A pesar de los avances científicos y la normativa actual, las personas con VIH siguen luchando contra el estigma, la desinformación y la discriminación que, en ocasiones, desembocan en conductas que incitan el odio y la violencia. El Código Penal español tipifica estas conductas como "delitos de odio" y establece, en determinadas situaciones, límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión con objeto de proteger la dignidad, la seguridad y otros derechos fundamentales de las personas o grupos que puedan ser objeto de discriminación, odio o violencia.

¿Cómo puedo contactar con la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá?

Puedes enviarnos tu consulta a la dirección de correo electrónico **clinicalegal@uah.es**

Recuerda que:

- La Clínica Legal ofrece este servicio de forma gratuita
- Está especializada en el acceso a derechos de las personas con el VIH
- Es un servicio anónimo y confidencial
- Quienes contestan las consultas son estudiantes y profesores de Derecho

Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

clinicalegal@uah.es
ClinicaLegalUAH
ClinicaLegalUAH
clinica_legal_uah

CON LA COLABORACIÓN DE:

ViiV Healthcare

GILEAD Advancing Therapeutics. Improving Lives.



64 | Clínica Legal de la Universidad de Alcalá

ES

VIH y delitos de odio

Universidad de Alcalá

¿Qué son los delitos de odio?

En el marco de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, los denominados delitos de odio, regulados en el artículo 510 del Código Penal, se refieren conductas que fomentan, promueven o incitan, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados grupos o personas por razón de, entre otros, su ideología, orientación sexual, enfermedad o discapacidad.

Así, se distinguen tres tipos delictivos dependiendo de la conducta concreta:

1. Tipo básico: recoge conductas como el fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Además, tipifica la producción, elaboración y distribución de material incitador, y la negación o enaltecimiento que favorezca un clima de odio.

2. Tipo atenuado: contempla los actos de humillación, menosprecio, enaltecimiento y la justificación pública de delitos cometidos contra grupos o personas determinadas.

3. Tipo agravado: incluye a la comisión de cualquiera de las conductas anteriores a través de medios de comunicación o uso de tecnologías de la información, y que alteren la paz pública, sentimiento de inseguridad o generen temor entre los integrantes del grupo afectado.

El conflicto con el derecho a la libertad de expresión

La principal controversia a la hora de valorar la existencia de un delito de odio es la limitación que implica del derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución Española). En concreto, se reconoce y protege el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [...]». La libertad de expresión es fundamental para una sociedad democrática, ya que sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos consagrados en la Constitución. Por ello, en caso de conflicto debería prevalecer frente a otros derechos, aunque esto no significa que sea un derecho absoluto, sino que cualquier restricción debe ser mínima y superar un estricto test de proporcionalidad.

En definitiva, deberá determinarse en cada caso concreto cuándo un discurso cruza los límites del derecho a la libertad de expresión y se convierte en incitación al odio sin que implique una censura o una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de expresión.

¿Cuáles son los criterios para apreciar la existencia de un delito de odio?

La ponderación y la aplicación de los delitos de odio es compleja, ya 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. Ante la complejidad de establecer pautas objetivas para ponderar adecuadamente el discurso de odio y sus manifestaciones, podemos extraer de la jurisprudencia determinados criterios de interpretación a la hora de analizar si nos encontramos ante un posible delito de odio o una conducta amparada en el derecho a la libertad de expresión.

Para que los hechos sean constitutivos de un delito de odio debe existir lo que se denomina *conducta típica* y se debe generar un *riesgo real y efectivo*. La jurisprudencia ha indicado que esa conducta típica es la de «fomentar, promover o incitar, o producir» y que, además, tratándose de conductas que se dirigen a terceros, debe acreditarse su idoneidad para repercutir sobre estos, por lo que «no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal» (STC 35/2020). Así, no se requiere una situación concreta de peligro pero sí una aptitud para la generación de la situación de peligro que sea tenida por seria, por lo que se trata de un delito de peligro (STS 72/2018, de 9 de febrero, y STS 646/2018, de 14 de diciembre).

Por regla general, la mera difusión de ideas, aunque sean racistas o xenófobas, por sí sola, no constituye delito, sino que es esencial distinguir una difusión de ideas de la ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 892/2016, de 29 de noviembre y Auto de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 736/2017, de 8 de septiembre).

En conclusión, aunque no se precisa que la incitación se refiera directa o indirectamente a hechos delictivos, la conducta sí debe ser idónea o apta para generar una situación de peligro seria, un riesgo real y efectivo de producción de conductas ajenas de discriminación, odio, violencia u hostilidad. En el ordenamiento jurídico español el uso del Derecho Penal está configurado como *ultima ratio*, es decir, su aplicación e intervención debe reservarse a los casos más graves, en este caso, aquellas actuaciones que supongan una incitación real y efectiva a la violencia.