes pueden ser contrarrestados poniendo en común las diferentes herramientas que nos ofrecen estos dos campos de estudio. Pero para ello necesitamos, tal y como exponía HUSTVEDT²³⁸, “abandonar los enfoques restringidos” a los que aboca la utilización permanente del “conocimiento especializado”, plantearnos cuestiones que aunque queden “fuera del marco de referencia” de nuestras investigaciones son fundamentales para entender las múltiples formas que adopta la sabiduría. Y es que solo aprendiendo unos investigadores de otros, y decidiendo aunar esfuerzos, “podremos comprender mejor el mundo que nos rodea”.

Además, la situación de pandemia provocada por el COVID-19 ha puesto de manifiesto, por un lado, lo sencillo que resulta relacionarse aún estando a miles de kilómetros de distancia, compartir todo tipo de conocimiento gracias a los avances de las nuevas tecnologías. Por otro lado, también ha demostrado que todos somos útiles en función de las circunstancias que sobrevengan, lo que viene a significar, en palabras de HUSTVEDT, que “ninguna disciplina es superior a otra”²³⁹.

La popularidad que están alcanzando los dobles grados universitarios, que ofrecen una formación transversal a los estudiantes, constituye un avance significativo en el fomento de la interdisciplinariedad entre la sociedad. Si bien en nuestro caso optamos primero por adquirir la formación periodística y una vez alcanzada, entonces decidimos comenzar los estudios en Derecho que hoy culminan con esta investigación que el lector tiene ante sus ojos. Lo cierto es que la interdisciplinariedad cultivada durante estos años gracias a las dos carreras, también nos ha servido para construir una mente, como investigadora y ciudadana, más abierta y tolerante. En base a esta experiencia, estamos

²³⁸ Discurso pronunciado por la escritora Siri Hustvedt en la entrega del Premio Princesa de Asturias de las Letras en 2019: <https://www.fpa.es/multimedia-es/videos/discurso-de-siri-hustvedt-en-la-ceremonia-de-2019.html>.

²³⁹ Discurso pronunciado por la escritora Siri Hustvedt en la entrega del Premio Princesa de Asturias de las Letras en 2019: <https://www.fpa.es/multimedia-es/videos/discurso-de-siri-hustvedt-en-la-ceremonia-de-2019.html>.

convencidos de que la interrelación de varias disciplinas científicas contribuirá a crear una sociedad basada, precisamente, en el respeto y la tolerancia mutua.

Cuarto: La finalidad que persiguen derechos fundamentales como la igualdad o la dignidad es, particularmente, evitar prejuicios, buscar la equidistancia entre la defensa de los extremismos y la neutralidad ante las injusticias. En este sentido, BENÍTEZ-EYZAGUIRRE²⁴⁰ reflexionaba que detrás de los delitos de odio, especialmente de los cometidos mediante las palabras se encuentra “una sociedad inmadura, con escasa formación emocional, educación crítica y cultura cívica. Por ello, para defender sus opiniones necesitan atacar la identidad de los demás”.

Este fondo de la cuestión no se solucionará endureciendo las penas ni ampliando los casos típicos en los que el Derecho penal debe intervenir. Si verdaderamente queremos generar un cambio de pensamiento en la sociedad, dicho compromiso pasa por promocionar la educación específicamente en derechos.

Este mecanismo permite a los ciudadanos no solo conocer los derechos que les corresponden, sino comprender que, tal y como sostiene DE LUCAS MARTÍN, “los derechos no se adquieren de una vez para siempre, sino que la lucha por su garantía es una tarea permanente (...), basada en una actitud de vigilancia, de control que va más allá del mero uso y disfrute de los mismos”²⁴¹, lo que HÄBERLE denominaba como una auténtica “cultura constitucional”²⁴² necesaria para “familiarizar a muchos ciudadanos en el conocimiento del constitucionalismo” que impedirá, a su vez, todas las manifestaciones de las ideas totalitarias y fundamentalistas; en definitiva, una cultura “al servicio de la eterna ‘búsqueda de la verdad’”.

La cuestión, pues, es cómo formar y mantener despierta esa disposición ciudadana que impediría, además, que ciertos grupos abusasen de sus derechos en detrimento de los más desfavorecidos. La propuesta parece clara: fortalecer los instrumentos para que arraigue en nuestras sociedades la cultura de los derechos. Desde las escuelas hasta las

²⁴⁰ BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, *Enredados en el odio 2017*, *passim*.

²⁴¹ DE LUCAS MARTÍN, *La cultura de los derechos 2019*, *passim*.

²⁴² HÄBERLE, *La Constitución como cultura 2002*, p. 22

universidades se trata de una necesidad básica, y como tal debe ser una prioridad para los poderes públicos, pero también para los agentes sociales como los medios de comunicación y los operadores jurídicos, e incluso para los científicos e investigadores a los que HÄBERLE exhortaba a “desempeñar la tarea permanente de acercar y hacer comprender los derechos a la ciudadanía, en interés de la normalidad civil y de la sociedad civil democrática”²⁴³. Es por esto que de todos nosotros se espera que eduquemos en derechos, que fomentemos un ejercicio pleno e igualitario de los mismos, que sirvamos como escudo contra cualquier tipo de discriminación identitaria.

Todo ello sí que constituye una técnica de carácter preventivo mucho más efectiva que aquellos instrumentos reactivos que vendan “la herida”, pero no detienen “el foco de infección” del que provienen las manifestaciones de odio, violencia o discriminación.

Quinto: Tomarnos en serio nuestros derechos, aprender a actuar con y por ellos es un compromiso de todos los ciudadanos, no solo de los poderes públicos y los agentes sociales. Por ello, las últimas líneas de este trabajo van dirigidas directamente a la ciudadanía. Si deseamos vivir en una sociedad libre de odio, hemos de tomar conciencia de lo que nos rodea: desarrollar una actitud crítica ante las informaciones que nos presentan los medios de comunicación²⁴⁴; y aprender a entender el lenguaje jurídico y los procesos de interpretación y aplicación de las normas. La consecuencia directa de esto será, sin duda, que todos estaremos educados en derechos.

Es cierto que, a priori, estas tareas no resultan sencillas, quizá nos lleven toda la vida... pero recuperemos la reflexión de SÉNECA²⁴⁵ con la que comenzábamos este trabajo: “Todos somos miembros de un gran cuerpo: la humanidad (...) y como la naturaleza nos

²⁴³ HÄBERLE, *La Constitución como cultura 2002*, p. 21 ss.

²⁴⁴ Se propone al lector, como punto de partida para aplicar la teoría estudiada, la realización del siguiente test, elaborado por el Observatorio de Actualidad del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación, para que averigüe si es capaz de detectar esta clase de discursos en la prensa, pues estos forman la inequívoca antesala del discurso de odio: <https://www.media.cat/discursosdiscriminatoris/test-alertadiscriminacio-01/>.

²⁴⁵ SÉNECA, *Epistulae Morales ad Lucilium 65 d.C.*, p. 95 ss.

ha creado a partir de lo mismo y para gozar de lo mismo, ello nos ha convertido en seres iguales que han de relacionarse a través de un profundo amor mutuo”.

Con estas palabras en el corazón, concluimos preguntándonos: ¿existe propósito que otorgue mayor sentido a nuestras vidas que trabajar para que nuestra sociedad se relacione sin odio?



BIBLIOGRAFÍA²⁴⁶

AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, «Discurso del odio», *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de odio y discriminación*, AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (dir.), Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1º ed., Catalunya, 2015, p. 35 ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2020.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio y discurso político», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 14-02, (2012), pp. 02:1-02:32. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Elena, «Capítulo I. Indiferencia y extrañeza: Distancia social y resentimiento como origen del discurso del odio. Reflexiones desde la sociología de Zygmunt Bauman», *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, COMBALÍA, Zoida, DIAGO, Mª Pilar, GONZÁLEZ-VARAS, Alejandro (editores), Ediciones del Licregdi, 2º ed., Zarazoga, 2020, pp. 42-62.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

AYA ONSALO, Alfonso, «Capítulo 7. Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual», *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena y GARRO CARRERA, Enara (directores), Tirant Lo Blanch, 1º ed., Valencia, 2018, pp. 303-322.

BENÍTEZ EYZAGUIRRE, Lucía, «Enredados en el odio y sus discursos», Publicación de las jornadas *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contranarrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, celebradas del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2017. Madrid, Sevilla y Barcelona: RICCAP (2017), pp. 4-12.

BLESA ALEDO, Pablo, «La crisis de credibilidad de los medios de comunicación en las democracias occidentales: poder y globalización», *BOCC, en línea (2006)*, disponible en <http://bocc.ufp.pt>.

BUSTOS RUBIO, Miguel, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y PÉREZ CEPEDA, Ana, «La aporofobia como agravante penal de discriminación», *Agenda Pública (2020)*, disponible en <https://agendapublica.es/la-aporofobia-como-agravante-penal-de-discriminacion/>.

²⁴⁶ Las obras se citan abreviadamente en el texto por el/los apellidos del autor, palabras clave, año de edición de la obra y página.

CARRILLO, Marc, «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 23, (1988), pp. 187-206.

CLIMENT GALLART, Jorge, «De nuevo sobre el reportaje neutral: el TEDH lo ampara bajo la libertad de prensa», *IDIBE* (2017), disponible en <https://idibe.org/noticias-legales/de-nuevo-sobre-el-reportaje-neutral-el-tedh-lo-ampara-bajo-la-libertad-de-prensa/>.

DE LUCAS MARTÍN, «La cultura de los derechos», *Diario del derecho* (2019), disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1185855.

DE VERDA Y BEAMONTE, José R. y PARADA, Orlando, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (deber de veracidad y reportaje neutral)», *Rev. boliv. de derecho n. 14* (2012), pp. 122-139.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, «La reforma de la agravante genérica de discriminación», *Litigación penal* (2015), disponible en <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Repositorio de la Universidad Autónoma, Madrid, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 4 (2005), pp. 143-176.

FREIXES MONTES, Jordi, «La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?», *Derecho Privado y Constitución Núm. 10 Septiembre-Diciembre* (1996), pp. 269-296.

GARCÍA DE MADARIAGA, José María y ARASANZ ESTEBAN, Ignacio, «Aprendices explotados: Precarización del trabajo periodístico a través de una lógica abusiva de becas y prácticas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 37(1) (2019), pp. 49-66.

GARCÍA GARCÍA, Javier, «Respuestas y problemas jurídicos frente al discurso del odio», Publicación de las jornadas *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contra-narrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, celebradas del 13 de noviembre al 15 de diciembre de 2017. Madrid, Sevilla y Barcelona: RICCAP (2017), pp. 73-84.

GARRO CARRERA, Enara, «Capítulo 1. Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del 130 StGB», *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena y GARRO CARRERA, Enara (directores), Tirant Lo Blanch, 1º ed., Valencia, 2018, pp. 27-76.

GASCÓN CUENCA, Andrés, «La nueva regulación del discurso del odio en el Ordenamiento Jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 32 (2015), pp. 72-92.

GLUCKSMANN, André, *El discurso del odio*, Taurus, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ DAVID, M^a Estrella y ALCOLEA DÍAZ, Gema, «El "discurso del odio" y la libertad de expresión en el Estado democrático», *Derecom*, N.º 2 (2010), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7544986>.

HÄBERLE, Peter, «La Constitución como cultura», *Dialnet*, (2002), texto traducido disponible en [https://dialnet.unirioja.es<descarga](https://dialnet.unirioja.es/<descarga).

IBARRA, Esteban, «Desinformación, Intolerancia y Discurso de Odio en las Redes Sociales e Internet», *Cuadernos de análisis*, N.º 67, (2019), pp. 5-34.

IGLESIAS LOZANO, Ignacio, «Los medios tienen la palabra», *Larepública.com* (2021), disponible en <https://www.larepublica.co/analisis/ignacio-iglesias-lozano-2561915/los-medios-tienen-la-palabra-3169183>.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «Capítulo 7. El discurso del odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP», *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena y GARRO CARRERA, Enara (directores), Tirant Lo Blanch, 1º ed., Valencia, 2018, pp. 221-258.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, (1996), pp. 219-288.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal* 6 (2010), pp. 69-78.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La manipulación de los delitos de odio», *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (directores), Dykinson, S.L, 1º ed., Madrid, 2019, pp. 453-468.

MARÍN DE ESPINOSA, Elena B, «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 20- 27 (2018), pp. 1-20.

M. ALBERTOS, José Luis, «La tesis del perro-guardián: revisión de una teoría clásica», *Estudios sobre el mensaje periodístico N.º1* (1994), pp. 13-25.

McCOMBS, M. y SHAW, D., «The Agenda-Setting Function of Mass Media», *The Public Opinion Quarterly*, 36(2), 1972, pp. 176-187.

MCLUHAN, M, *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Editorial Paidós SAICF, Barcelona, 1994.

MIRÓ LLINARES, Fernando, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, IDP Núm. 22 (2016), pp. 93-118.

PLUTARCO, *Moralia*, Grecia romana, 1572.

POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Routledge, Londres, 1945.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Lección 10. La represión penal del discurso del odio», *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV Delitos contra la Constitución*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 379-412.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «La incitación al odio: ¿debe seguir siendo delito?», *eldiario.es* (2018), disponible en https://www.eldiario.es/andalucia/novus-orbis/incitacion-odio-debe-seguir-delito_132_2009087.html.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «¿Discursos del odio o discursos odiosos?», *Diario de Mallorca* (2017), disponible en <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2017/02/03/discursos-odio-o-discursos-odiosos-3473290.html>.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «Capítulo 12. Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio», *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, RÍOS VEGA, Luis Efrén y SPIGNO, Irene (directores), Tirant Lo Blanch, 1ª ed., México, 2021, pp. 323-354.

REBOLLO VARGAS, Rafael, «Capítulo 7. Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio», *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena y GARRO CARRERA, Enara (directores), Tirant Lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2018, pp. 195-219.

RIVAS NIETO, Pedro y F. PLAZA, Juan, «Pautas para la cobertura periodística de actos terroristas. Propuesta de un modelo informativo de responsabilidad democrática», *Estudios Sobre El Mensaje Periodístico*, 21(2), (2015), pp. 1027-1223.

ROBINSON SALAZAR, «La nueva estrategia de control social. Miedo en los medios y terror en los espacios emergentes», *Quórum Académico*, Vol. 6, Nº. 2 (2009). Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199018370007>.

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel, *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁDABA GARRAZA, T, «Origen, aplicación y límites de la “teoría del encuadre” en comunicación», *Communication & Society* 14(2) (2001), pp.143-175.

SALEC GORDO, Zeidan, *La agravante por odio y discriminación en el Código Penal. El artículo 22.4 del Código Penal*, Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2017.

SÉNECA, *Epistulae Morales ad Lucilium*, Roma, 65 d.C.

SPINOZA, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Roma, 1677.

TERUEL LOZANO, Germán M, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 27. Enero-Junio (2017). Disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm.

VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco, *Límites constitucionales al discurso del odio*, Repositorio Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2017.

VAN DIJK, Teun, *Racismo y análisis crítico de los medios*, Paidós Comunicación, Barcelona, 1997.

WALDRON, J, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press. Cambridge, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo, «Constitucionalismo», *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, N° 17, N° 29, (2013), pp. 19-38.

ANEXOS

1.- Entrevista a Luisa María Gómez Garrido, magistrada y especialista en Derechos Fundamentales

Pregunta: ¿Cree que la regulación de delitos de odio (actos de odio y discursos de odio) que establece nuestro Código Penal favorece que existan más o menos condenas en esta materia?

Respuesta: Es muy difícil contestar con un mínimo rigor a esa pregunta. Sin contar con antecedentes potenciales más remotos, el delito de odio está tipificado, aunque como es bien sabido no se califique terminológicamente de ese modo, desde la redacción original del vigente Código Penal de 1995, y ha tenido luego una reforma de importante calado en 1995, y otra de menor entidad en 2021.

Es complicado ofrecer datos comparativos desde antes de 1995, pero sí contamos con datos que demuestran que en los últimos tiempos se ha producido un incremento significativo de los llamados “delitos de odio”. Nuestra fuente en este caso son las estadísticas del Ministerio del Interior sobre evolución de los delitos de odio. En las más antigua disponible, la del año 2013, se consignan 1.172 incidentes calificables en el ámbito del delito de odio; mientras que en el año 2019 la cifra asciende a 1.598 incidentes. Se trata de un incremento del 36%, que es verdaderamente llamativo.

Ahora bien, es complicado sostener que tal incremento se deba a la tipificación, particularmente a partir de la reforma de 2013, que es la que podemos evaluar en mayor

medida al contar con estadísticas desde ese mismo año. No se puede responder a esa incógnita sin considerar otros muchos factores seguramente más inaprensibles. El creciente clima de tensión en ciertos ámbitos, el cambio de hábitos sociales, el fundamental papel de las redes sociales, que están siendo revolucionarias en este como en otros muchos campos, y la mayor sensibilidad social hacia ciertos tipos de delitos de odio, son circunstancias muy relevantes que no pueden menospreciarse.

Yo me atrevería a decir que todos esos factores aludidos han podido tener bastante más incidencia que el Código Penal en el incremento de los incidentes relacionados con delitos de odio.

Pregunta: Desde su punto de vista, ¿es dicha regulación respetuosa con los derechos fundamentales, especialmente con la libertad de expresión?

Respuesta: Esto que Ud. plantea es un asunto ciertamente peliagudo y muy debatido en la doctrina. No podemos ser ingenuos o poco realistas. La verdad es que los delitos de odio inciden de manera directa en la libertad de expresión de las personas, que no pueden decir todo lo que quieren. Ahora bien, esa restricción es admisible porque, para entendernos, lo que se restringe no es que el ciudadano no pueda decir lo que quiera, sino que el ciudadano no diga, por llamarlo así, barbaridades, y además, no barbaridades de cualquier tipo, sino las de tal intensidad que puede implicar un daño objetivo y perceptible a otras personas, en términos de exclusión, amenazas, menosprecio o riesgo para su vida o integridad.

Esto se aprecia con mayor claridad si se repara en que, la sección del CP en la que se contiene el grueso de los delitos de odio, se titula “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”. Esto es, los delitos de odio se presentan como ataques a los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás.

Claro que es posible que se produzca una colisión de derechos, eso es algo habitual en el mundo jurídico, y se solventa mediante varios mecanismos interpretativos; seguramente el más popular de todos ellos es el de la ponderación, que nos permite a los jueces sopesar todos los derechos e intereses en juego para ver cuál tiene mayor peso en un momento. De ello se deriva que, en delitos como los de odio, con tanta base de indefinición conceptual, el papel de los jueces es muy importante, porque se incrementan sus facultades interpretativas y de aplicación de la ley al caso concreto. En este sentido yo estaría muy tranquila. Los jueces españoles son muy buenos técnicamente y hacen su trabajo más que aceptablemente bien.

Pregunta: ¿Considera que el Derecho penal es la herramienta más útil y efectiva para luchar contra los delitos de odio?

Respuesta: Es un asunto también controvertido. En esto, como en tantas otras ocasiones, el reproche social debe operar de manera progresiva, proporcional y mesurada, porque no podemos castigar penalmente cualquier cosa que no nos guste. Constituye un clásico recordar que el Derecho penal es siempre la última *ratio* del Estado; es así y así debe continuar siendo.

En el ámbito de los delitos de odio debemos tener claro que no podemos pretender castigar penalmente a cualquiera, por indeseables y reprochables que sean sus opiniones o actitudes, y mucho menos al disidente del sentir mayoritario. Para esto hay otras respuestas posibles en el ámbito civil, del mismo modo que debemos asumir que en muchas ocasiones tales actitudes disidentes no deben llevar aparejada reacción de tipo alguno, o que, en otras, no quedará sino soportar a personas irresponsables sin reacción social posible.

Ahora bien, contando con todo eso, tampoco tengo duda alguna que la sociedad no puede desarmarse por completo, y que hay actitudes y expresiones simplemente inadmisibles. Esa es quizás la última lección que le queda por aprender a cualquier democracia madura asentada en un fuerte Estado de Derecho constitucional: que su propia defensa requiere de una cierta gallardía y capacidad de respuesta, y que los derechos no se defienden por sí solos.

2.- Entrevista a Carlos Ocaña García, fiscal (Enlace de la Sección de Delitos de Odio y Discriminación)

Pregunta: En su opinión, ¿la actual regulación sobre delitos de odio en el CP favorece un mayor o menor número de acusaciones por parte del Ministerio Fiscal en esta materia?

Respuesta: En mi opinión favorece un mayor número de acusación por parte del Ministerio Fiscal en esta materia. No hay que olvidar algunos datos como los siguientes:

- 1) La creación de la Sección especializada de delitos de Odio en Barcelona (la primera de toda España) data de octubre de 2009.
- 2) Igualmente, en diversos cuerpos policiales se han establecido protocolos de actuación para la persecución de los delitos de odio, lo cual es fundamental

puesto que de nada sirve una regulación profusa de delitos en el Código penal si las fuerzas y cuerpos de seguridad, que son quienes realizan las investigaciones, no tienen las herramientas necesarias (entre otros 2010 Mossos d'Esquadra, 2012 Ertzaintza, 2014 Ministerio del Interior, 2015 Guardia Civil, 2018 Protocolo Guardia Urbana Bcn, 2019 Policías Locales Cataluña)

Además de todo ello, la importante reforma de 2015 supuso un avance muy importante en materia de lucha contra los delitos de odio. Así, hasta esa fecha el art. 510 (piedra angular en el Código Penal en esta clase de delitos) se limitaba a recoger este articulado:

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

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.

Sin embargo, tras la reforma de 2015 el articulado cambió radicalmente, dándonos herramientas para perseguir hechos que hasta entonces eran de difícil encaje o bien eran considerados hechos mas propios de delitos contra la integridad moral (un buen ejemplo de eso es el actual art. 510.2.a) que dispone que *serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:*

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos 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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

Este tipo penal suele aplicarse en concurso de normas del art. 8.1 del Código Penal (principio de especialidad) con el art. 173 en supuestos, por ejemplo, de agresiones gratuitas contra personas por motivos discriminatorios como puede ser la orientación sexual o la raza. Cuestiones que antes quedaban consideradas como un delito leve de lesiones del art. 147.2 con la agravante de discriminación del art. 22.4 (es decir, una pena de multa bastante baja) ahora encuentran una mayor proporcionalidad en el castigo.

En definitiva, no solo la nueva regulación sino la mayor especialización de la Fiscalía y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y las CCAA es lo que sin duda posibilita que haya un mayor número de acusaciones en esta materia.

Pregunta: Muchos de los delitos que se cometen quedan fuera de las estadísticas oficiales porque sus víctimas no los denuncian, ¿qué prácticas cree que deberían ponerse en marcha para favorecer un mayor conocimiento de los mismos por parte de la Administración de Justicia?

Respuesta: Efectivamente son muchos los hechos relacionados con esta materia que quedan fuera de las estadísticas al no denunciarlos sus víctimas. En ello confluyen muchas razones: Desconfianza de las Instituciones: “No me harán caso, no servirá de nada...”, en el caso de extranjeros el temor a ser expulsados o temor a la policía, miedo a revelar elementos de la intimidad ante los demás, desconocimiento de derechos o bien el pensar “No me creerán”.

Precisamente en 2017 la *European Union Agency for fundamental Rights* encuestó a 25500 personas obteniendo los siguientes datos:

- 38% encuestados se consideraban discriminados en algún momento de sus vidas.
 - 45% africanos del norte
 - 39% africanos subsaharianos
 - 41% gitanos
- 24% sufrió acoso por odio. Presenciales y contra mujeres mayoritariamente.
- 31% inmigrantes de segunda generación sufrieron hostigamiento por odio (50% de ellos 6 veces en un año)
- 3% sufrió un acto violento.

Y, por desgracia, con el tiempo las cosas no han mejorado. Si en 2009 la cifra sumergida de denuncias era del 82%, actualmente es del 88%. Lo cual quiere decir que falla el sistema y que no estamos llegando a los colectivos discriminados.

Pregunta: ¿Qué medidas o prácticas han de adoptarse para favorecer que este número de denuncias sumergidas sea mucho menor?

Respuesta: Se trata de una estrategia que ha de ser abordada desde diversos ámbitos. Desde la educación, con políticas de educación en igualdad y no discriminación (poniendo la solución antes de la herida), realizando potentes campañas publicitarias en los medios y desde las instituciones para que las potenciales víctimas sepan que existe una policía y una fiscalía especializada en esta materia y que podrá ayudarles; mayor visibilidad desde los medios de estos hechos a los efectos de evitar la tan nociva minimización que todavía en ocasiones nos encontramos.

También es necesaria una política efectiva de comunicación desde el Poder Judicial y la Fiscalía para que se sepa que estos hechos: a) se investigan b) se acusa por ellos y c) se condenan. Es cierto que en los últimos años se está observando una mayor sensibilización en la sociedad sobre este tema pero aun queda mucho camino por recorrer.

Pregunta: ¿Con qué dificultades se encuentra la fiscalía a la hora de probar la existencia de un delito de odio referente al *hate speech*?

Respuesta: El llamado *hate speech* es el delito que encontramos en el art. 510.1 del Código Penal. Es un delito complicado puesto que, a diferencia de otros, se trata de hechos que podrían colisionar con un derecho fundamental como es la libertad de expresión. En esta materia nos movemos en una frontera complicada, puesto que corresponde dilucidar si las expresiones concretas son objeto de delito o bien libre ejercicio de la expresión, reconocida en el art. 20 de la Constitución como derecho fundamental.

Ello implica realizar una ponderación de los elementos en juego. Así, las mayores dificultades se basarán siempre en la alegación por el infractor de que tales expresiones son fruto de su derecho fundamental a manifestar su opinión libremente (y como derecho fundamental que es hay que ser cuidadoso). Asimismo, al corresponder a la Fiscalía la carga de probar el delito corresponde probar elementos que en realidad pertenecen al fuero interno del sujeto (salvo casos excepcionales).

Al respecto, la STEDH *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, de 14 de enero de 2020, establece lo siguiente:

Demostrar la motivación racial a menudo será extremadamente difícil en la práctica pero el Tribunal insiste en investigar las posibles connotaciones racistas de un acto violento y la obligación de hacer lo que es razonable en las circunstancias para recopilar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de una violencia racial inducida.

Por lo tanto, las mayores dificultades residen precisamente en acreditar que lo manifestado excede de los límites de la libertad de expresión y que entraña un peligro o un riesgo para la sociedad en su conjunto. En esta materia la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) nos da una serie de pautas en materia de persecución del llamado *hate speech* como son las siguientes:

- 1) Excepcionalidad del derecho penal por riesgo de colisión con libertad expresión (lo que comentaba antes, el derecho penal es la última ratio y además estamos hablando de un derecho fundamental).
- 2) Peligro de que la persecución penal de estos actos delictivos de discurso de odio se emplee para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas.
- 3) Cualquier sanción que se imponga en un determinado caso ha de reflejar el principio de proporcionalidad.
- 4) Han de ser hechos graves: cuando tienen la finalidad, o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el empleo de expresiones de este tipo tiene lugar en público.

De ahí las dificultades en esta materia puesto que ha de hilarse muy fino al tratarse del posible ejercicio de un derecho fundamental, debiendo acusar únicamente cuando dichas expresiones cumplen los elementos anteriormente señalados.

Pregunta: ¿Considera que la irrupción de las nuevas tecnologías, en especial de las redes sociales, ha supuesto un incremento del discurso de odio o únicamente ha dificultado su persecución en el ámbito judicial?

Respuesta: Más que un incremento en sí, yo hablaría más bien de una exteriorización del problema. Lo que antes quedaba en la esfera privada y era inexistente para el mundo judicial ahora ha aflorado a través de las redes sociales. Un lugar donde, no olvidemos,

rigen las mismas reglas que en la vida real, no pudiendo justificar el estar detrás de una pantalla para manifestar lo que se quiera y de la forma que se quiera.

Las leyes rigen igual sea dicho algo a través de redes sociales o no. Con el añadido de que la red social expansiona el mensaje, a veces de forma muy importante, con lo que el consiguiente daño puede ser muy superior. En cambio, creo que más que dificultar, ha facilitado el conocimiento de estos hechos. Hechos que antes eran ocultados por las víctimas ahora muchas veces son expuestos por las redes sociales (agresiones a personas homosexuales o inmigrantes), permitiendo a las autoridades activar los mecanismos necesarios para su persecución. Por lo tanto, si bien creo que las redes sociales sí han supuesto una mayor exposición de esta clase de hechos (creo que por la falsa sensación de impunidad del autor de los mismos al estar tras una pantalla), también es cierto que cada vez existen más herramientas para perseguir tales conductas.

Pongo como ejemplo el Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea suscrito por actores tan diversos como el CGPJ, la Fiscalía General del Estado, las Secretarías de Estado de Justicia, Seguridad, Educación, Deporte, Igualdad, Derechos Sociales y Migraciones, y del Centro de Estudios Jurídicos; los representantes del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, del Consejo de Víctimas de Delitos de Odio y Discriminación, de la Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales, de la Plataforma de la Infancia, de la Plataforma del Tercer Sector y de la Asociación Española de la Economía Digital, en la que se integran empresas prestadoras de servicios de alojamiento de datos como YouTube, Facebook, Instagram, Twitter o Microsoft.

3.- Entrevista a Juan Antonio Lascuráin Sánchez, profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Pregunta: ¿Considera necesario que en un Estado Social y Democrático de Derecho se castigue penalmente el discurso de odio?

Respuesta: El discurso del odio es por definición un acto de expresión política. Por ello, y por razones de evitar el efecto desaliento del ejercicio de derechos fundamentales, solo lo castigaría en los casos en los que quepa constatar una incitación a la violencia hacia grupos vulnerables por su discriminación histórica.

Pregunta: Desde su punto de vista, ¿qué aspecto relacionado con la actual regulación de los delitos de odio (tanto actos como discursos de odio) necesita ser reformado de forma urgente?

Respuesta: Creo que los artículos 510 CP y ss. son imprecisos y expansivos, llegándose a castigar conductas muy lejanas con actos de violencia. Por poner un ejemplo, es delito la mera facilitación de materiales idóneos para lesionar la dignidad por representar un descrédito de una persona por su pertenencia a ciertos grupos.

Por otro lado, el interpretativo: al ser delitos de expresión, su falta de justificación debe sustentarse siempre en la incitación a la violencia.

Además, la agravación del artículo 22.4 no debe interpretarse en términos subjetivos – ánimo o sentimiento – sino de objetiva intimidación a otros miembros del grupo.

Pregunta: ¿Cree que la reforma efectuada a través de la LO 1/2015 en materia de delitos de odio cumple con las exigencias constitucionales de protección a la libertad de expresión? ¿Y la protección de la igualdad?

Respuesta: Creo que el problema principal con un texto tan descuidado con la libertad de expresión es que los jueces hagan una interpretación constitucional, exigiendo en todo caso para la negación de la justificación, el elemento de la incitación a la violencia.

4.- Entrevista a Germán M. Teruel Lozano, miembro del Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión (LIBEX) y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia

Pregunta: ¿Qué relevancia constitucional posee, a su juicio, la regulación penal de los delitos de odio?

Respuesta: Conviene comenzar distinguiendo delitos de odio (donde, por ejemplo, se incluye la agravante por motivos discriminadores) del castigo penal del discurso del odio. En relación con este último, el tipo penal de referencia es el art. 510 CP que castiga fundamentalmente conductas de incitación al odio y a la discriminación. Se trata por tanto del castigo de conductas que, *prima facie*, constituyen ejercicio de la libertad de expresión. De ahí su particular relevancia constitucional, que comporta la necesidad de analizar con detalle la legitimidad constitucional de estos delitos.

Pregunta: Centrándonos particularmente en la modalidad de discurso de odio, ¿está de acuerdo con que se castigue penalmente?

Respuesta: La libertad de expresión, como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, no es absoluta y tiene límites cuando se pueda dañar o poner en peligro otros bienes jurídicos. Y, frente a esos ataques más graves, tales excesos pueden merecer reproche penal. Ahora bien, hay que distinguir con la mayor nitidez que no todo discurso odioso (como lo denomina Presno Linera), debe ser considerado jurídicamente “discurso del odio”, excluido del ámbito de protección de la libertad de expresión.

Y, aún más, en ocasiones puede ocurrir que, aunque se concluyera que un discurso no merece amparo constitucional, sin embargo la conducta no es suficientemente grave como para que esté justificado su castigo penal. En estos últimos supuestos, por ejemplo, cabría plantear una respuesta en sede civil y, cada vez más, a mi juicio de forma patológica, observamos que se impone una tendencia para prever sanciones administrativas.

En todo caso, debemos tener presente que concluir que un discurso odioso está amparado por la libertad de expresión no implica “santificarlo”, es decir, no lleva a que tengamos que darlo por bueno. Los poderes públicos pueden reaccionar frente al mismo a través de otros mecanismos. Lo que no podrá es censurarse ni sancionarse.

Pregunta: ¿Le parece compatible la regulación penal de los discursos de odio con la posición preferente que ocupa la libertad de expresión en nuestra CE?

Respuesta: La actual regulación de los delitos que castigan el discurso del odio en España presenta serias deficiencias, como hemos puesto de manifiesto en el grupo de trabajo LIBEX a cuyas conclusiones me remito. En particular, no se define adecuadamente el grado de peligrosidad que justifica castigar penalmente conductas provocadoras.

5.- Entrevista a David Jiménez García, periodista y ex director del diario *El Mundo*

Pregunta: En términos generales, ¿cree que los medios de comunicación contribuyen a la difusión del discurso de odio entre la sociedad?

Respuesta: La crispación política que vivimos en los últimos años está relacionada con los medios y su responsabilidad al potenciar los bandos tradicionalmente irreconciliables de España. La manera en la que en los medios se describe como enemigos o traidores de la patria a quienes no secundan sus opiniones contribuye a crear un clima donde el debate político es sustituido por el enfrentamiento y el insulto. Creo que es un ambiente en el que políticos y periodistas se encuentran cómodos, porque facilita la captación de la atención en un momento donde las fuentes de información están fragmentadas y los medios han perdido el monopolio de la influencia. Cada vez más medios buscan una reacción emotiva, en lugar de racional. El resultado es un periodismo que en lugar de calmar el ambiente político, contribuye a incendiarlo. El odio al otro, al diferente o al que piensa de otra manera, crece en esa atmósfera.

Pregunta: ¿Qué prácticas/recursos considera que serían necesarios para lograr un tratamiento informativo, de sucesos relacionados con el odio, de conformidad con los derechos fundamentales?

Respuesta: Es fundamental reformar la información respecto a la opinión, los datos por encima de la retórica y el rigor como instrumento para despojar al periodismo de ideología marcadas. Uno de los deterioros del periodismo en estos últimos años ha sido la manera en la que la opinión de los medios ha contaminado su información, ajustando esta a prejuicios y bandos concretos. Un regreso a las normas básicas de rigor, contraste y verificación limitaría el espacio que queda para la opinión y la visceralidad que vemos en estos momentos.

Pregunta: ¿Cree que debería castigarse -con algún tipo de sanción- cuando los medios actúen como plataformas de difusión del discurso de odio?

Respuesta: Los medios han mostrado una gran incapacidad para crear sus propios medios de control contra la desinformación o el odio. Los medios tienen una gran capacidad de expandir odio, cuando están en manos irresponsables. El parlamento debería regular para que quienes lo hacen sean sancionados, pero la decisión última de

quién ha transgredido las normas no puede estar en manos de los Gobiernos, que son parte interesada. Necesitamos jueces formados en delitos de odio y desinformación que puedan hacer esa criba. El papel de las asociaciones de prensa o colegios profesionales debería ser mucho más activo en señalar y retirar la legitimidad periodística a quienes propagan el odio en los medios.

6.- Entrevista a Marcos García Santonja, periodista y ex trabajador de *Radio Nacional de España*

Pregunta: En términos generales, ¿cree que los medios de comunicación contribuyen a la difusión del discurso de odio entre la sociedad?

Respuesta: Por desgracia, muchos medios de comunicación contribuyen a crear un discurso del odio en la sociedad. Es evidente que no todos lo hacen y que se puede caer en una generalización. Pero, al mismo tiempo, es vital una autocrítica en la que los medios analicen cómo se comportan ante ciertas situaciones. Nos encontramos ante un peligro que puede poner en jaque todo nuestro sistema: si la ciudadanía no confía en sus medios o descubre que estos le traicionan contando una realidad tergiversada por intereses económicos y políticos la sociedad dejará de confiar en sus medios y se entregará con los brazos abiertos a las corrientes populistas, extremistas y cuyo único objetivo es generar odio hacia colectivos desfavorecidos. Es urgente que los medios públicos sirvan de auténtico modelo para los demás. Con su supervivencia económica garantizada y con el único fin de contar la realidad de una manera plural deben erigirse como auténticos garantes del sistema. Garantizar el sistema no es apuntalar a los poderosos. Todo lo contrario: es precisamente señalar los problemas escondidos, esos que requieren tiempo, investigación y mucho tacto social, para que los que peor lo pasan puedan contar su historia. Esa radio, tele y web públicas pueden ser un modelo frente a medios privados (no todos) cuyo *modus operandi* es el morbo para ganar dinero. Sin reflexión, sin hacerse preguntas y sin cuestionarse en absoluto.

Pregunta: ¿Qué prácticas/recursos considera que serían necesarios para lograr un tratamiento informativo, de sucesos relacionados con el odio, de conformidad con los derechos fundamentales?

Respuesta: Considero que para lograr un adecuado tratamiento informativo alejado del odio la principal herramienta con la que contamos es la especialización. Es necesario estar sobre el terreno, conocer la realidad que se va a tratar de comunicar y formarse intensamente en torno a temas tan delicados para vehicular la información de manera correcta. La mayoría de las veces los medios no tratan mal estos sucesos premeditadamente. El problema surge cuando no hay una verdadera planificación de tus recursos profesionales. Si cualquier tipo de noticia requiere un bagaje, qué decir de informaciones relacionadas con discriminación, violencia machista, migraciones o colectivos vulnerables.

Otra herramienta fundamental es alcanzar la viabilidad económica de los medios de comunicación. Las malas praxis informativas surgen demasiadas veces por un interés económico. Hay noticias que, contadas de cierta manera, fomentan el odio y no solo eso: fabrican el miedo. Ese miedo es el sustento económico de muchos medios, que necesitan que esa información tenga un recorrido. Solamente los medios que sean rentables podrán contar las noticias de una forma que no fomente el odio y el miedo. A mayor precariedad mayor será el odio que generarán para intentar salir de esa espiral viciada. Solo con recursos suficientes se podrá pagar lo que cuesta un profesional de la información que esté formado, con experiencia y que conozca lo que debe contar y cómo lo debe contar.

Pregunta: ¿Cree que debería castigarse -con algún tipo de sanción- cuando los medios actúen como plataformas de difusión del discurso de odio?

Respuesta: No creo que, a priori, una sanción fuese una solución para paliar el discurso del odio presente en algunos medios de comunicación. Si retrocedemos mínimamente en el tiempo podremos recordar la polémica surgida en torno a un posible (e inexistente) Ministerio de la verdad. Su función, a priori, sería controlar las noticias falsas. Si aquello fue recibido con tanto rechazo, cabe pensar que esas sanciones serían directamente relacionadas con la censura. Sin esperar a ver su utilidad ni funcionamiento.

Considero que la democracia no se puede permitir, a su vez, dejar su legitimidad y supervivencia en manos de grandes agentes económicos que desde la revolución digital dominan el mundo. Tampoco, en manos de lo que publiquen los medios. En esa frontera, en esa línea fina entre la censura y los mecanismos de supervivencia y regulación, está la solución. Lo vimos en enero de 2021 con el intento de golpe de Estado en el capitolio. Ultraderechistas azuzados por Donald Trump casi logran impedir la transición presidencial hacia Joe Biden. En ese momento fueron los grandes magnates de Twitter o de Facebook los que optaron por cortar las alas a Trump y suspender

durante horas su cuenta en esas redes sociales. La democracia estuvo en vilo y, gracias a que en ese momento los intereses económicos estaban alineados con la democracia, esta se salvó. Qué habría pasado de no ser así es complicado adivinarlo.

Volvemos a las sanciones por un posible discurso del odio. ¿Quién impondría estas sanciones? ¿Qué organismo regulador podría tener la legitimidad y el consenso suficiente como para no verse salpicado de una posible corruptela? Sería difícil legislar en torno a esto y que no acabara convertido en una lucha partidista. Creo que tenemos mucho trabajo por hacer pero que la solución no está en la sanción sino en la formación desde la base: en las escuelas, creando una conciencia de base contra el odio y contra las noticias falsas, es necesario un entorno en el que los futuros votantes sepan acceder a la formación; es necesaria una mayor implicación de los medios de comunicación, con periodistas formados en cada ámbito concreto y con medios que apuesten por el rigor y sin ataduras económicas; es urgente una vigilancia externa: desde el asociacionismo, el sindicalismo y desde la propia ciudadanía. Es vital que el periodismo vigile al poder y es necesario que todos vigilemos al que vigila al poder.



AGRADECIMIENTOS

Esta investigación no habría sido posible sin los comentarios, sugerencias e ideas de los profesores Rosario Tur Ausina, Miguel Ángel Presno Linera, Salvador Rubio Navarro y Patricia García Majado.