

PRÁCTICA MARÍA GORJÓN

Comentaremos los siguientes casos:

CASOS FERET¹ Y ALBIOL²
CASO CASSANDRA VERA³
CASO LIBERÍA EUROPA⁴ Y KALKI⁵

¿Se puede/debe limitar con el Derecho penal el “discurso de odio” en España? ¿Y el discurso discriminatorio? ¿Y con el derecho civil o el Derecho administrativo?

Compara los límites penales al discurso discriminatorio establecidos por estas dos resoluciones de Naciones Unidas y de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI):

- La Recomendación general número 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial de 2013
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI): Recomendación de Política General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio de 2016

DELITO DE “DISCURSO DE Oidio”

1. Naciones Unidas: La Recomendación general número 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial de 2013⁶

“Si bien el artículo 4 (Convención de 1965) exige que determinadas formas de conducta se declaren actos punibles conforme a la ley, no ofrece orientación detallada para

¹ TEDH Féret c. Bélgica (nº 15615/07), 16 de julio de 2009.

² El entonces alcalde de Badalona fue absuelto por sentencia del Juzgado de lo penal núm. 18 de Barcelona, sentencia núm. 574 de 10 de diciembre de 2013. El juzgado en su fallo decidió absolver a don Xavier García Albiol de los delitos de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, y de injuria colectiva, que se le imputaban en este procedimiento”. Puede consultarse la sentencia en <http://www.sosracisme.org/wp-content/uploads/2013/12/Sentencia.pdf>. Aquella sentencia fue recurrida por SOS Racisme Catalunya, admitida por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), aunque finalmente la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) Sentencia núm. 713/2014 de 22 julio absolvió del delito de discriminación al político catalán (aunque hubo un voto particular de la Sra Magistrada D. María José Magaldi Paternostro al discrepar respetuosamente del criterio mayoritario del Tribunal.).

³ SAN 9/2017 de 29 de marzo de 2017 y STS 95/2018 de 26 de febrero

⁴ STC 235/2007 de 7 de noviembre

⁵ STS 259/2011 de 12 de abril

⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general Nº 35, La lucha contra el discurso de odio racista de 26 de septiembre de 2013, consultar en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jLxCUfnDEBkJ:docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhssyNNtgI51ma08Cma6o7Bglz8iG4SuOjovEP%252Bcqr8joDQWqe7tgHamAOAPSeR0m5B2QHOEigCNo1wpGTUDXTnborvI0DZBnwtEnXWLXEURIH+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=safari>

tipificar esas formas de conducta como delitos penales. Para calificar los actos de difusión e incitación como actos punibles conforme a la ley, el Comité considera que deben tenerse en cuenta los siguientes factores contextuales: las restricciones que propone esta Recomendación son cinco.

- **El contenido y la forma del discurso:** si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa.
- **El clima económico, social y político** que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso, incluida la existencia de pautas de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos, como los pueblos indígenas. Los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro: en sus indicadores sobre el genocidio, el Comité puso de relieve la importancia de las condiciones locales al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista.
- **La posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso.** El Comité ha señalado repetidamente la influencia de los políticos y otros formadores de opinión pública en la creación de un clima negativo respecto de los grupos protegidos por la Convención, y ha alentado a esas personas y entidades a adoptar actitudes positivas encaminadas a promover la comprensión y la armonía entre las culturas. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, y también de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.
- **El alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión:** si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.
- **Los objetivos del discurso:** el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo”.

2. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI): Recomendación de Política General número 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio de 2016⁷⁸

“Para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente, hay que tener en cuenta

- **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):

⁷ https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/2016_12_21- Recomendacion_ECRI_NO_15_Discurso_odio-ES.pdf

⁸ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación de Política General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio de la, Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016

- **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);
- **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);
- **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);
- **El medio utilizado** (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y
- **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).

El texto del Plan de Acción de Rabat ya refleja las distintas circunstancias que son importantes para realizar la evaluación del riesgo y considerar el discurso de odio delicto penal¹⁴. Sin embargo, la Recomendación va más allá al reconocer (también en el apartado 18 de la GPR No7 en lo que se refiere al derecho penal¹⁵) 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. Se considerará una imprudencia, cuando quepa esperar razonable- mente que se produzca este efecto”.