

MANUAL PRÁCTICO PARA LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN

Miguel Ángel Aguilar García (director)
Víctor Gómez Martín
Marta Marquina Bertrán
Miriam de Rosa Palacio
Josep Maria Tamarit
Miguel Ángel Aguilar García



MANUAL PRÁCTICO PARA LA INVESTIGACIÓN
Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS DE ODIO
Y DISCRIMINACIÓN

MANUAL PRÁCTICO
PARA LA INVESTIGACIÓN
Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS
DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN

Director:

Miguel Ángel Aguilar García

Fiscal

Autores:

Víctor Gómez Martín

Catedrático acreditado de Derecho Penal

Marta Marquina Bertrán

Fiscal

Miriam de Rosa Palacio

Magistrada

Josep Maria Tamarit

Catedrático de Derecho Penal

Miguel Ángel Aguilar García

Fiscal



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

BIBLIOTECA DE CATALUNYA - DADES CIP:

Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación

Bibliografía

I. Gómez Martín, Víctor II. Aguilar García, Miguel Ángel, dir. III. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya)

1. Delictes d'odi – Dret i legislació – Manuals, guies, etc. 2. Discriminació – Dret i legislació – Manuals, guies, etc.

343.4(094)(035)

Esta publicación se edita en el marco del Acuerdo de colaboración entre el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, la Fiscalía Superior de Catalunya y la Fundación Bancaria "la Caixa" para la colaboración en la lucha contra los delitos de odio y discriminación.



Aviso legal



Los contenidos de esta obra están sujetos a una licencia de Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública siempre que se cite el titular de los derechos (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada) y no se haga un uso comercial. Esta obra no se puede transformar para generar obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>.

© Generalitat de Catalunya
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

Primera edición: Noviembre de 2015

Depósito legal: B 27629-2015

Diseño y composición: Addenda
Impresión: Addenda

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN. LA NECESARIA SENSIBILIZACIÓN Y FORMACIÓN ANTE LA GRAVEDAD Y EL ALCANCE DE LOS DELITOS DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN	15
2.	DEFINICIONES Y APROXIMACIÓN A CONCEPTOS CLAVE	23
2.1.	Prejuicios y estereotipos	23
2.1.1.	Prejuicios	23
2.1.2.	Estereotipos	24
2.2.	Discriminación	25
2.3.	Discriminación directa	26
2.4.	Discriminación indirecta	27
2.5.	Discriminación por asociación	27
2.6.	Discriminación por error	28
2.7.	Orden o instrucción de discriminar	29
2.8.	Acoso discriminatorio	30
2.9.	Represalia discriminatoria	31
2.10.	Discriminación múltiple	31
2.11.	Delito de odio	33
2.12.	Discurso del odio	35
2.12.1.	Colisión con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) y libertad de expresión (art. 20 CE)	36
2.12.2.	Ponderación de bienes jurídicos: respeto a la dignidad de las personas, principio de igualdad y derecho al honor (arts. 9, 10 y 14 CE), frente a pluralismo político, libertad de expresión, ideológica o de conciencia (arts. 1, 9, 16 y 20 CE)	43
2.13.	Racismo	44
2.14.	Xenofobia	48
2.15.	Etnia	48

2.16. Ideología	51
2.17. Religión o creencias.	52
2.18. Antisemitismo	54
2.19. Islamofobia	54
2.20. Anticristianismo.	55
2.21. Nación u origen nacional.	56
2.22. Sexo y género	56
2.23. Orientación sexual	59
2.24. Identidad sexual	60
2.25. Enfermedad	60
2.26. Discapacidad	61
2.27. Aporofobia.	63
2.28. Romafobia o antigitanismo	64
3. DIAGNÓSTICO DE LOS PROBLEMAS MÁS FRECUENTES QUE IMPIDEN O DIFICULTAN LA EFECTIVA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN.	67
3.1. Aproximación.	67
3.2. Desconocimiento del número de hechos	68
3.2.1. Desconocimiento de los hechos denunciados	68
3.2.2. Desconocimiento de los hechos que se producen y no se denuncian	70
3.3. Minimización de los hechos, en ciertos casos, por parte de los responsables de las investigaciones o de su enjuiciamiento	79
3.4. Deficiente atención a las víctimas.	83
3.4.1. Derivaciones indebidas	83
3.4.2. Declaraciones de las víctimas en sede policial o judicial mal abordadas.	83
3.4.3. Garantizar el correcto trato y atención que merecen todas las víctimas	85
3.5. Investigaciones policiales y judiciales insuficientes. Necesidad de acreditar la motivación del delito	86
3.6. Necesidad de incrementar la formación en principio de igualdad y no discriminación de jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y personal de seguridad privada	91
3.7. Actos públicos convocados para propagar el discurso del odio, y respuesta institucional	92
3.8. Identificación por perfiles étnicos o raciales	93

3.9. Violencia racista, xenófoba y homófoba en el deporte	101
4. MARCO JURÍDICO GENERAL: NACIONAL, AUTONÓMICO E INTERNACIONAL, SOBRE DISCRIMINACIÓN	105
4.1. Marco jurídico nacional	106
4.1.1. Constitución Española	106
4.2. Marco jurídico de Cataluña y otros marcos autonómicos.	116
4.2.1. Estatuto de Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio	116
4.2.2. Ley catalana contra la homofobia 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y para erradicar la homofobia	119
4.2.3. Otras normas antidiscriminatorias autonómicas	121
4.3. Marco jurídico internacional	123
4.3.1. Naciones Unidas.	123
4.3.2. Consejo de Europa	134
4.3.3. Unión Europea	154
4.3.4. Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (ODIHR-OSCE).	164
5. LOS DELITOS DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	169
5.1. Planteamiento	169
5.2. La circunstancia genérica agravante de motivos discriminatorios (art. 22.4 CP)	170
5.2.1. Jurisprudencia destacable	174
5.3. Amenazas a colectivos (art. 170.1 CP)	181
5.3.1. Jurisprudencia destacable	182
5.4. Delitos contra la integridad moral (art. 173 CP): posibilidades aplicativas en supuestos discriminatorios.	184
5.5. Delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP)	188
5.5.1. Planteamiento.	188
5.5.2. El catálogo de causas discriminatorias.	189
5.5.3. Carácter equívoco del término empleo	189

5.5.4.	Exigencia típica de no restablecimiento de «la situación de igualdad ante la ley»	190
5.6.	Discurso de odio punible (art. 510 CP)	193
5.6.1.	Planteamiento	193
5.6.2.	El origen de los delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP) y de negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP): Algunas referencias político-criminales	193
5.6.3.	El nuevo art. 510 CP tras la LO 1/2015	200
5.6.4.	Escenario anterior a la LO 1/2015	208
5.7.	Delitos de denegación discriminatoria de prestaciones de servicios (arts. 511 y 512 CP)	237
5.8.	Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio (art. 515.4 CP)	242
5.8.1.	Relación concursal entre organización criminal y asociación ilícita. Grupo criminal	244
5.8.2.	Jurisprudencia destacable	246
5.9.	Delitos que afectan a los sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP)	253
5.9.1.	Delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522 y 523 CP)	254
5.9.2.	Conductas de profanación religiosa o escarnio (arts. 524 y 525 CP)	256
5.9.3.	Jurisprudencia destacable	259
5.9.4.	Resoluciones destacables con relación a la libertad religiosa cuando entra en contradicción con otros derechos y libertades	260
6.	ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS	267
6.1.	¿Una clase especial de víctimas?	267
6.2.	Victimización primaria: el impacto diferencial de la victimización por odio	272
6.3.	Victimización secundaria: las necesidades especiales de protección de las víctimas en el proceso penal	275
6.4.	Victimización terciaria	277
6.5.	La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos . .	278
6.6.	El Estatuto español de la víctima del delito, aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril	282

6.6.1.	Importancia de la Ley 4/2015	282
6.6.2.	Derechos de las víctimas en la Ley 4/2015.	283
6.7.	Reparación.	295
6.8.	Principales servicios de atención a víctimas de delitos de odio y discriminación en el Estado y en Cataluña	299
6.8.1.	Servicios prestados por las administraciones públicas	299
6.8.2.	Servicios prestados por organizaciones sociales	308
7.	¿CÓMO PREPARAR UN CASO EN LA INVESTIGACIÓN Y EN EL ENJUICIAMIENTO?	315
7.1.	Identificación de los delitos de odio y acreditación de su motivación	315
7.2.	Prueba de indicios. Indicadores de polarización	317
7.3.	Pericial de inteligencia.	323
7.3.1.	Naturaleza y valor de la prueba pericial de inteligencia	325
7.4.	Necesidad de profundización de las investigaciones policiales y judiciales.	327
7.4.1.	Recopilar todos los testigos posibles. Reforzar al máximo la prueba inculminatoria para no dejar descansar todo su peso exclusivamente en la declaración testimonial de la víctima	327
7.4.2.	Rastrear perfiles en redes sociales o páginas web relacionadas con el investigado	328
7.4.3.	Investigación de hechos graves	329
7.4.4.	Impulsar las investigaciones de los hechos cometidos por medio de Internet y redes sociales	332
7.4.5.	Emprender investigaciones ante la convocatoria de actos públicos con el fin de propagar el discurso del odio	332
7.4.6.	Valorar todos los bienes jurídicos afectados. Delitos contra la integridad moral.	333
7.5.	Cómo abordar la declaración testimonial de víctimas de delitos de odio y testigos. Técnicas de entrevista cognitiva	333
7.5.1.	Introducción	333
7.5.2.	Abordando las cuestiones de la renuencia a denunciar.	334
7.5.3.	La declaración de la víctima. Técnicas de entrevista cognitiva	336

7.5.4.	La evaluación de la credibilidad de víctimas y testigos sin prejuicios	342
7.5.5.	Abordar los conflictos con las víctimas	344
7.5.6.	Reducir el temor de las víctimas a declarar . .	345
7.6.	Alegaciones más comunes para desvirtuar la motivación discriminatoria. Valoración de las declaraciones de investigados o acusados	346
7.6.1.	«Solo una pelea».	346
7.6.2.	«Mis palabras no son racistas».	347
7.6.3.	«Yo no soy xenófobo, tengo amigos extranjeros»; «Yo no soy homófobo tengo un familiar gay».	348
7.6.4.	«El acusado pertenece también a un colectivo minoritario como la víctima».	348
7.6.5.	«Los contenidos que divulgué o manifesté públicamente forman parte de mi libertad de expresión o ideológica o de conciencia» . .	349
8.	SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN LA FISCALÍA. COORDINACIÓN INSTITUCIONAL EN LA LUCHA CONTRA LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN. LA NECESARIA INTERLOCUCIÓN Y DIÁLOGO CON LA SOCIEDAD CIVIL. . .	351
8.1.	Servicios especializados de delitos de odio y discriminación en la Fiscalía.	351
8.2.	Coordinación institucional	357
8.3.	Protocolos policiales para la investigación de delitos de odio y discriminación.	358
8.4.	La necesaria interlocución y diálogo con la sociedad civil	363
8.5.	Estrategias con los medios de comunicación	366
9.	BUENAS PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES	369
9.1.	Compromisos adquiridos en virtud de tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos	369
9.2.	Más y mejor formación para policías, jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, resto del personal de la oficina judicial y abogados	370
9.3.	Coordinación institucional y relaciones con la sociedad y tejido asociativo.	372
9.4.	Protocolos	373
9.5.	Estadísticas en la Administración de Justicia	373

9.6. Profundización de las investigaciones policiales y judiciales.	374
9.7. Reformas legislativas.	379
9.7.1. Nuevos instrumentos normativos contra la discriminación	379
9.7.2. Mejoras en el Código Penal	380
9.8. Mejora en la atención a las víctimas	380
DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL CD ANEXO AL MANUAL . .	385
BIBLIOGRAFÍA	393
ABREVIATURAS.	399

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESARIA SENSIBILIZACIÓN Y FORMACIÓN ANTE LA GRAVEDAD Y EL ALCANCE DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN

Los delitos de odio y discriminación, denominados en la terminología internacional *hate crimes*, constituyen la expresión de la intolerancia y el rechazo a las personas por el mero hecho de ser diferentes; sus ejemplos son el racismo, la xenofobia, la homofobia o transfobia, la aporofobia (odio a los pobres), la intolerancia religiosa en cualquiera de sus manifestaciones (islamofobia, antisemitismo o cristianofobia), la misoginia y el machismo, el desprecio a personas discapacitadas y otras formas abominables de odio dirigidas contra las personas y basadas únicamente en el desprecio a su diferencia.

Los delitos de odio se convierten en el recurso de los que anhelan destruir la pluralidad y la diversidad, y convertir la libertad en miedo, y la cohesión y la convivencia, en fractura. Este tipo de hechos constituye un ataque directo a los principios de libertad, respeto a la dignidad de las personas y a los derechos que les son inherentes y, en definitiva, a los valores superiores que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho.

Las instituciones internacionales en defensa de los derechos humanos –como Naciones Unidas, a través del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), especialmente desde la Declaración y el Programa de Acción de Durban (años 2001 y 2009); la Unión Europea, a través de la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA); la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), particularmente después de su undécima reunión del Consejo de Ministros celebrada en Maastricht en diciembre de 2003; y, finalmente, el Consejo de Europa, por medio de la Comisión

Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), cuyas recomendaciones de política general e informes sobre los diferentes Estados miembros son la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia- vienen expresando desde hace años su preocupación por la efectiva investigación de los delitos cometidos por motivos de odio y discriminación, así como por la debida atención a sus víctimas.

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los delitos de odio como: *«toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos».*

Los delitos de odio representan, en palabras de Christian Strohal,¹ director de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la manifestación más insidiosa de intolerancia y discriminación, basada en la raza, el sexo, el lenguaje, la religión, la creencia, el origen nacional o social, la orientación sexual, la discapacidad o en otras materias similares. La expresión violenta de estos prejuicios puede tomar forma de agresión, asesinato, amenazas, o daños a la propiedad, como incendio, profanación o vandalismo.

La importancia de estos delitos se fundamenta, por tanto, en un doble ataque:

- Por una parte, en que las víctimas de estos delitos son intencionalmente seleccionadas por motivos de intolerancia, por lo que se les causan unos daños físicos y emocionales incalculables.
- Pero, por otra parte, y de ahí su gravedad, se atemoriza a todo el colectivo al que pertenecen, lo que genera sentimientos de miedo e inseguridad y amenaza de forma indirecta la seguridad y la tranquilidad de todos los ciudadanos. Son, en definitiva, una amenaza para la paz pública.

1. OSCE, publicada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), Varsovia, 2005. www.osce.org/odihr.

Los delitos de odio y discriminación no solo atacan o ponen en riesgo la seguridad individual, sino también la colectiva, y constituyen violaciones directas de los principios de libertad, igualdad, dignidad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades públicas, principios recogidos en nuestra Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y en los diferentes tratados internacionales ratificados por España sobre derechos humanos. Por ello están directamente dirigidos a socavar el modelo de convivencia plural y diversa en el que se cimenta nuestro Estado social y democrático de derecho y los valores que lo inspiran.

El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**² en numerosas sentencias viene exigiendo a los Estados del ámbito del Consejo de Europa **investigaciones oficiales efectivas** que conduzcan a la identificación y al castigo de los responsables, con la obligación de aplicar cuantas medidas sean razonables para **descubrir si existen motivaciones racistas y para establecer si sentimientos de odio o prejuicios basados en el origen étnico han jugado un papel en los hechos que se denuncian**. Las autoridades, tanto policiales como judiciales, deben adoptar las medidas razonables, en vista de las circunstancias, para recoger y conservar los elementos de prueba, estudiar el conjunto de medios concretos para descubrir la verdad y dictar decisiones plenamente motivadas, imparciales y objetivas.

El cumplimiento de los deberes asumidos por España en los tratados internacionales y de los fijados en las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico interno, así como las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, lo más importante, la debida atención a las víctimas de los delitos de odio y discriminación comportan la necesidad de **mejorar e incrementar la formación y capacitación de todos aquellos operadores jurídicos con responsabilidad en la investigación y enjuiciamiento** de este tipo de infracciones penales, particularmente de jueces, fiscales y abogados.

2. SSTEDH de 6 de julio de 1985, caso Nachova y otros contra Bulgaria; de 31 de mayo de 2007, caso Secic contra Croacia; de 24 de julio de 2012, caso Beauty Salomon contra España; y de 11 de marzo de 2014, caso Abdu contra Bulgaria. STDH 20/10/2015 caso Balázs versus Hungría

La necesaria formación y sensibilización para una eficaz lucha contra esta lacra delictiva afecta a todos aquellos que de una forma u otra tienen responsabilidad en la Seguridad y en la Justicia: jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, personal de la oficina judicial, abogados y funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Nuestros profesionales, además de conocer la normativa y las recomendaciones de los organismos internacionales, esenciales en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos humanos (art. 10.2 CE), precisan un profundo conocimiento de los tipos penales aplicables y de las técnicas de investigación para acreditar la motivación discriminatoria de los hechos delictivos, así como la necesaria formación e información sobre la realidad cultural, social, laboral, psicológica, etc., de las víctimas, de los colectivos a los que pertenecen, su diversidad afectivo-sexual, religiosa o sus dificultades en la vida diaria y los motivos por los cuales, o bien no denuncian, o bien, cuando se deciden a hacerlo, lo hacen de forma no inmediata.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo Europa (ECRI) en su cuarto informe sobre España, publicado en febrero de 2011,³ apunta a la necesaria formación de jueces y fiscales en la lucha contra la discriminación y en la aplicación del principio de igualdad. En el mismo sentido se expresan el Relator de Naciones Unidas para las formas contemporáneas de discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia en su informe tras su visita a España (junio de 2013),⁴ y, muy especialmente, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en las conclusiones adoptadas en su conferencia sobre delitos de odio celebrada en Lituania en noviembre de 2013 bajo el título «Combatiendo los Delitos de Odio en la Unión Europea, dando a las víctimas un rostro y una voz».⁵

El **objetivo del presente manual** es facilitar herramientas prácticas para la investigación, policial y judicial, y para el enjuiciamiento de infracciones penales motivadas por odio o discriminación, dirigidas a lograr una mayor sensibilización y formación para todos aquellos funcionarios y profesionales que de una forma u otra intervienen

3. <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf>.

4. http://www.acnur.es/PDF/informe_mision_relorespecial_racismo_2013_20130806150757.pdf.

5. <http://fra.europa.eu/sites/default/files/frc2013-conclusions.pdf>.

nen en el largo y a veces complejo proceso judicial de esclarecimiento de los hechos, identificación de sus autores y depuración de las correspondientes responsabilidades penales.

El manual proporciona definiciones sobre conceptos básicos de la discriminación en el ámbito de la jurisdicción penal, un diagnóstico de los problemas más frecuentes que dificultan o impiden la efectiva persecución de este tipo de delitos, el marco jurídico general –nacional, regional e internacional– sobre odio y discriminación, con una recopilación y síntesis de las recomendaciones de los principales organismos internacionales en la materia, un análisis de los artículos del Código Penal que afectan a este ámbito, con ejemplos concretos de su aplicación, y establece también pautas tanto para una mejor investigación policial y judicial de hechos como para el enjuiciamiento de los que llegan a juicio oral. Se dedica un apartado específico a las víctimas, con el propósito de conocer los problemas más comunes que les afectan e incrementar la mejora en su atención, facilitando la oferta de servicios de atención a la víctima disponibles en las administraciones públicas y en la sociedad civil. Y, finalmente, a modo de conclusiones, el equipo de expertos que ha participado en la confección del manual realiza un compendio de buenas prácticas y recomendaciones para una eficaz investigación de este tipo de delitos y una atención de calidad a sus víctimas.

Se han recogido las últimas modificaciones legislativas, como la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, la LO 4/2015, de Seguridad Ciudadana, la Ley 4/2015, reguladora del Estatuto de la víctima del delito y las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operadas por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre y Ley 41/2015, de 5 de octubre.

El manual ha sido redactado por un equipo de trabajo integrado en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) y en el que han colaborado los siguientes profesionales:

Miguel Ángel Aguilar

Director del equipo que ha redactado el manual. Fiscal, ingresó en la carrera fiscal en el año 1992 y, después de haber trabajado en diferentes servicios especializados de la Fiscalía Provincial de Barcelona, fundó en el año 2009, y desde entonces coordina, el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, primero de esta naturaleza en Europa y reconocido como ejemplo de buena práctica europea por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el año 2013. Experto

designado por la Fiscalía General del Estado para la asistencia a asambleas y reuniones de organismos internacionales en la lucha contra la discriminación de Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). Participó en el equipo de expertos que redactó las bases del Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación del año 2011 y en la redacción de la Estrategia Integral contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas conexas de Intolerancia del Gobierno de España en el año 2011. Ha participado en numerosos cursos de formación en la lucha contra delitos de odio y discriminación para policías de cuerpos estatales y autonómicos, jueces y fiscales.

Víctor Gómez Martín

Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona (UB). Acreditado como catedrático por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación en febrero de 2013. Doctor en Derecho por la UB. Máster de Especialización en Derecho Penal de la UB (bienio 1995-1996). Jefe de los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la UB. Director del Diploma de Extensión Universitaria en Policía Judicial de la UB. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona desde el curso judicial 2005-2006 hasta el curso judicial 2008-2009. Ha participado en diversas iniciativas legislativas. Investigador en los institutos de Derecho Penal, Política Criminal y Criminología de las universidades alemanas de Friburgo, Berlín y Bremen. Miembro de numerosos proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en la actualidad es investigador principal de uno de sus proyectos, así como de otro proyecto financiado por el CEJFE. Autor de más de cincuenta publicaciones sobre la dogmática del Derecho Penal. También ha realizado numerosas publicaciones sobre política criminal, ámbito en el que ha dirigido y coordinado, además, cinco libros colectivos.

Marta Marquina Bertrán

Fiscal desde el año 1994, en la actualidad realiza sus funciones en la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Servicio Especial Antidroga y Delincuencia Organizada, y colabora también con el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación. Anteriormente, realizó

su actividad como fiscal en el Servicio Especializado Contencioso-Administrativo, mediante el que el Ministerio Fiscal vela por la protección y garantía de los derechos fundamentales, y en el Servicio Especializado de Procedimientos ante el Tribunal del Jurado, con especial tutela de las víctimas y sus familiares.

Miriam de Rosa Palacio

Magistrada-jueza con ingreso en la carrera judicial en el año 2001, destinada con anterioridad en el Juzgado mixto nº 2 de Igualada, en el Juzgado de lo penal nº 1 de Manresa –partidos judiciales en los que desarrolló el cargo de jueza decana– y en la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Colaboradora en diversos cursos impartidos en el Colegio de Abogados de Barcelona, ESADE, Abat Oliva y en el CEJFE de Cataluña, así como en diferentes grados de formación en el Instituto de Seguridad Pública de Cataluña, ha intervenido como experta en el curso de la Escuela Europea de Policía CEPOL en materia de delito de trata de seres humanos.

Josep Maria Tamarit

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Lleida y en la Universidad Oberta de Catalunya desde 2010, en la que es actualmente director del programa de criminología. Su actividad de investigación ha estado centrada en la victimología, la justicia restaurativa, la justicia transicional y el sistema de sanciones penales, temáticas sobre las que ha publicado numerosos artículos en revistas científicas, además de monografías y de coordinar obras colectivas. Entre las más recientes cabe destacar *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (Comares, 2012), *Victimología teórica y aplicada* (Huygens, 2013, junto con Noemí Pereda) o *Historical Memory and Criminal Justice in Spain* (Intersentia, 2013). Es, además, desde 2005 coordinador del grupo consolidado de investigación sobre el sistema de justicia penal y presidente de la Sociedad Catalana de Victimología.

2. DEFINICIONES Y APROXIMACIÓN A CONCEPTOS CLAVE

Este apartado ofrece un catálogo de definiciones de algunos términos relevantes previstos en los tipos penales. Se trata de una guía conceptual que pretende, por un lado, ayudar a una correcta interpretación y aplicación de dichos términos y, por otro, dar a conocer, clarificar y precisar categorías básicas indispensables que permitan reconocer los actos de odio o discriminación que se producen en la vida cotidiana.

Para su elaboración se han tenido en cuenta las definiciones que facilitan directivas de la Unión Europea o tratados internacionales ratificados por España, así como definiciones contempladas en recomendaciones y documentos de trabajo de organismos internacionales y de prestigiosas organizaciones no gubernamentales y en aportaciones académicas.

En relación con ello, no ha de olvidarse que los «*delitos de odio*» lesionan o ponen en peligro libertades y derechos fundamentales de las personas, y que las normas relativas a ello, incluidos los artículos del Código Penal, como bien señala el art. 10 CE, han de interpretarse «*de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

2.1. Prejuicios y estereotipos

2.1.1. Prejuicios

Tal y como lo expresa la propia palabra, el prejuicio es un *juicio a priori o previo* hacia una persona o un grupo, por lo general, desfavorable, que se emite sin fundamento, sin conocer a dicha persona o grupo.

Dependiendo de los autores, el prejuicio ha sido definido de numerosas maneras. A modo de ejemplo, seleccionamos dos definiciones de entre las múltiples existentes:

- Allport define el prejuicio como «*una actitud de hostilidad o desconfianza hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente debido a su pertenencia a dicho grupo*».⁶
- El Colectivo AMANI lo define como «*un juicio previo no comprobado, de carácter favorable o desfavorable, acerca de un individuo o grupo, tendiente a la acción en un sentido congruente*».⁷

Tener prejuicios no implica necesariamente discriminar a otros. Sin embargo, al predisponernos afectivamente hacia las demás personas, los prejuicios pueden llegar a convertirse en actitudes o comportamientos discriminatorios.⁸

2.1.2. Estereotipos

Esta palabra se utiliza para referirse a generalizaciones o imágenes mentales simplificadas que recaen sobre los miembros de un grupo, cuando se asume que todos los individuos que lo componen tienen las mismas características.

Los estereotipos actúan como una simplificación o deformación de la realidad. En ocasiones, estas ideas, creencias y generalizaciones sobre ciertos grupos no coinciden del todo con la realidad o son erróneas y, por tanto, nos hacen perder de vista las características individuales de las personas.

Se suele afirmar que los estereotipos y prejuicios están en la base de los comportamientos discriminatorios. Es decir, que pueden dar lugar, fortalecer o justificar las prácticas discriminatorias. De aquí la importancia de tomar conciencia, analizar y cuestionar los estereotipos y prejuicios que recaen sobre algunos grupos y personas, como un primer paso necesario para prevenir o evitar los actos de discriminación.⁹

6. ALLPORT, G.W., *The nature of Prejudice*, Reading, Mass., Madison-Wesley, 1954.

7. COLECTIVO AMANI, *Educación intercultural. Análisis y resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Popular, 1994.

8. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

9. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

Ejemplos de prejuicios y estereotipos:

- «Los inmigrantes acaparan las ayudas sociales»;
- «La presencia de inmigrantes aumenta la delincuencia»;
- «Los locales regentados por chinos no pagan impuestos»;
- «Prefiero no alquilar mi piso a un inmigrante porque lo llena de gente y lo destroza».

2.2. Discriminación

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua proporciona dos acepciones del término discriminar:

«1. Seleccionar excluyendo.

2. *Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.»*

Una definición de discriminación, recogida en el derecho internacional, puede encontrarse en la **Observación General nº 18 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, en la que se aclara el término tal y como es entendido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

«[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.»¹⁰

La discriminación, según la asociación Accem,¹¹ puede ser entendida como el trato diferenciado y desfavorable hacia una persona

10. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Observación General nº 18, *No discriminación*, adoptada durante el 37 período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, párrafo 7.

11. Accem, organización no gubernamental y no lucrativa que facilita atención y acogida a personas refugiadas, migrantes y en riesgo de exclusión social: www.accem.es. Véase ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

o grupo de personas, basado en unos rasgos o motivos protegidos, que carece de una justificación objetiva y razonable, y que tiene por consecuencia privarle de los mismos derechos y oportunidades de que disfrutaran otros.

En el contexto europeo, la definición jurídica de discriminación puede encontrarse en las directivas europeas antidiscriminatorias¹² y, en el caso de España, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, entre otras normas.

2.3. Discriminación directa

Siguiendo con las definiciones recogidas en las directivas europeas contra la discriminación antes señaladas, podemos concretar que la discriminación directa se produce cuando una persona es, ha sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por alguno de los motivos protegidos.

Ejemplos:

- Negar sin causa objetiva y razonable la entrada en una tienda, restaurante u otro local a una persona por el color de su piel.
- Anuncio de vivienda u oferta de empleo en la que se excluye a población inmigrante, «*abstenerse extranjeros*», o se exige nacionalidad española para acceder al disfrute de una prestación.
- Un control de identidad o registro por un agente de policía en el que se selecciona a las personas basándose únicamente en el aspecto que tienen, sus características físicas, culturales, raciales o étnicas.

12. La denominada Directiva de Igualdad Racial, Directiva 2000/43/CE, que implementa el principio de igualdad de trato de las personas independientemente del origen racial o étnico (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>), y la denominada Directiva de Igualdad en el Empleo, Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF>). En España, la transposición de ambas directivas se llevó a cabo a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que entró en vigor el 1 de enero de 2004.

2.4. Discriminación indirecta

La normativa comunitaria indica que existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por algún motivo de discriminación, a no ser que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima.

Ejemplos:

- Cuando para acceder a una determinada prestación social se solicita a un grupo de personas (p. ej., población extranjera) un determinado requisito (p. ej., una documentación que deben obtener en sus países de origen) difícil de cumplir por parte de dicho colectivo, de modo que se pone a ese grupo en una situación de desventaja para el acceso a dicha prestación en relación con el grupo mayoritario.
- Cuando para acceder al disfrute de una prestación se exige un determinado requisito (p. ej., una titulación académica, un idioma...) que en realidad no es necesario para desempeñar el puesto en cuestión, a fin de dificultar el acceso de ciertos grupos a la prestación.

2.5. Discriminación por asociación

Sucedo cuando se discrimina a una persona o grupo basándose en su relación o sus contactos con una o más personas sobre las que recae una discriminación por alguno de los motivos protegidos enumerados en la legislación vigente.¹³

13. Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, título I, cap. I, art. 6.1.

Ley 11/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, art. 4.

Ejemplos:

- Agredir a un activista por su pertenencia a una ONG que defiende la integración y derechos de inmigrantes africanos siendo nacional y de piel blanca.
- Negar una prestación a una persona por estar casada con otra perteneciente a un determinado grupo étnico o minoría.

En los supuestos de discriminación por asociación puede apreciarse igualmente la agravante de discriminación del art. 22.4 CP, ya que su redacción tan solo exige cometer el delito «*por motivos*», por ejemplo, racistas. Así, según el profesor Gómez Martín,¹⁴ el hecho de que el legislador utilice la preposición *por* comporta que, para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta (véase apartado 5.2 del presente manual).

2.6. Discriminación por error

Es la que se basa en una apreciación equivocada de la persona discriminada por el hecho de asociarla a determinadas características.¹⁵

14. GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos de odio y discriminación tras la LO 5/2010: ¿una nueva oportunidad perdida?*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2011.

15. Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, título I, cap. I, art. 6.1.

Ley 11/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, art. 4.

Ejemplos:

- A una persona se le niega la entrada a un local de ocio por creer que es de etnia gitana, pero no lo es.
- Dos chicos que salen de un restaurante se despiden con un beso en las mejillas y son atacados por un grupo de *skinheads* que piensan que son homosexuales, y, sin embargo, eran familiares.
- Una persona es agredida al grito de «*vete a tu país, no queremos extranjeros aquí*», debido a que, por sus rasgos culturales o físicos, se asume que es de origen extranjero, aunque haya nacido en territorio nacional.

Del mismo modo y por los mismos argumentos expuestos en la discriminación por asociación, en los supuestos de discriminación por error puede apreciarse igualmente la agravante de discriminación del art. 22.4 CP (véase apartado 5.2 del presente manual).

2.7. Orden o instrucción de discriminar

Aunque no ofrecen una definición de este término, las directivas de la UE establecen que las «órdenes de discriminar» a personas por alguno de los motivos protegidos constituyen también una discriminación. Tenemos una definición en la Ley 11/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia en su art. 4.

Ello ocurre cuando una persona u organización ordena, induce o anima a otra a que discrimine.

Ejemplo:

El propietario de una discoteca ordena al portero del local que niegue la entrada a personas de un determinado origen racial o étnico. Dicha orden puede ser constitutiva de un delito del art. 512 del Código Penal y en algunas Comunidades Autónomas está también tipificada como infracción administrativa.

2.8. Acoso discriminatorio

En el marco de la legislación europea antidiscriminatoria, el acoso es considerado un tipo concreto de discriminación. De conformidad con lo establecido en las directivas europeas antes señaladas, el acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.¹⁶

Su encaje penal en nuestra legislación podría ser variado en función de los hechos y de las circunstancias concurrentes:

- Un delito de amenazas a colectivos del art. 170 CP.
- Un delito contra la integridad moral del art. 173 CP.
- La figura específica de acoso insistente y reiterado del nuevo art. 172.1 ter CP según reforma operada por LO 1/2015.
- Un acto que lesione la dignidad del nuevo art. 510.2.a CP tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

Ejemplos:

- En un centro educativo, un grupo de jóvenes insulta y agrede a un compañero haciendo referencia a su origen étnico.
- En un centro de trabajo, una persona inmigrante es sometida a repetidos insultos, humillaciones y comentarios xenófobos u ofensivos por parte de compañeros de trabajo o de algún responsable por medio de aplicaciones de móvil como, por ejemplo, WhatsApp.
- En una mezquita aparecen sucesivas pintadas con contenidos islamófobos en su fachada.

16. Véase también la definición que facilita en su art. 4 la Ley 11/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

2.9. Represalia discriminatoria

Se puede definir como trato adverso o efecto negativo que se produce contra una persona como consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia, una demanda o un recurso, de cualquier tipo, destinado a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que está sometida o ha sido sometida.

Ejemplo:

- Una persona denuncia una agresión racista y días después le destrozan su establecimiento personas del entorno del autor de la agresión como venganza por haber interpuesto la denuncia.

En muchos de estos casos, sin perjuicio de otra calificación legal, nos encontramos con delitos contra la Administración de Justicia del art. 464 CP.

2.10. Discriminación múltiple

Por este término puede entenderse una situación de discriminación en la que intervienen, al mismo tiempo, dos o más factores de discriminación.

La constatación de que algunas víctimas de discriminación lo son por varios rasgos o motivos a la vez ha hecho que se introduzca, poco a poco, el concepto de discriminación múltiple en el lenguaje político y jurídico de la Unión Europea. Aunque en la actualidad no existe una definición de este término en la legislación comunitaria, sí que aparecen ya algunas referencias a él en diversos documentos de organismos e instituciones de la Unión.

Así, en dos informes publicados recientemente (febrero de 2011 y febrero de 2012), la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE¹⁷ señala y define la discriminación múltiple.

17. AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (FRA), *EU-MIDIS Data in Focus Report 5: Multiple Discrimination 2010*, febrero de 2011, p. 6. Disponible en el sitio web de la FRA: <http://fra.europa.eu/>.

El concepto reconoce el hecho de que un individuo puede ser discriminado por más de un motivo en una situación dada. En otras palabras, una persona no solo tiene antecedentes de inmigración, sino también una cierta edad y género, lo que podría añadir un factor de vulnerabilidad a su discriminación.

Ejemplo:

Una mujer perteneciente a una minoría étnica podría verse afectada por la discriminación de una manera diferente a un hombre perteneciente a la misma minoría.

La discriminación múltiple describe una situación en la que una persona es discriminada por más de un motivo. Puede caracterizarse como:

- a) Aditiva, cuando el efecto específico de los diferentes motivos de discriminación puede ser distinguido.

Ejemplo:

Una mujer mayor puede ser discriminada en el puesto de trabajo por su sexo y en el acceso a la salud, por su edad.

- b) Interseccional, cuando la discriminación está basada en una combinación de dos o más características.

Ejemplo:

Al dar a luz en un hospital, una mujer de etnia gitana puede experimentar discriminación no solo porque es una mujer, dado que no todas las mujeres enfrentan esta discriminación, y no solo por ser gitana, dado que no todos los gitanos –por ejemplo, los hombres y las mujeres mayores– enfrentan esta situación. Puede, entonces, enfrentar una discriminación por la combinación de dos características: la de ser gitana y la de ser una mujer que está dando a luz.

El concepto legal de discriminación múltiple lo encontramos en el fracasado Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Tratamiento y la No Discriminación del gobierno socialista y en el art. 4 de la vigente Ley 11/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.¹⁸

La concurrencia de dos o más motivos de discriminación en la comisión de un hecho delictivo no comporta apreciar por ello más de una agravante ni una mayor penalidad sin perjuicio de las posibilidades de individualización de la pena que otorgan las reglas previstas en el art. 66 CP.

2.11. Delito de odio

La expresión *delitos de odio* define a la perfección el motivo o el ánimo subjetivo que lleva al autor a cometer el delito y que no es otro que su animadversión u hostilidad abierta hacia las personas o hacia los colectivos en los que se integran por el color de su piel, su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación u identidad sexual, entre otros motivos discriminatorios. Existe cierta controversia sobre esta expresión, pues argumentan determinados sectores académicos que se trata de un concepto vinculado al derecho penal de autor, por estimar que el odio es un sentimiento no penalizado. No obstante, está plenamente consolidada en el ámbito internacional.

En el marco de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) se adoptó en el año 2003 una definición conforme a la cual *delito de odio* es «*cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) 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 en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su "orientación o identidad sexual" real o percibida*». La definición se refiere más a un tipo de delitos, o fenómenos, que a un delito específico.

18. También en el art. 4.C de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Partiendo de esta definición dada por la OSCE,¹⁹ los delitos de odio poseen dos elementos básicos: un delito base y un motivo basado en prejuicios de diferente tipo. Sin delito, y aun existiendo el prejuicio, no existiría un delito de odio en sentido estricto. Igualmente, sin una motivación basada en un prejuicio tampoco existiría un delito de odio, sino un delito común.

El perpetrador siempre escoge a su víctima por su pertenencia (real o percibida) a un grupo específico (bien sea étnico, religioso, sexual, con discapacidades, etc.). De esta definición podemos concluir que existen dos claves para diferenciar los *crímenes de odio* de cualquier otro tipo penal paralelo: por una parte, la motivación del ofensor y, por otra, el sujeto sobre el que recae la acción. Ambas cuestiones están conectadas por el fundamento que origina el ataque, que es la reacción del ofensor ante las características identificativas de las víctimas (raza, etnia, religión, nacionalidad, género, etc.). En resumen, el agresor comete este tipo de crímenes porque no tolera o busca discriminar determinadas características identificativas, y la víctima se convierte en tal porque ostenta tales características.

Es importante la adopción del término *delitos de odio* **porque permite distinguirlos** de otros tipos de delitos comunes, siendo la motivación de quien los perpetra lo que realmente les da carta de naturaleza propia. No debe existir ningún impedimento de orden académico u doctrinal para usar el término *delitos de odio*. No se vulneran por ello los principios esenciales del derecho penal en un Estado democrático: es relativamente frecuente el uso de elementos subjetivos por parte del legislador para definir conductas penales en otros ámbitos del derecho penal, sin que por ello sean cuestionados; por ejemplo, actuar con ánimo de lucro.

Además a nivel internacional, no se cuestiona el uso del término *delitos de odio*. El citado concepto forma parte de la terminología habitual de las organizaciones e instituciones internacionales más importantes en la defensa de los derechos humanos y que luchan contra la discriminación, como son la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).

19. OSCE, *Hate Crimes Laws. A Practical Guide*, 2009. <http://www.osce.org/odihhr/36426?download=true>.

2.12. Discurso del odio

La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través su Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), en declaración conjunta con motivo del Día Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, el 21 de marzo de 2015, han señalado que el discurso del odio es una forma extrema de intolerancia y contribuye al crimen de odio y que ha de ser perseguido penalmente, poniendo especial énfasis en la impunidad que se está produciendo cuando se comete a través de Internet y en las redes sociales.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en su Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, define la incitación al odio²⁰ como:

«[...] todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.»

Lo que es objeto de castigo no es la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sean, sino que esta expresión se haga de modo y en circunstancias que supongan una provocación al odio, la discriminación o la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social contenidos en los arts. 10 y 14 CE.

20. Decisión adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, en la 607 sesión de los delegados de los ministros.

2.12.1. Colisión con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) y libertad de expresión (art. 20 CE)

Uno de los retos más complicados para un jurista es ponderar el difícil equilibrio en una sociedad democrática entre estos derechos constitucionales y la persecución penal de los discursos de naturaleza racista, xenófoba, antisemita u homófoba, entre otras.

Coincidimos totalmente con el análisis efectuado por Manuel-Jesús Dolz, fiscal del Tribunal Supremo,²¹ cuando afirma que: *«El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que solo se castigan los actos y no las ideas o las personas en sí mismas consideradas, se pone a prueba en los delitos del odio, ya que, indudablemente, son las ideologías del odio las reprobables penalmente. El adelanto de la barrera punitiva que suponen los tipos penales de estas características no debería ser neutralizado al amparo de una libertad de expresión, que, en definitiva y para estas ideologías, forma el caldo de cultivo del odio y que, tarde o temprano, se traduce en horriblos crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar una de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo».*

El discurso generador de odio y discriminación no tiene amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE, y ello con fundamento en los **textos internacionales ratificados por España que por mandato del art. 10 CE han de servir para la interpretación del art. 510 CP**, así como en las recomendaciones emanadas de organismos internacionales de defensa de derechos humanos y de los que el Estado español es miembro. Los citados tratados y recomendaciones son:²²

- La Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948.
- La Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, cuyo art. 20 indica que *«toda*

21. Diario *La Ley*, nº 7721, de 24 de octubre de 2011.

22. Estos textos jurídicos están descritos y explicados en el apartado 4 del presente manual.

apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley».

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenóforas.
- La Recomendación R (97) 20, aprobada el 30 de octubre de 1997, y la Recomendación 7, de 13 de octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa.
- La Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, que indica la conveniencia de sanciones penales sobre sus autores.
- La Resolución 60 de la Asamblea de Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005.
- 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.
- La Convención del Consejo Europa sobre el Cibercrimen de 23 de noviembre de 2011.
- La Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), 13 de diciembre de 2002, identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas implican: *a)* una incitación pública a la violencia, el odio, la discriminación; o *b)* insultan y difaman públicamente a personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia. Dicha recomendación se completa con la Recomendación nº 13 de la ECRI sobre antigitanismo.
- Con una finalidad interpretativa se ha de poner especial énfasis en la Recomendación R (97) 20 del Consejo de Europa, sobre el discurso del odio,²³ que lo define como aquel

23. Recomendación R (97) 20 del Consejo de Europa, sobre el discurso del odio, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf).

que «*cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia*». Dicha recomendación insta a los Estados a «*actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia*».

Pero no solo los tratados internacionales ratificados por España y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos antes aludidos manifiestan que la difusión de la doctrina del odio no está amparada por los derechos constitucionales invocados por el recurrente, sino que, además, dicha prohibición viene avalada por la **jurisprudencia que han marcado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional, así como alguna sentencia del Tribunal Supremo**. En este sentido, cabe señalar:

a) **El Tribunal Constitucional ya dejó sentado desde la Sentencia 214/1991 (caso Violeta) o la Sentencia 176/1995 (caso Makoki),²⁴ que:**

«[...] *ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias.*

El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera

24. En el mismo sentido se expresa la STC 235/2007, caso librería Europa.

que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 CE, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas.

En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.»

b) El **Tribunal Supremo**, aunque no tiene todavía una doctrina consolidada al respecto,²⁵ ha señalado en **Sentencia de 10 de mayo de 2011** (asunto Blood & Honour), acogándose a la doctrina ya marcada por el Tribunal Constitucional por STS 214/1991 (caso Violeta), que: «No se trata de establecer una democracia militante, que imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico, y en primer lugar a la Constitución, STC 48/2003, de 12 de marzo, pero sí de excluir de la garantía que supone el artículo 20.1 de la CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y

25. La STS de 12 de abril de 2011 (caso librería Kalki de Barcelona) sostiene una tesis diferente, en la que concede un margen muy amplio a la libertad de expresión, ideológica y de conciencia. Dicha sentencia cuenta con un interesante y fundamentado voto particular del magistrado Martínez Arrieta.

discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, STC 214/1991, de 11 de noviembre».

En el mismo sentido que la anterior se expresa la **Sentencia de 28 de diciembre de 2011 (asunto Hammerskin)**.

Recuérdese que estas dos sentencias son posteriores a la Sentencia 259/2011, de 12 de abril, del caso de la librería Kalki de Barcelona y en la que la Sala 2ª del Tribunal Supremo sostiene una tesis diferente, por la cual concede un margen muy amplio a la libertad de expresión, ideológica y de conciencia, pero con un interesante y fundamentado voto particular del magistrado Martínez Arrieta en el que recoge toda la doctrina señalada en el presente escrito del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las normas fijadas en los tratados internacionales antes descritas y las recomendaciones de los organismos internacionales también mencionados anteriormente.

c) El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en reiteradas sentencias (casos Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003; contra Turquía, de 4 de diciembre de 2003; Norwood contra el Reino Unido, de 16 de noviembre de 2004; Alinak contra Turquía, de 29 de marzo de 2005; y otros contra Francia, de 10 de julio de 2008; Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009) ha examinado supuestos de discursos del odio, contra los que pueden imponerse limitaciones proporcionadas, a *«todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia»*. **De esa doctrina resulta que en la jurisprudencia del Tribunal los discursos del odio no resultan amparados por las garantías de la libertad de expresión.**

En su importante **Sentencia de 16 de julio de 2009, el TEDH, caso Féret contra Bélgica**, fija los siguientes principios:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que: *«[...] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona. Con la salvedad del apartado 2 del artículo 10, no vale solamente para las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan.*

El artículo 10.2 del Convenio de Derechos Humanos no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general. El Tribunal puntualiza que es

fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político. Concede la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del [...] debate político y considera que no se puede restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas. Permitir amplias restricciones en tal o cual caso afectaría, sin duda alguna, al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión [...].»

El TEDH añade: **«Sin embargo, la libertad de discusión política no reviste, desde luego, un carácter absoluto.** Un Estado contratante puede someterla a determinadas “restricciones” o “sanciones”, pero le corresponde al Tribunal decidir en último lugar sobre su compatibilidad con la libertad de expresión tal y como la consagra el artículo 10 [...]. **La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista.** De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que las “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” impuestas sean proporcionales al fin legítimo perseguido».

«[...] que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (Sentencia Erbakan contra Turquía [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 julio 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder», y añade que «la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos».

«El Tribunal no niega que los partidos políticos tienen derecho a defender públicamente sus opiniones, incluso si algunas de ellas ofenden, chocan o inquietan a una parte de la población. Pueden pues recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas.»

Afirma que «la libertad de discusión política no reviste, desde luego, un carácter absoluto y que un Estado contratante puede someterla a determinadas “restricciones” o “sanciones” [...]. La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa) [...]».

El Tribunal considera que la «[...] incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos».

Otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el mismo sentido son la de 10 de julio de 2008, caso Soulas contra Francia, o bien la de 7 de mayo de 2010, asunto Jean Marie Le Pen contra Francia).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia **basta que se incite al odio al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación** (Sentencias Féret contra Bélgica de 16 julio 2009 y caso Vejdeland and Others v. Sweden de 9 de febrero de 2012 application no. 1813/07):

«... El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación... son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos...».

2.12.2. Ponderación de bienes jurídicos: respeto a la dignidad de las personas, principio de igualdad y derecho al honor (arts. 9, 10 y 14 CE), frente a pluralismo político, libertad de expresión, ideológica o de conciencia (arts. 1, 9, 16 y 20 CE)

Corresponderá al juzgador hacer una ponderación adecuada de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente para inclinarse por cuál de ellos ha de prevalecer.

Como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona. Con la salvedad del apartado 2 del art. 10, no vale solamente para las «*informaciones*» o «*ideas*» acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan (Sentencia Handyside contra el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 6], serie A núm. 24, ap. 49). Pero añade que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que las «*formalidades*», «*condiciones*», «*restricciones*» o «*sanciones*» impuestas sean proporcionales al fin legítimo perseguido (en lo que se respecta al discurso del odio y la apología de la violencia, véase *mutatis mutandis*).

El Tribunal Europeo concede una importancia particular al **soporte utilizado y al contexto** en el que se difundieron en este caso las palabras incriminadas, los discursos o las octavillas (STE-DH de 23 de septiembre de 1994, Jersild contra Dinamarca; o de 16 de julio de 2009, Féret contra Bélgica), y señala que, en **los discursos de odio con un contenido menos explícito, las garantías propias de la libertad de expresión pueden ser limitadas de acuerdo con los siguientes criterios: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención, el impacto** sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencias de 25 de abril de 2011 y de 19 de febrero de 2015, dice que la labor judicial cuando está en juego la libertad de expresión, debe ser una actividad individualizada que con un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas, y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente, en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática.

Con la publicación de la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en el nuevo art. 510 se amplía ostensiblemente el ámbito de conductas penalmente perseguibles (véase apartado correspondiente del presente manual).

2.13. Racismo

El racismo es una creencia y una actitud discriminatorias que consiste en considerar la superioridad natural de un grupo sobre otro, tanto en el aspecto individual como en el institucional. Ello comporta involucrar prácticas discriminatorias que protegen y mantienen la posición de ciertos grupos y hacen perseverar la posición inferior de minorías raciales, étnicas o nacionales.

En la actualidad, el concepto de *racismo*, vinculado al término *raza*, ha evolucionado sufriendo una mutación clara y eufemística, ya que no se refiere únicamente a razas, sino también a etnias y culturas, dando lugar al llamado *nuevo racismo* o *racismo sutil*, contra el que es más difícil luchar y que se caracteriza por:

- La defensa de los valores que comportan la forma necesaria para tener éxito en la sociedad.
- La exageración de diferencias culturales: la situación de desventaja en la que se encuentra el grupo discriminado no se debe a su inferioridad, sino a las diferencias culturales.
- No mostrar sentimientos positivos hacia los miembros de los exogrupos.

Landa Gorostiza²⁶ da la siguiente definición de xenofobia en un sentido amplio: «[...] un concepto más amplio que va más allá aunque engloba el mero racismo en sentido estricto, y que hace referencia a actuaciones o ideologías que contribuyen a asentar valoraciones negativas de jerarquización de grupos en función de caracteres no solo físicos externos (color de la piel) sino también a prácticas adscriptivas conforme a factores identitarios de grupo según referencias étnicas (color de la piel, lengua, cultura, historia, religión, origen nacional [...]).»

El Informe Raxen, *Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio*, de 2011,²⁷ y en el mismo sentido que Landa Gorostiza, define la xenofobia como: «[...] la hostilidad frente a las personas que proceden de otros lugares o países, a su cultura, valores o tradiciones. Es un prejuicio etnocentrista con antagonismo, rechazo, incompreensión, recelo y fobia contra grupos étnicos a los que no se pertenece».

En el ámbito de **Naciones Unidas**, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial²⁸ da una definición de racismo en su art. 1:

«1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública [...].»

La **Declaración de la UNESCO sobre Raza y Prejuicios Raciales, de fecha 27 de noviembre de 1978**,²⁹ define racismo como:

«1. Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho a dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de

26. LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta de *lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)», *RDPC*, 3ª época, nº 7, enero de 2012, pp. 297-346.

27. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen, Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio*, 2011, p. 134.

28. Aprobada por Resolución 216 A, de fecha 21 de diciembre de 1965, ratificada por España por Instrumento de fecha 23 de abril de 1969.

29. Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de fecha 27 de noviembre de 1978, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO reunida en París en su 20ª reunión.

valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad.

2. *El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionales que provocan desigualdad racial, así como la idea falaz, de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos anti-sociales, obstaculiza el desenvolvimiento de las víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.*

3. *El prejuicio racial, históricamente vinculado a las desigualdades de poder, que tiende a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y grupos humanos y a justificar, todavía hoy, esas desigualdades, está totalmente desprovisto de fundamento.»*

El **Consejo de Europa** por medio de la Recomendación nº 7 de política general de la ECRI, aprobada en fecha 13 de diciembre de 2002,³⁰ define el término racismo:

«Racismo se entenderá como la creencia de que, por motivo de la “raza”, sexo, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas» y «la discriminación racial directa se entenderá como todo trato diferenciado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, que no tenga justificación objetiva y razonable».

El racismo suele estar estrechamente relacionado y ser confundido con la xenofobia, es decir, el «odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros». Sin embargo, existen diferencias entre ambos conceptos, ya que el racismo es una ideología de superioridad, mientras que la xenofobia es un sentimiento de rechazo; por otra parte, la xenofobia está dirigida solamente contra los extranjeros, a diferencia del racismo.

30. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications.asp#P1745_18121.

En cuanto a la definición de **incidente racista**, la **Recomendación nº 11 de política general de la ECRI, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito policial, de fecha 29 de junio de 2007**, proporciona la siguiente: *«Un incidente racista es cualquier incidente que es percibido como racista por la víctima o por cualquier otra persona».*

La sola percepción o sentimiento por parte de la víctima de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista o xenófobo debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar la naturaleza racista o xenófoba del delito. La percepción subjetiva de la víctima no significa que finalmente el hecho deba calificarse de racista o xenófobo pero obliga a la policía, a los fiscales y a los jueces de instrucción a investigarlo de manera eficaz. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias dictadas en fechas 4 de marzo de 2008, 31 de marzo de 2010, 4 de marzo de 2001 y 24 de julio de 2012.

Se considera que esta es una definición totalmente acertada según las pautas marcadas por el Consejo de Europa y que son siguen en la actualidad por los países más avanzados en la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Por su parte, la **Unión Europea**, ante la proliferación de acciones constitutivas de delitos consistentes en formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, dictó 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,³¹ que señala que el concepto de odio se refiere: *«[a]l odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico».*

Esta Decisión Marco, centrada exclusivamente en el ámbito del derecho penal, señala que: *«el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento»* y que *«es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia [...] con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que*

31. Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33178_es.htm.

sean responsables de los mismos», y exige a cada Estado miembro que adopte las medidas necesarias para garantizar que se castiguen.

2.14. Xenofobia

Término que proviene del griego *xenos* ('extranjero', 'extraño') y *phobos* ('temor', 'fobia'). Significa miedo, aversión, odio, hostilidad o rechazo hacia las personas que son de origen extranjero o que son percibidas como extranjeras.

Esteban Ibarra³² señala que *«este calificativo se utiliza generalmente para describir la hostilidad frente a las personas que proceden de otros lugares o países, a su cultura, valores o tradiciones. Es un prejuicio etnocentrista con antagonismo, rechazo, incomprensión, recelo o fobia contra grupos étnicos a los que no se pertenece».*

Las opiniones, los sentimientos, los prejuicios y los comportamientos xenófobos suelen estar basados en miedos infundados, en imágenes e ideas socialmente construidas, que no se corresponden con hechos objetivos³³ (véase apartado 2.1, prejuicios y estereotipos).

El Consejo de Europa, a través de la Recomendación nº 7 de política general de la ECRI, aprobada en fecha 13 de diciembre de 2002, define el término xenofobia:

«[...] la xenofobia se refiere a una actitud de rechazo y exclusión de toda identidad cultural ajena a la propia. Esta actitud se da fundamentalmente cuando se rechaza a una persona que ha llegado procedente de otro país con una cultura, tradiciones y valores diferentes conllevando por parte del colectivo étnico dominante comportamientos, acciones y actitudes basadas en el antagonismo, rechazo, recelo, incomprensión y fobia».

2.15. Etnia

La etnia se refiere a la pertenencia de un individuo a un grupo o una comunidad que comparte una lengua, una identidad simbólica, una ideología, una cultura y, en algunos casos, ciertos rasgos físicos vi-

32. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 134. Esteban Ibarra es el presidente de Movimiento contra la Intolerancia.

33. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

sibles que los diferencian del resto de grupos o comunidades. En ocasiones se racionaliza como nacionalidad, aunque ambos conceptos no tengan una relación biunívoca.

A partir de lo expuesto, la discriminación étnica constituye el diferente trato de personas con fundamento en su origen étnico, que en muchas ocasiones se traduce en un comportamiento amenazante, hostil, degradante o humillante.

La discriminación étnica supone la desvalorización de la cultura, lo cual comporta un conjunto de hábitos, costumbres, indumentaria, formas de vida, sentido de pertenencia e idioma de un grupo social determinado, y llega a difundir ideas y realizar actos de anulación o menoscabo en el reconocimiento o ejercicio de sus derechos.

Así, los ataques a la dignidad personal y al honor de los miembros de una etnia, por el mero y exclusivo motivo de pertenecer a ella, conllevan sin género de dudas un mensaje de incitación y provocación al odio y la discriminación de los miembros de dicho colectivo.

Etnicidad y raza están relacionadas; en este sentido se ha pronunciado el **Tribunal de Derechos Humanos en la Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005** (STEDH, sec. 2ª, caso Timishev contra Rusia): *«la etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales».*

En ocasiones, las personas sufren discriminación por más de un rasgo o motivo a la vez, lo que se conoce como **discriminación múltiple**, tal es el caso, por ejemplo, de las mujeres pertenecientes a una minoría étnica, las cuales pueden ser objeto de una *doble discriminación*, por su género y por su etnia, lo que da lugar a una forma de discriminación resultante de la combinación de dos factores o características.

Este motivo de discriminación ha aumentado en los últimos tiempos a través de ciertos medios de comunicación y de las redes sociales, con actos como:

- Divulgar imágenes negativas o estereotipadas de determinados colectivos que asocian minorías a la delincuencia y criminalidad, lo que contribuye a reproducir los prejuicios, estereotipos y actitudes discriminatorias que afectan a estas personas.

- La difusión masiva de correos electrónicos en cadena con contenidos ofensivos, difamatorios, degradantes respecto a determinadas etnias y grupos de población.
- Los discursos y declaraciones públicas por parte de políticos, especialmente en períodos electorales, en los que manifiestan directamente el rechazo o los prejuicios hacia determinados colectivos, identificados únicamente por su origen étnico.

A través de los delitos de odio se intenta destruir la pluralidad y diversidad y convertir la libertad en miedo y la convivencia en fractura social atacando de manera directa a la libertad y dignidad de las personas que integran las etnias minoritarias.

La **Declaración de Naciones Unidas sobre las Minorías, de fecha 18 de diciembre de 1992**, la cual se inspira en las disposiciones del art. 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, incluye a las minorías étnicas que deben ser protegidas evitando comportamientos y acciones discriminatorias contra una persona por pertenecer a un grupo étnico o etnia que den lugar a privaciones de derechos humanos totalmente arbitrarias: *«considerando que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas o religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven»*.³⁴

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre**, señala que *«el odio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza cualesquiera que sean»*.

34. Declaración de Naciones Unidas sobre las Minorías, de 18 de diciembre de 1992, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992.

Dos pueblos que sufren frecuentes actos de discriminación por etnia son:

- El pueblo judío –antisemitismo– (véase apartado 2.18 del presente manual).
- El pueblo gitano –antigitanismo– (véase apartado 2.29 del presente manual).

2.16. Ideología

La ideología, tal y como señalan algunos autores,³⁵ viene referida exclusivamente al ámbito político, a diferencia de religión o creencias reservadas a dogmas o doctrinas referentes a la divinidad o un sistema ético.

La referencia a la ideología, tal y como señala J.A. Díaz,³⁶ se encuentra vinculada con el «*odio ideológico*» hacia quienes no comparten tal visión, inspirador a lo largo de la historia de un sinnúmero de conductas violentas y cuyo fundamento se encuentra en el principio de igualdad, ya que en un Estado liberal democrático un ciudadano puede tener la ideología política que él libremente decida que es más acorde con sus creencias políticas, por repugnante que pudiera resultar para la mayoría.

Siguiendo a este profesor, la agravante de discriminación por ideología prevista en el art. 22.4 CP es aplicable a sujetos de extrema derecha,³⁷ que cometen el delito motivados por el odio político a personas de tendencia contraria, como a personas de extrema izquierda, independentistas, demócratas y partidarios de cualquier otra ideología de la cual derive una organización del Estado distinta del totalitarismo que ellos propugnan.

En sentido contrario, nada obsta para que pueda aplicarse dicha agravante a sujetos que por odio ideológico cometen su delito contra sujetos de extrema derecha o neonazis.³⁸

35. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agravantes», en *Tratados y Manuales*, Civitas-Aranzadi, 2011.

36. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas - Thomson Reuters, 2013.

37. SSTS 713/2002, de 24 de abril; 360/2010, de 22 de abril; 815/2011, de 11 de julio.

38. El TEDH estableció en el asunto de Handyside contra el Reino Unido que el derecho a la libertad de expresión protegerá no solo la «*información*» o las «*ideas*» que se reciben

En definitiva, este motivo discriminatorio previsto en el art. 22.4 del Código Penal incluye todos los supuestos en que el autor, partidario de una determinada forma de organización política del Estado español, comete un delito porque su víctima mantiene una convicción diferente al respecto

2.17. Religión o creencias

La discriminación por religión o creencias constituye el diferente trato de personas, y es su único fundamento la religión de la que son fieles y creyentes o las creencias religiosas que siguen, llegándose a cometer graves ilícitos penales.

Desde que Naciones Unidas fue fundada ha mostrado su interés en este motivo de discriminación para intentar combatirlo, de ahí que la prohibición de discriminación por motivos religiosos haya quedado consagrada en todos los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos.

En este sentido, se prohíbe la discriminación contra personas o grupos por motivos de religión o creencias (obligación de respeto) y, asimismo, se consagra la obligación de prevenir esta discriminación por parte no solo de los Estados miembros, sino también por parte de las entidades no estatales (obligación de protección), y la adopción de medidas para garantizar, tanto en la teoría como en la práctica, que toda persona disfrute de los derechos humanos sin discriminación por razón de su religión o creencia (obligación de cumplimiento), castigando las expresiones, discursos o acciones que atenten contra dicho derecho fundamental, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa penal vigente de cada Estado miembro.

La discriminación por motivo de religión o creencias ha ido aumentando en los últimos tiempos, sobre todo a raíz de la llamada islamofobia (véase apartado 2.19 del presente manual).

favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.

Aprecian agravante por discriminación ideológica en este sentido a título de ejemplo la SAP A Coruña, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2010, rec. 30/2010, y la SAP Barcelona, secc. 10ª, de 30 de octubre de 2014, confirmada por el Tribunal Supremo en fecha 19 de mayo de 2015.

Se enjuició una grave agresión cometida contra uno de los asistentes a un concierto de música RAC (*Rock Against Communism*), organizado por un grupo de extrema derecha. Fueron condenadas dos personas de ideas antagónicas por delito de lesiones de los arts. 147 y 148.1 CP, con la agravante de discriminación por motivos ideológicos del art. 22.4 CP.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas,³⁹ pidió a todos los países miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera *«distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o territorios»*.

En su art. 18 consagra:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión, ese derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.»

La Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, ONU Doc. A/36/684 (1981),⁴⁰ en su art. 1 inciso 3 señala:

«La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.»

La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1804/2007, de 29 de junio, relativa a la blasfemia, insultos religiosos y el discurso del odio contra las personas por razón de su religión, relacionada con la Recomendación 1720/2005, de 4 de octubre,⁴¹ se refiere a que la tolerancia debe atañer tanto a las religiones en sentido estricto como a las sensibilidades religiosas (*religious Sensitivities*) de cada persona.

39. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General.

40. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, ONU, Doc. A/36/684 (1981).

41. La Recomendación 1804/2007 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de junio, relativa a la blasfemia, insultos religiosos y el discurso de odio contra las personas por razón de su religión.

2.18. Antisemitismo

La noción de *antisemitismo* recoge las actitudes, conductas y manifestaciones hostiles hacia el colectivo judío. Este prejuicio alimenta una forma de intolerancia que ha conducido no solo a la discriminación contra estas personas, sino a la persecución y exterminio de este colectivo. El antisemitismo, tanto en su vertiente religiosa como en la laica, es un fenómeno de naturaleza sui géneris que abarca una combinación excepcional de motivos étnicos, religiosos, culturales, económicos y políticos, y adopta formas diversas.⁴²

El Consejo de Europa a través de la Recomendación nº 9 de política general de la ECRI, sobre la lucha contra el antisemitismo, establece todo un listado de los actos de antisemitismo más comunes.⁴³

2.19. Islamofobia

Este concepto puede entenderse como temor, prejuicios, hostilidad o rechazo hacia el Islam o hacia las comunidades musulmanas.⁴⁴

Según Movimiento contra la Intolerancia,⁴⁵ *«es una de las peores lacras de nuestro tiempo, una expresión de intolerancia extrema hacia los musulmanes. Nuevo concepto que denuncia Naciones Unidas sobre el prejuicio que identifica el Islam con amenazas graves conocidas, sentando las bases para un fanatismo que justifica la agresión a los musulmanes por el solo hecho de serlo. Sus críticos aducen que el concepto es usado de forma impropia para desprestigiar o silenciar la legítima crítica al Islam, sobre todo en relación a las libertades civiles y los derechos humanos. Sin embargo desde Naciones Unidas se ha utilizado este término. La peligrosa y conocida “hipótesis” del choque de civilizaciones está profundamente alimentada de islamofobia. El secretario general de la ONU, Kofi Annan, alertó reiteradamente sobre el peligro que supone la islamofobia para la democracia y la convivencia mundial».*

42. Informe Raxen especial 2012. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

43. Recomendación nº 9 de política general sobre la lucha contra el antisemitismo. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N9/Recommendation_9_en.asp#TopOfPage.

44. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

45. Informe Raxen especial 2012. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

Algunos organismos internacionales e intergubernamentales, como la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), prefieren, para aludir a este fenómeno, utilizar el término «*intolerancia y discriminación hacia los musulmanes*». En un reciente trabajo elaborado conjuntamente por el Consejo de Europa, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE y la UNESCO, se propone la siguiente definición:⁴⁶

«La intolerancia y la discriminación contra los musulmanes abarcan actitudes y comportamientos discriminatorios hacia individuos, grupos o bienes considerados musulmanes o asociados a personas musulmanas o al Islam. Pueden manifestarse en diferentes variantes y a todos los niveles, desde el sistémico hasta el individual. Pueden consistir en comentarios despectivos o expresiones de odio en manifestaciones públicas, o en discriminación directa o indirecta y comportamientos hostiles, por ejemplo en forma de ataques físicos o agresiones verbales. Las manifestaciones de intolerancia y discriminación contra los musulmanes deben ser contempladas en el contexto del grupo social en el que se producen. En particular, hay que tener presente que la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes están íntimamente vinculadas a otras formas de discriminación y pueden coexistir con sentimientos de rechazo a la inmigración, xenofobia, racismo, o prejuicios por razón de género. Todo ello podría multiplicar las formas de discriminación que padecen algunos.»

2.20. Anticristianismo

No existe ninguna definición legal de este término. El sentimiento anticristiano es una oposición a las personas cristianas, a la religión cristiana, o a la práctica del Cristianismo. Esta actitud ha llevado a la comisión de diversos delitos y actitudes discriminatorias contra los cristianos. Ha sido también llamada *cristofobia* o *cristianofobia*, que puede incluir «*todas las formas de discriminación e intolerancia contra los cristianos*». La cristianofobia se puede reflejar en todo tipo de atentados en contra de cristianos, ya sea contra su persona o contra las figuras relacionadas con su fe.

46. OSCE-ODIHR; CONSEJO DE EUROPA; UNESCO, *Directrices para educadores sobre la manera de combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes: Afrontar la islamofobia mediante la educación*, Varsovia, OSCE-ODIHR, 2012, p. 17.

2.21. Nación u origen nacional

Se trata de un odio discriminatorio por la nacionalidad de la víctima, debiéndose interpretar el término nación en su sentido político o normativo, como perteneciente a un Estado regido por el mismo gobierno.

Puede hablarse de nación como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional, tal y como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.⁴⁷

Como indica el profesor Díaz López, el término nación utilizado por el Código Penal se refiere a la propia del Estado (como el español, el marroquí o el estadounidense), partiendo de que por la vía de la ideología o la etnia puede aplicarse el art. 22.4 CP a supuestos de odio a nacionalidades autonómicas,⁴⁸ términos en los que encajaría la noción cultural de *nación* como perteneciente a un mismo origen, con el mismo idioma y una tradición común, como en la *nación catalana*.

2.22. Sexo y género

El **sexo** es un concepto ligado a la biología, al cuerpo de los seres humanos. Nuestra especie habitualmente presenta dimorfismo sexual, de manera que las personas nacemos macho o hembra, aunque hay un tanto por ciento muy pequeño de la población –pero no por ello inexistente– que, ya sea cromosómicamente, morfológicamente u hormonalmente, nace **intersexual**, término con el que ahora designamos lo que antaño se nombraba como personas hermafroditas.

Sobre la intersexualidad se ha pronunciado en abril de 2015 la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) señalando que este término se utiliza como un paraguas para denotar un número de variaciones diferentes en las características corporales de una persona que hacen que no coincida con las definiciones médicas estrictas de hombre o de mujer. Estas características pueden ser cromosómicas, hormonales y/o anatómicas y pueden estar presentes en diferentes grados. En dicho documento se analizan detalladamente los

47. <http://www.boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>.

48. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Thomson Reuters, 2013.

problemas de discriminación y vulneración de derechos humanos que sufren estas personas.

En el documento⁴⁹ se examina la situación de las personas intersexuales desde una perspectiva de los derechos fundamentales. Hasta la fecha, las cuestiones de intersexualidad han sido tratadas en gran medida desde un punto de vista médico, aunque las instituciones y la sociedad civil están empezando a ser más conscientes de las implicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales. Este documento se centra en tres de estos temas: registro del nacimiento, tratamientos quirúrgicos sobre niños intersexuales y protección de la discriminación.

Por su parte, el **género** es un concepto cultural y tiene relación con la identidad de cada cual, cómo nos sentimos individualmente, y las categorías habituales son hombre y mujer. Decimos que es un concepto cultural porque se trata de dos etiquetas identitarias cuyas características están en gran parte determinadas por el contexto social, histórico, ideológico, religioso, etc. en que se conciben, y que son asignadas y enseñadas a las personas desde que nacen en función de su sexo biológico. Así, a una persona nacida biológicamente macho, las instituciones de socialización (familia, escuela, medios de comunicación, etc.) se encargarán desde un primer momento de socializarla como actual niño y futuro hombre, y lo mismo pasará para una persona nacida hembra, y que será educada en el aprendizaje de lo que debe ser una niña y futura mujer.

El Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, señala como *«los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»* pueden constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Las **personas transgénero o transexuales** son aquellas que, habiendo nacido machos u hembras, se sienten y autodesignan en la identidad de género contraria a la que habitualmente las sociedades atribuyen. Es decir, designaremos como mujer transexual o transgénero a la persona nacida biológicamente macho pero cuya identidad de género es mujer; y como hombre transexual o transgénero a la persona nacida biológicamente hembra pero cuya identidad de género es hom-

49. *The fundamental rights situation of intersex people*. <http://fra.europa.eu/en/press-release/2015/rights-intersex-people-are-too-often-overlooked>

bre. Se hayan operado o no se hayan operado, es decir, hayan o no realizado una operación de reasignación genital.

Es habitual la utilización de la palabra **travesti** como sinónimo de transexual o transgénero, pero ello es un error. El travestismo o *cross-dressing* es simplemente utilizar prendas del género contrario al inicialmente asignado. Hay personas que lo hacen cotidianamente para remarcar su identidad de género actual, y hay personas que solo lo hacen esporádicamente por diversión o incluso por motivos laborales (espectáculos de transformismo o similares). En estos casos, la persona puede, por ejemplo, presentar su cuerpo como *mujer* –en ciertos espacios y tiempos–, y comprender su *identidad de género* como *hombre* y su orientación sexual como *heterosexual*. Por tanto, es un término que no tiene nada que ver con el concepto de persona transexual o transgénero.

Por último, podríamos completar esta categorización con el concepto **Queer**, término anglosajón que es usado en España por aquellas personas que ideológicamente están cuestionando las dicotomías sociales que habitualmente atribuimos al concepto de género y que no quieren ser designadas ni como hombres ni como mujeres. Estas personas reivindican el hecho de ser percibidas simplemente como personas, sin catalogación de género.

Finalmente, es preciso aclarar que cuando nos referimos a la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad de las personas, de lo que estamos hablando es de su opción u orientación sexual, es decir, de sus preferencias a la hora de relacionarse afectiva y sexualmente con otras personas. Se trata, por tanto, de un concepto diferente al del sexo biológico o a la identidad de género.

La discriminación por razón de sexo se produce en la mayoría de los casos contra mujeres y por el mero hecho de serlo, por considerar que carecen de los derechos mínimos de libertad y respeto e incluso capacidad de decisión.

Se suele producir con la difusión de ideas, expresiones o incluso de imágenes cuya finalidad es que el hombre y la mujer no se hallen en un plano de igualdad y que la mujer discriminada vea arruinada su autoestima y dignidad sufriendo humillaciones y temores, y limitándose sus derechos y libertades fundamentales, ya sea como mujer individual o como colectivo.

La **Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**⁵⁰ postuló en su preámbulo: *«la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz»*. En el art. 1 se define la discriminación contra la mujer como: *«toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»*.

El **Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**⁵¹ señala en su preámbulo: *«reafirmando su decisión de asegurar a la mujer el disfrute pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y de adoptar medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y esas libertades»*.

2.23. Orientación sexual

La **orientación sexual** se refiere al objeto de los deseos de un sujeto, como una manifestación más en el conjunto de su sexualidad. Este término se utiliza, convencionalmente, sin distinguirlo del de *preferencia sexual*, aun cuando este implica una cierta voluntad en la elección sexual. *«La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.»*⁵²

50. Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por Resolución nº 34/180, de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y fue sancionada por el Reino de España en fecha 17 de julio de 1980 y ratificada en fecha 5 de enero de 1984.

51. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999.

52. PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

2.24. Identidad sexual

La **identidad sexual** admite varias definiciones; la primera es aquella que la refiere como el reconocimiento a la pertenencia a un sexo u otro, es decir, ser varón o mujer, con independencia de su identidad de género (sentirse como varón o mujer) o su orientación sexual (tendencia o inclinación sexual). La segunda, sin embargo, refiere la identidad sexual como *«el conjunto de características sexuales que nos hacen genuinamente diferentes a los demás: nuestras preferencias sexuales, nuestros sentimientos o nuestras actitudes ante el sexo. Simplemente, podría decirse que es el sentimiento de masculinidad o feminidad (con todos los matices que haga falta) que acompañará a la persona a lo largo de su vida, no siempre de acuerdo con su sexo biológico, o de su genitalidad»*.⁵³ A esta definición, posiblemente, atiende el legislador cuando utiliza la expresión en el párrafo 4 del art. 22 CP.

Alude a la percepción que cada uno tiene de sí mismo como hombre o mujer, sentirse hombre o mujer, con independencia del sexo que biológicamente le ha sido asignado al nacer. Se refiere a *«la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»*. La transexualidad está relacionada con la identidad sexual y de género –el sexo y género con el que el individuo se identifica.

2.25. Enfermedad

Según lo define la **Organización Mundial de la Salud**, el término *salud* implica el perfecto bienestar a nivel **físico, mental y social** de un individuo, mientras que *enfermedad* es la presencia de un mal o afección puntual. Un individuo que presenta tan solo una afección, carece de salud.⁵⁴

53. PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

54. *«La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.»* La cita procede del preámbulo de la Constitu-

La enfermedad como categoría de discriminación contemplada en el art. 22.4 CP estaría limitada a la enfermedad de carácter duradero, tal y como sostiene el profesor J.A. Díaz López.⁵⁵ El caso más común es el de quienes actúan por odio discriminatorio a personas portadoras del VIH y a enfermos de sida.

2.26. Discapacidad

La discapacidad puede definirse como aquella condición bajo la cual ciertas personas presentan alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial que a largo plazo afecta la forma de interactuar y participar plenamente en la sociedad.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud⁵⁶ distingue entre las funciones del cuerpo (fisiológica o psicológica –p. ej., visión–) y las estructuras del cuerpo (piezas anatómicas –p. ej., ojo y estructuras relacionadas–).

Los tipos de discapacidad pueden ser:

- Motriz: se refiere a la pérdida de movilidad o limitación de alguna persona para moverse.
- Visual: se refiere a la pérdida de vista o dificultad para ver con alguno de los ojos.
- Auditiva: pérdida o limitación del oído para poder oír.
- Mental: abarca la limitación del aprendizaje para nuevas habilidades.

La discapacidad es un motivo de discriminación frecuente que debe ser objeto de estudio y análisis con detalle, partiendo de la consideración de que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y no meros objetos de tratamiento y protección social.

ción de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 estados (*Official Records of the World Health Organization*, nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

55. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Thomson Reuters, 2013.

56. <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.

La **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Protocolo Facultativo**⁵⁷ reafirmaron que todas las personas con discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y consagrar de esta manera un «*cambio paradigmático*» de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

En su art. 1 se señala: «*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás*».

La **Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**,⁵⁸ establece en su preámbulo importantes consideraciones para evitar cualquier clase de discriminación respecto de las personas que sufran algún tipo de discapacidad: «*Se establecen como principios generales el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana*.

La discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona “normal”. En este sentido una sociedad abierta e inclusiva ha de modificar tal entorno solidariamente para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan su humanidad y le agregan valor [...].»

En el **ámbito penal**, el art. 25 CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, facilita una definición de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección en los términos siguientes:

«A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente

57. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados en fecha 13 de diciembre de 2006.

58. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el BOE en fecha 2 de agosto de 2011.

que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.»

2.27. Aporofobia

Es un concepto de nuevo cuño que no está definido en los tratados internacionales y que no prevé expresamente como motivo de discriminación el Código Penal.⁵⁹ El término fue fijado por la catedrática de Ética de la Universidad de Valencia Adela Cortina y es el resultado de la unión de dos palabras griegas: *áporos* ('pobre', 'escaso de recursos', 'sin salida') y *fobia* ('temor'), que permite definir una realidad, constatada en sus estudios,⁶⁰ que no tenía definición. Se trata del desprecio a los pobres, la fobia, la aversión, o el rechazo u odio al pobre, al *sin techo*, a las personas sin hogar.⁶¹

A pesar de no existir una definición totalmente consensuada, ni una posición oficial por parte de los poderes públicos en nuestro país, el Observatorio Hatento y la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) hacen suya la definición planteada por Dragana Avramov (1995), que considera como personas sin hogar a aquellas *«que no pueden acceder y/o conservar un alojamiento adecuado, adaptado a su situación personal, permanente, y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas u otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para llevar una vida autónoma.»*⁶²

59. Véase en este sentido STS 1160/2006, de 9 de noviembre.

60. CORTINA, A., *et al.*, *Ética*, Madrid, Santillana, 1996; CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1997; CORTINA, A., «Aporofobia», *El País*, 7 de marzo de 2000, p. 14. Internet: consulta de alrededor de cuarenta páginas web que contienen el término *aporofobia*.

61. *Informe Raxen especial 2012*. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

62. RAIS FUNDACIÓN, *Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, Rais Fundación, 2015. http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf?utm_

La situación de exclusión social convierte a las personas sin hogar en víctimas especialmente vulnerables que en la mayoría de los casos no denuncian los delitos de los que son objeto, lo que, sin duda, facilita la impunidad de sus autores.

«Orinaron sobre mí mientras dormía», «destrozaron todas mis cosas mientras me insultaban» o «me pegaron una paliza un grupo de nazis» son algunos ejemplos de los delitos de odio que sufren las personas sin hogar.

Muchos de estos actos pueden ser **enfocados penalmente como vejatorios y denigrantes y, por tanto, susceptibles de encarar en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP**. No es posible la aplicación en estos casos del nuevo art. 510.2.a, ya que solo pueden ser sujetos pasivos de dicho delito las personas y colectivos descritos en él, no contemplándose como motivo discriminatorio la situación socioeconómica de la víctima.

A pesar de la percepción generalizada que podemos tener respecto a quien comete delitos de odio contra cualquier grupo o colectivo en general y contra las personas sin hogar en particular, estos no siempre son cometidos por grupos de extrema derecha o movimientos con marcado carácter ideológico. Un claro ejemplo de ello fue el asesinato de Rosario E.P., quemada viva en un cajero de la ciudad de Barcelona por tres adolescentes que, a priori, no estaban vinculados con ningún grupo o movimiento ideológico.

2.28. Romafobia o antigitanismo

Desde hace algunos años, el término *antigitanismo* se ha ido introduciendo poco a poco en el lenguaje de las instituciones europeas, de organismos internacionales especializados y de organizaciones de la sociedad civil para hacer referencia a una forma específica de racismo, intolerancia y discriminación hacia las comunidades gitanas.⁶³ Para describir esta realidad, aunque con algunos matices, se utilizan también términos como *romafobia* y *antiziganismo*.

source=Empleados_RAIS_2015&utm_campaign=a7c0625835-informeHatento5_26_2015&utm_medium=email&utm_term=0_2c34d19c82-a7c0625835-103534249.

63. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa⁶⁴ define el antigitanismo como *«una forma específica del racismo, una ideología basada en la superioridad racial, una forma de deshumanización y de racismo institucional alimentado por una discriminación histórica, que se manifiesta, entre otras cosas, por la violencia, el discurso del miedo, la explotación y la discriminación en su forma más flagrante, haciendo hincapié en el hecho de que el antigitanismo es una forma de racismo particularmente persistente, violenta, recurrente y banalizada, y convencida de la necesidad de combatir este fenómeno a todos los niveles y por todos los medios»*.

64. Recomendación nº 13 de política general de la ECRI sobre la lucha contra el antigitanismo y las discriminaciones contra los romá/gitanos, adoptada el 24 de junio de 2011. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N13/e-RPG%2013%20-%20A4.pdf.

3. DIAGNÓSTICO DE LOS PROBLEMAS MÁS FRECUENTES QUE IMPIDEN O DIFICULTAN LA EFECTIVA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN

3.1. Aproximación

Son múltiples y variados los problemas que impiden o dificultan una correcta investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales cometidas por aversión irracional y odio hacia las personas simplemente por ser diferentes respecto al color de su piel, origen o etnia, orientación o identidad sexual, o religión, discapacidad, etc.

Problemas que si no son conocidos ni estudiados por los profesionales que tienen que garantizar la Seguridad e impartir la Justicia suelen comportar, bien la no apertura de investigaciones, bien investigaciones deficientes, o sobreseimientos y pronunciamientos absolutorios que, con una adecuada capacitación y sensibilización de los profesionales implicados, podrían tener un sentido diferente, generando con ello un sentimiento de injusticia y, en cierto modo, el fracaso del sistema de protección de sus derechos, con la consiguiente frustración y un aumento de la ya secular desconfianza que tienen en los cuerpos policiales y en quienes administran Justicia.

Estos hechos delictivos y estas víctimas presentan particularidades y especificidades que deben ser conocidas y entendidas por quienes, de una forma u otra, participan a lo largo de todo el proceso que debería conducir a una adecuada tutela de los derechos de la víctima, desde el agente de policía que la atiende por primera vez, nada más

producirse los hechos, a veces desde el servicio telefónico 112; pasando por los policías que le toman declaración y que deberían informarle de sus derechos y de los diferentes recursos que dispone el sistema para la protección de víctimas; por los agentes de Policía Judicial que deben, desde el primer momento, orientar adecuadamente la investigación de los hechos; por el funcionario del juzgado que tramita el correspondiente procedimiento judicial; por el fiscal y el juez que deben instruir la causa, hasta llegar a los jueces y magistrados que deberán valorar los diferentes medios de prueba, en muchos casos de naturaleza indiciaria, y dictar sentencia.

Los problemas más importantes que afectan a la lucha contra los delitos motivados por discriminación son los siguientes:

3.2. Desconocimiento del número de hechos

Ello tiene dos vertientes.

3.2.1. Desconocimiento de los hechos denunciados

Uno de los principales problemas detectados en el ámbito de los delitos de odio y discriminación es la ausencia de publicación de datos estadísticos que permitan conocer su dimensión cuantitativa y cualitativa, a pesar de que en el año 2011 se han realizado modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad por parte del Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, y del Oberaxe⁶⁵ (Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social), con la intención de registrar de forma precisa y fehaciente cualquier acto susceptible de ser calificado como racista o xenófobo.⁶⁶

Se ha de poner en valor que fue el Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya la primera Administración Pública en realizar un registro informático de todas las denuncias interpuestas por delitos cometidos por odio y discriminación a partir de la aprobación, por impulso del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fis-

65. Oberaxe (Observatorio Español contra el Racismo y la Xenofobia).

66. Desde el año 2010, en Catalunya, como consecuencia de la aprobación del protocolo del cuerpo de Mossos d'Esquadra comienza a etiquetar todas las denuncias presentadas por delitos de odio y discriminación y a cuantificarlas, lo cual permite ofrecer los primeros datos estadísticos de denuncias presentadas desde su entrada en vigor.

calía Provincial de Barcelona, del primer protocolo en España para la investigación de delitos de odio y atención a sus víctimas, denominado *Procedimiento en hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación*, de 10 de marzo de 2010.⁶⁷ En él se contemplaba ya el obligatorio registro de este tipo de delitos, clasificándolos por sus diferentes motivos de discriminación, de forma que desde el año 2010 tanto el cuerpo de Mossos d'Esquadra como la Fiscalía Provincial de Barcelona comenzaron a ofrecer las primeras cifras estadísticas sobre delitos de odio y discriminación, y, por tanto, a cuantificar víctimas y a poner cifras a sufrimientos que antes no se cuantificaban.

Hasta hace poco, en el conjunto de España no se ofrecían cifras fiables sobre infracciones penales motivadas por el odio y la discriminación. A partir del año 2011, se introducen modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad que permiten que se empiecen a computar todos los hechos con motivaciones de odio y discriminación, a la par que se desarrollan una serie de tipologías estadísticas concretas sobre hechos que en el Código Penal describen actitudes y comportamientos racistas o xenófobos. Así, y fruto del trabajo emprendido, en el año 2014 aparece ya por primera vez un informe del Ministerio del Interior sobre la evolución de los delitos de odio en España que aporta la primera estadística sobre los incidentes e infracciones penales cometidas por odio y discriminación correspondientes al año 2013.⁶⁸

Para la efectividad de los pasos dados desde el año 2010 por Mossos d'Esquadra y desde el año 2011 por el Ministerio del Interior y el Oberaxe, será preciso que se lleve a efecto una formación específica en cada comisaría para que cada agente de policía que tenga acceso a los sistemas informáticos con ocasión de la incoación de un atestado policial conozca todas las posibilidades del sistema de registro del incidente racista o xenófobo.

En esa formación será muy importante que los agentes conozcan además la relevancia que tiene el debido registro de las infracciones penales cometidas por odio o discriminación, ya que la no existencia de cifras estadísticas contribuye a la no visibilización del sufrimiento de las víctimas y, en ocasiones, a la minimización o banalización del problema.

67. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitos-Mossos.pdf>.

68. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Informe+sobre+los+d+elitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+2013.pdf>.

De la misma forma que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no ofrecían hasta hace poco cifras fiables sobre delitos con motivación de odio y discriminación, las fiscalías, los juzgados y los tribunales tampoco registran ni clasifican tanto los procedimientos que se incoan o archivan por delitos o faltas de esta naturaleza como, obviamente, las sentencias o autos de sobreseimiento provisional o libre que se dictan.

Dicha deficiencia ha sido puesta de manifiesto en multitud de ocasiones por la Unión Europea y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA),⁶⁹ la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI),⁷⁰ la Organización para el Desarrollo y Cooperación en Europa (OSCE),⁷¹ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas,⁷² así como, por otra parte, ha sido motivo de reclamación por prestigiosas organizaciones no gubernamentales de lucha por los derechos humanos como son Movimiento contra la Intolerancia⁷³ o Amnistía Internacional.⁷⁴

3.2.2. Desconocimiento de los hechos que se producen y no se denuncian

Se tiene la fundada impresión de que muchos de los delitos cometidos no se denuncian, de modo que existe una considerable cifra sumergida de hechos que las víctimas por múltiples razones no quieren o no se atreven a denunciar o ignoran que pueden denunciar.

69. Decisión 4/03 del Consejo de Ministros de Maastricht que insta a «recoger información fidedigna y estadísticas sobre "hate crimes" incluyendo las manifestaciones violentas de racismo, xenofobia, discriminación y antisemitismo» (*Informe sobre Racismo y Xenofobia en los Estados Miembro de la UE*, FRA, agosto de 2007, pp. 118-119).

70. Cuarto Informe sobre España, adoptado el 7 de diciembre de 2010 y publicado el 8 de febrero de 2011.

71. *Combatir «hate crimes» en la Región OSCE: una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas Nacionales*, OSCE-ODIHR, 2005, y *OSCE Tolerance Implementation Meeting on Addressing the Hate Crime Data Deficit Vienna 9/10/2006 Meeting Report*, OSCE, 2007.

72. Observación 16 del Informe 2004 para España del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas y reunión de expertos del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Viena 9 y 10 de febrero de 2011.

73. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Cuadernos de Análisis*, nº 38; *Materiales Didácticos*, nº 5; e *Informes Raxen* de 2008, 2009 y 2010.

74. *Informe sobre España* de 2009 y 2010.

Las motivaciones de las víctimas para no denunciar delitos de odio, o bien para hacerlo más tarde de lo que es habitual en otros delitos, ante la policía y las autoridades públicas son diversas y deben ser conocidas por los diferentes responsables y funcionarios públicos de la Seguridad o de la Justicia.

Las motivaciones más comunes que suelen llevar a las víctimas a no presentar denuncias son:

- **La discriminación como vivencia cotidiana y «normal».** Muchas personas han convivido de forma permanente con la discriminación hasta el punto de considerarla como algo «normal» o «natural» en sus vidas. Frases como «eso nos ha pasado siempre», «es lo que nos toca», «para qué denunciar si eso no cambiará» son habituales en mujeres gitanas acostumbradas a ser seguidas por vigilantes de seguridad nada más entrar en un supermercado o en personas con diferente color de piel cuando no se les permite el acceso a una discoteca. Sin embargo, en pocas ocasiones denuncian, porque la discriminación la tienen profundamente interiorizada como algo que, inevitablemente y sin solución, ha de formar parte de sus vidas.
- **Una creencia de que nada pasará.** Muchas víctimas carecen de confianza en que las fuerzas de seguridad o los funcionarios de justicia emprenderán las investigaciones o las acciones legales para responder a sus denuncias. Piensan que los hechos que han sufrido no interesan o que su testimonio no será creído.
- **Desconfianza o miedo a la policía.** Las víctimas que pertenecen a un grupo que históricamente estuvo sujeto al acoso, la violencia o a una total desprotección por parte de la policía como pueden ser las víctimas de la homofobia o la transfobia, en ocasiones evitan todo contacto con la policía. Así, si además tienen la condición de inmigrantes o refugiados que han huido de su país de origen por el apoyo gubernamental a la violencia en ocasiones desconfían de la policía de su nuevo país de residencia. Muchas víctimas provienen de países donde se producen frecuentes malos tratos, torturas o extorsiones económicas por parte de sectores de los cuerpos y fuerzas de seguridad y

de las fuerzas armadas. Esas personas, cuando vienen a nuestro país, trasladan también sus temores y les cuesta confiar en nuestros cuerpos policiales.

La falta de confianza en la policía obedece a que algunas minorías étnicas, religiosas o raciales tienen una historia de conflicto con la ley. Por estas razones, las víctimas pueden desconfiar de los investigadores o de los fiscales, mostrándose poco cooperativos.

Las personas extranjeras o los nacionales que pertenecen a minorías étnicas o raciales que han sido objeto de identificaciones policiales basadas exclusivamente en perfiles étnicos o raciales suelen tener un elevado nivel de desconfianza en la policía, lo que constituye una dificultad añadida para denunciar.

- Las **víctimas extranjeras que carecen de permiso de residencia** en nuestro país difícilmente se acercarán a una comisaría a denunciar, ante el temor a una probable apertura de expediente gubernativo de expulsión del territorio nacional. En este sentido, la Fiscalía Provincial de Barcelona, en su memoria del año 2014, propone una reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que permita a las personas en situación irregular en España y que hayan sido víctimas de delitos cometidos 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, la enfermedad que padezca o su discapacidad, quedar exentas de responsabilidad administrativa y evitar la expulsión a condición de denunciar a los autores o cooperadores de dichos delitos, particularmente en los casos en que haya existido violencia o intimidación en su comisión, o a condición de cooperar y colaborar con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.⁷⁵
- **Miedo a represalias.** Muchas víctimas temen que, si denuncian un delito, los autores u otras personas de su en-

75. Previsiones de esta naturaleza se contemplan ya en el art. 31 bis de la citada ley para las víctimas de violencia de género o en el art. 59 bis para las víctimas de trata de seres humanos.

torno puedan tomar represalias contra su persona, su familia o los miembros de la comunidad a que pertenecen. Este temor se ve incrementado si el autor pertenece a un grupo organizado caracterizado por sus posiciones radicales o la violencia, tal y como ocurre con los grupos de neonazis o de *skinheads*. Es frecuente que las víctimas expresen que hasta que fueron objeto de una agresión eran personas anónimas, solo identificables para sus agresores por sus características externas como el color de su piel o el *hiyab*⁷⁶ que portaban, pero que, a partir de la denuncia, se avivaron sus temores a futuras represalias porque a sus características externas se añadía el hecho de que eran personas plenamente identificables con nombre y apellidos.

Aunque existe la idea de que el típico delito motivado por el odio es un ataque al azar, de hecho, muchos se producen dentro de comunidades pequeñas y pueden involucrar a los vecinos. Las víctimas pueden temer repercusiones si el autor sabe dónde viven. Cuando hay grupos organizados de odio involucrados, la víctima puede sentirse especialmente amenazada. En tales casos, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la policía y los fiscales deben valorar la posibilidad de interesar, y la autoridad judicial, la viabilidad y la disponibilidad de medidas especiales de protección de testigos, tales como las previstas en la Ley de Protección de Testigos (Ley 19/1994, de 23 de diciembre).

- **Extrema vulnerabilidad de cierto tipo de víctimas.** Muchas víctimas no denuncian porque su situación personal, social o económica las sitúa en un plano de absoluta exclusión social y extrema vulnerabilidad; nos estamos refiriendo a personas sin hogar, en muchos casos con problemas de salud física o mental y de ausencia total de apoyo familiar o social, y a cierto sector del colectivo transexual que, por falta de oportunidades en el mercado de trabajo, se ve obligado a ejercer la prostitución.
- **Falta de conocimiento de la ley.** Muchas personas pueden no ser conscientes de que las leyes penales les protegen, o no saben cómo o dónde denunciar estos delitos. Es

76. Pañuelo usado frecuentemente por mujeres musulmanas que cubre el pelo y el cuello pero no el rostro.

muy frecuente que muchas de las víctimas de este tipo de delitos ignoren dónde, cómo y cuándo denunciar. Hemos de partir de la base de que muchas víctimas son extranjeras y que, además, provienen de pequeñas aldeas, en muchas ocasiones no están alfabetizadas, frecuentemente no conocen nuestra lengua y mucho menos nuestro sistema legal de protección de derechos, circunstancias que dificultan poderosamente la presentación de denuncias. A veces, se archivan casos porque la víctima no ha presentado denuncia o tarda mucho en presentarla, factores que en algunos supuestos los fiscales o los jueces de instrucción valoran como una ausencia de prueba o una muestra de desconfianza hacia la versión de la víctima. Sin embargo, la presentación de denuncia no es indispensable para la apertura de investigaciones, ya que la mayoría de delitos son públicos y, por tanto, perseguibles de oficio, y la ausencia de denuncia tan solo comporta carecer de la prueba testifical de la víctima, pero, con una adecuada investigación policial y judicial, es posible la acreditación de los hechos con otras fuentes de prueba.

- **Vergüenza.** Algunas víctimas se sienten apenadas y avergonzadas después de ser víctimas de un *delito de odio*, incluso creyendo que fue culpa suya, o que sus amigos y/o los miembros de su familia o su comunidad puedan estigmatizarlas, considerando socialmente inaceptable que el suceso sea conocido públicamente. Aunque este también es un factor de los delitos comunes, un sentimiento de vergüenza y degradación puede estar más agudizado en un incidente de *delito de odio* porque los individuos están siendo victimizados únicamente por su identidad. El tema de la vergüenza puede ser particularmente significativo como un obstáculo para la denuncia en las víctimas escogidas por su orientación sexual o identidad de género. Son comunes los casos de agresiones o incluso robos a homosexuales que no son denunciados por las víctimas porque los hechos han tenido lugar en lugares íntimos o en parajes aislados⁷⁷ donde mantienen relaciones sexuales. Los autores de los hechos, concedores de la vulnerabilidad de las víctimas en dichos lugares, los esco-

77. Por ejemplo, saunas, cuartos oscuros en discotecas u otros lugares de ocio o zonas de *cruising*.

gen deliberadamente para garantizar la impunidad de sus acciones.

- **Negación.** Con el fin de hacer frente al trauma sufrido por la comisión de un delito de odio, algunas víctimas niegan o minimizan el impacto y la gravedad del delito.
- **Miedo a desvelar su orientación sexual.** Para las personas homosexuales, bisexuales y transgénero, denunciar un delito de odio puede implicar desvelar públicamente su orientación sexual o identidad de género, particularmente en pequeñas ciudades o zonas rurales. Hemos de partir de la consideración de que el grado de respeto y tolerancia de la diversidad sexual que existe en las grandes ciudades es aceptable, y, aunque también en ellas hay actitudes de rechazo e intolerancia, no es igual en las ciudades pequeñas y mucho menos en el ámbito rural. Las víctimas tienen el fundado temor de que, si presentan denuncia por los hechos sucedidos, con una simple citación de la comisaría o del juzgado, rápidamente se sabrá en su familia o en toda la localidad, con posibles consecuencias negativas en su ámbito personal en el plano familiar, social o laboral.
- **Miedo a desvelar su filiación étnica, religiosa o política.** Algunos miembros de grupos minoritarios étnicos, religiosos o políticos temen que desvelar su identidad pueda llevarles a la discriminación u otras consecuencias negativas.

La falta de denuncias o la presentación de las denuncias en fechas muy posteriores a la comisión de los hechos es una realidad acreditada que debe ser conocida por quienes de una forma u otra deben investigar los delitos y enjuiciarlos. Esta realidad ha sido constada a través de las prestigiosas encuestas de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA),⁷⁸ organismo creado a partir de la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y cuyo objetivo fundamental es brindar asistencia y asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones y órganos comunitarios y a los Estados miembros.

78. Página oficial: <http://fra.europa.eu/en>. Su regulación de la FRA se encuentra en el Reglamento (EU) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007.

La Recomendación General nº 31 (2005) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recuerda que la **inexistencia o el escaso número de denuncias, enjuiciamientos y sentencias por actos de discriminación racial no debería considerarse como necesariamente positivo**, ya que también puede ser un indicador, entre otros, del temor de las víctimas a la reprobación social o a represalias, de la falta de confianza en los órganos policiales y judiciales, o bien de una atención o sensibilización insuficientes de estas autoridades frente a las denuncias por actos de discriminación.

Por su alto interés, añadimos los resultados⁷⁹ de la encuesta de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) realizada entre 23.500 ciudadanos de la Unión Europea pertenecientes a grupos de minorías étnicas o raciales e inmigrantes, dada a conocer en Estocolmo en diciembre de 2009, en la que se ponen de manifiesto los siguientes datos:

- El 12% de las personas entrevistadas había sufrido en el último año un hecho que con arreglo a la legislación de su país es infracción penal. **De estas, el 82% no había presentado denuncia**, y, entre ellas, el 64% no había presentado denuncia porque piensa que no serviría para nada.
- El 46% de las víctimas desconocía sus derechos.

El director de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Morten Kjaerum, ha señalado: *«La encuesta indica que la inmensa mayoría de los encuestados no da parte de sus experiencias de discriminación o delitos racistas a ningún organismo competente. Millares de casos de delito racista y discriminación no salen a la luz. Esto significa, por tanto, que los autores del delito quedan impunes, no se hace justicia a las víctimas y los responsables de la formulación de políticas no pueden emprender las acciones apropiadas para evitar que se repitan las infracciones. Cabe esperar que los datos de esta nueva encuesta fomenten la sensibilización respecto a la necesidad de desarrollar unas respuestas políticas con objetivos más concretos para hacer frente a esta lacra social». «La situación plantea cuestiones importantes, por ejemplo, cómo puede aumentarse la sensibilización respecto de los derechos y re-*

79. <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/eu-midis-main-results-report>.

forzarse la confianza en los mecanismos de protección vigentes», sostiene Morten Kjaerum. «Es importante animar a las víctimas de discriminación o de acoso a que den parte de sus experiencias y asegurarles que sus denuncias se tomarán en serio.»

En 2010, la Comisión Europea pidió a la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) que recabara datos comparables sobre la discriminación y los delitos motivados por prejuicios de los que son víctimas las personas LGBT en todos los Estados miembros de la UE y Croacia. Atendiendo tal petición, la FRA puso en marcha en 2012 su encuesta en línea sobre las experiencias de las personas LGBT en la UE, la cual recibió 93.079 respuestas. Sus resultados⁸⁰ fueron publicados el día 17 de mayo de 2013, Día Internacional contra la Homofobia.

Los resultados ponen de manifiesto que las personas LGBT en la sociedad de la UE actual sufren habitualmente por no poder «*ser ellos mismos*» en el ámbito escolar o laboral, o en el ámbito público en general. Así, muchos ocultan su identidad y viven aislados, o incluso atemorizados.

Los principales datos de la encuesta son:

- Casi la mitad (47%) de los consultados señalaron que se habían sentido personalmente discriminados o acosados por motivo de su orientación sexual en el año anterior a la encuesta.
- Más del 80% de los consultados de todos los Estados miembros de la UE recuerdan comentarios negativos o actos de intimidación dirigidos contra jóvenes LGBT en el ámbito escolar.
- Dos tercios (67%) de los consultados declararon que «*a menudo*», o «*siempre*» escondieron u ocultaron su condición de LGBT en su etapa escolar hasta los 18 años de edad.
- Uno de cada cinco encuestados empleados o en busca de empleo en los doce meses anteriores al estudio se había sentido discriminado en tales situaciones laborales en dicho período. Tal cifra se eleva a una proporción de uno de cada tres en el caso de las personas transgénero consultadas.

80. <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results>.

- De los encuestados que habían acudido a una cafetería, un restaurante, un bar o un club nocturno en el año precedente a la encuesta, casi uno de cada cinco (18%) había sido víctima de discriminación por su condición de LGBT.
- Una cuarta parte (26%) de todas las personas LGBT de la UE que respondieron a la encuesta habían sido agredidas o amenazadas con violencia en los últimos cinco años. En torno a tres de cada diez del total de personas transgénero consultadas señalaron que habían sido víctimas de actos de violencia, o que habían sido amenazadas con tales actos, en más de tres ocasiones en el año precedente a la encuesta.
- Una mayoría de los consultados que habían sido víctimas de actos de violencia (59%) en el pasado año señaló que la última agresión o amenaza de violencia obedeció, parcial o plenamente, a que fueron percibidos como LGBT.
- Menos de uno de cada cinco encuestados (17%) denunció a la policía el incidente más reciente de violencia motivada por prejuicios que le hubiera ocurrido.
- En torno al 66% de los consultados de todos los Estados miembros de la UE tiene miedo de ir de la mano en público con una pareja de su mismo sexo. En el caso de los varones gays y bisexuales, tal proporción se eleva al 74% y el 78%, respectivamente.
- Más de cuatro quintas partes del total de consultados señalaron que las bromas sobre personas LGBT son generalizadas en la vida diaria.
- Casi la mitad de los encuestados creen que la utilización de un lenguaje ofensivo respecto a las personas LGBT por parte de políticos está generalizado en su país de residencia.

En **España, en el ámbito de la aporofobia**, por tanto, contra personas sin hogar, el Observatorio Hatento⁸¹ publicó en junio de 2015 un informe que pone de manifiesto las siguientes conclusiones:

- Casi la mitad de las personas sin hogar habrían sufrido agresiones, humillaciones e intimidaciones motivadas por la intolerancia y los prejuicios de sus agresores hacia su situación de extrema exclusión.

81. <http://hatento.org/>.

- Un 63% de las personas que contaron un incidente o delito de odio no acudieron a ningún tipo de servicio u organización especializada. Un 43,1% de ellas considera que no iba a servir de nada y un 19,4% no confía en ningún servicio.
- Dos de cada tres de las experiencias analizadas fueron presenciadas por otras personas. En un 68,4% de estos casos, los testigos no hicieron nada.
- Solo 15 personas de las 114 que fueron víctimas de algún incidente o delito de odio presentaron una denuncia. Un 70% de las personas que no denunciaron los hechos consideran que no sirve de nada denunciar y un 11% tenían miedo a las posibles represalias por parte de los agresores.

3.3. Minimización de los hechos, en ciertos casos, por parte de los responsables de las investigaciones o de su enjuiciamiento

La ausencia de cifras fiables sobre criminalidad motivada por el odio en España suele comportar consecuentemente una notable falta de conciencia del alcance y gravedad del problema. Ello afecta no solo a los poderes públicos, que, en ocasiones, ante el desconocimiento del volumen cuantitativo y, sobre todo, cualitativo de asuntos, no diseñan las debidas medidas de una auténtica política criminal de Estado para prevenir y combatir esta forma de criminalidad que ataca directamente a la esencia de la convivencia, sino que también afecta a los agentes de policía, fiscales y jueces o magistrados, los cuales, carentes de la adecuada formación y capacitación, no tienen en algunos casos las suficientes habilidades técnicas para saber detectar un delito de odio, acreditarlo o enjuiciarlo, lo que impide que se dé la necesaria respuesta que la ciudadanía espera de sus servidores públicos.

Esa falta de capacitación comporta que, a veces, se tienda a minimizar los insuficientes casos que llegan a las comisarías, fiscalías o juzgados. A continuación, señalamos algunos de ellos:

1. Se ha podido comprobar que en algunos casos por parte de policías, jueces y fiscales se tiende a **restar gravedad a los hechos denunciados** como amenazas o lesiones con primera asistencia facul-

tativa, de modo que bastantes veces esas denuncias quedan reducidas desde un primer momento a simples infracciones leves, sin profundizar en la investigación y sin valorar la posible afectación con estos comportamientos de otros bienes jurídicos como la dignidad o integridad moral de la víctima.

Ante agresiones físicas sobre las personas con violencia aparentemente gratuita, ejecutada con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, creando en ella un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, se ha de valorar que, además de lesionarse la integridad física, se atenta también contra su dignidad como personas, debiéndose ponderar en estos casos no solo el delito o falta de lesiones, sino también un posible delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP o el nuevo delito previsto en el art. 510.2.a CP.

Consciente de este problema, la Fiscalía Provincial de Barcelona, ante agresiones físicas sobre las personas con violencia aparentemente gratuita ejecutada con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, creando en ella un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, acordó la Instrucción 6/07, por la que se considera que, además de lesionarse la integridad física, se atenta también contra la dignidad de las personas, y se ordena calificar estos casos no solo como delito leve de lesiones, sino también como delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, en concurso ideal del art. 77 CP con la mencionada infracción de lesiones.

Esta Instrucción ha supuesto un cambio en la forma de abordar por parte del Ministerio Público aquellas agresiones físicas cometidas por motivos discriminatorios que, si bien tan solo causaban un resultado de una primera asistencia facultativa, tenían especial intensidad lesiva sobre la dignidad de las personas, obligando a calificar los hechos también como un delito contra la integridad moral del art. 173 CP.

En este sentido fue significativo el caso de una agresión a una menor ecuatoriana en un tren de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya en la provincia de Barcelona, asunto de gran trascendencia mediática al ser captado por las cámaras del tren y que, en un primer momento, dio lugar a la incoación de un simple juicio de faltas. El recurso de la Fiscalía, al estimar que además de la lesión física había una lesión a la integridad moral de la víctima, dio lugar a una sentencia condenatoria por delito contra la integridad moral del art. 173 CP, dictada en fecha 16 de marzo de 2009 por el Juzgado de lo Penal 16 de Barcelona, confirmada por sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de fecha 8 de febrero de 2010 (EDJ 46271).

La citada Instrucción 6/07, extendida en el año 2012 al ámbito territorial de toda Cataluña por Instrucción 2/2012 de la Fiscalía

Superior de Cataluña, se constituyó así en una herramienta fundamental para el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, ya que contempla la posibilidad de formular acusaciones más enérgicas por parte del Ministerio Público ante agresiones aparentemente leves en cuanto a la afectación de la integridad física de las víctimas, pero especialmente lesivas de su dignidad pues se producen por el mero hecho de ser diferentes por su raza, etnia, creencias, religión, sexo, orientación o identidad sexuales, discapacidad, etc.

Ejemplos de aplicación de esta tesis:

- Agresión en un autobús urbano a una mujer discapacitada, en silla de ruedas, que reclamaba hacer uso del espacio reservado a personas con movilidad reducida y que recibió, de forma absolutamente gratuita, golpes e insultos vejatorios por su diversidad funcional, hasta el punto de provocar su caída al suelo. Al requerir las lesiones sufridas una sola asistencia facultativa, el Juzgado de Instrucción reputó los hechos como falta de lesiones. El fiscal del Juzgado, a instancias de este Servicio, interpuso recurso al valorar un grave menoscabo de la dignidad de la persona y considerar que los hechos eran constitutivos de delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, recurso que fue estimado. Se dictó en el Juzgado de lo Penal sentencia con la conformidad del acusado.
- Agresión, amenazas e insultos degradantes a una mujer transexual que ejercía la prostitución en las proximidades del campo del FC Barcelona por parte de un grupo de personas vinculadas a grupos ultra. En este caso, como en el anterior, el Juzgado consideró solo la agresión física, pero no el menoscabo de la dignidad de la persona. El Ministerio Público recurrió considerando que los hechos eran constitutivos de delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, y el recurso fue estimado.

Con la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 marzo, este tipo de hechos pueden ser calificados como un delito del art. 510.2.a CP, que castiga a los que lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito contra personas o grupos por motivos discriminatorios, pudiéndose producir un concurso de normas con el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, que se resolvería de acuerdo con el principio de especialidad en favor del primero de los tipos penales conforme al art. 8.1 CP.

2. También se ha constatado que ante **pintadas amenazantes en sedes de ONG, centros de culto, locales de partidos políticos, etc.**, las denuncias se tramitaban como una falta de deslucimiento de bienes inmuebles del anterior art. 626 CP (hoy infracción administrativa), y no se tomaba en consideración la inquietud o el temor generado en sus destinatarios y, por tanto, no se valoraba el ataque al bien jurídico *seguridad* con dejación de aplicación otros artículos del Código Penal, como el delito de amenazas a colectivos del art. 170 CP.

3. Cuestionamiento de la credibilidad del testimonio de las víctimas. Los policías, como los fiscales o los jueces, son expresión de la sociedad a la que sirven y, por tanto, pueden tener los mismos estereotipos y prejuicios que dicha sociedad. Por ello, al abordar el trabajo con las víctimas, es necesario ser conscientes de que es fácil que quien toma declaración o valora el testimonio de un testigo se deje llevar por prejuicios y estereotipos al evaluar su credibilidad. Hay que ser conscientes de que algunos testigos o víctimas pueden ofrecer ciertas resistencias a denunciar por las causas anteriormente expuestas, o bien presentan las denuncias transcurrido mucho tiempo después de sucedidos los hechos porque previamente necesitan asimilar lo que les ha ocurrido o asegurarse de que la denuncia no les comportará consecuencias negativas, para lo cual buscan antes de denunciar el asesoramiento de una alguna asociación u ONG.

Es necesario saber que es posible caer en el error de no dar suficiente credibilidad a la declaración de la víctima, como consecuencia de opiniones propias basadas en estereotipos y prejuicios. Y en ocasiones esa falta de investigación obedece también a que los policías, los fiscales y los jueces desconocen la realidad cotidiana que rodea a las víctimas, o la especificidad de sus problemas o aspectos básicos de su vida social, cultural, religiosa, etc.

Al tratar con las complejas cuestiones que rodean a las víctimas en la fase inicial de investigación de un caso, es altamente recomendable que la policía y la Fiscalía se sirvan de establecer alianzas y contactos regulares con los servicios sociales de atención a víctimas/testigos, las ONG o grupos comunitarios. La policía y la Fiscalía no deben esperar a que suceda un caso que presente un alto perfil de odio para contactar con la comunidad.

La comunicación regular y la consulta con las ONG y asociaciones que defienden a las minorías y a las víctimas pueden ser herramientas poderosas para la prevención de todo tipo de delincuencia, y pueden dar resultados positivos para la policía y para la Fiscalía; de esta forma se contribuiría a mejorar la confianza de las víctimas a la hora de denunciar los hechos y se facilitaría una mayor cooperación de los testigos.

Con estos contactos también se puede asegurar que cuando surjan tensiones entre las comunidades la policía tenga mejores medios para calmar la situación y saber cuándo hay que intensificar la presencia policial para atender las preocupaciones de la comunidad.

3.4. Deficiente atención a las víctimas

Desde el punto de vista de atención, información y orientación a las víctimas de delitos de odio y discriminación se han detectado también problemas como los que siguen:

3.4.1. Derivaciones indebidas

Es relativamente frecuente encontrar casos en los que el agente de policía o el funcionario judicial que atiende a la víctima o al denunciante deriva indebidamente el caso a los servicios de información al consumidor por hechos como serle negada la entrada a un establecimiento a una persona por su raza, cuando la praxis correcta habría sido tramitar un procedimiento penal por delito contra los derechos fundamentales del art. 512 CP y un expediente administrativo sancionador en aquellas comunidades autónomas en que dichos hechos sean constitutivos de infracción administrativa con arreglo a su legislación específica.

3.4.2. Declaraciones de las víctimas en sede policial o judicial mal abordadas

La correcta identificación de la motivación de los delitos de odio y la resolución de muchas investigaciones criminales depende de la información proporcionada por las víctimas y los testigos.

Los análisis realizados sobre la calidad de las informaciones obtenidas por los agentes de policía o por jueces y fiscales muestran, sin embargo, que en algunos casos suelen ser de carácter muy general, imprecisas e incompletas. Algunas estrategias inadecuadas que explican la pérdida de información valiosa a lo largo del proceso son: el excesivo uso de preguntas cerradas, las interrupciones frecuentes, la elaboración de preguntas de un modo inflexible y con secuencias equivocadas, no generar *rapport* y la sospecha de la veracidad del testimonio.

La forma de tomar declaración y, por tanto, la obtención de información de víctimas y testigos es esencial no solo para el esclarecimiento de los hechos, sino también para que la víctima se sienta relajada y pueda narrar su vivencia. Se recomienda recoger las declaraciones detalladas de los testigos y de la víctima usando sus propias palabras; describir con detalle el momento, duración y lugar donde se produjo el incidente; incluir los términos, insultos y jerga concretos, los nombres específicos, las secuencias de interacciones conductuales, las interacciones verbales, el aspecto de los autores, sus acciones específicas y roles y cualquier detalle aportado, aunque parezca superfluo, o sea parcial o el testigo/víctima se manifieste inseguro al respecto; describir el grado de afectación desde el punto de vista físico, psicológico, económico, etc., de cualquier afectado por el incidente.

Las técnicas de **entrevista cognitiva**,⁸² constituyen, en este sentido, una estrategia muy útil (véase apartado 7.5 del presente manual).

Por otra parte, es sabido que nuestros profesionales en ocasiones carecen de los conocimientos precisos para conocer y comprender la situación cultural, social, laboral o psicológica, etc., de las víctimas, sus dificultades en la vida diaria y los motivos por los cuales, o bien no denuncian, o cuando se deciden a hacerlo lo hacen de forma no inmediata. Ámbitos específicos que afectan a determinadas comunidades religiosas, como distinguir un sij de un musulmán, o a las víctimas LGBT, como *cuarto oscuro*, *área de cruising*, son totalmente desconocidos por los responsables de investigar o acreditar los delitos que estas víctimas sufren.

82. Sobre entrevista cognitiva, véase ANTÓN, C., *Los reveladores de huellas mentales en los interrogatorios*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2014.

Acerca de cómo hacer la entrevista cognitiva, véase ANTÓN, C., *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos*, pp. 131 y ss. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatold=217.

En este sentido, se recomienda reforzar la formación de nuestros profesionales a fin de lograr la adecuada capacitación para poder empatizar con la víctima y así poder obtener la acreditación de los hechos y la motivación de odio o discriminación que hay tras ellos. El desconocimiento del hecho cultural diferencial puede dificultar la *conexión* con las víctimas y la obtención de su confianza, e impedir que estas expliquen con la máxima precisión factores decisivos en la investigación de los hechos.

3.4.3. *Garantizar el correcto trato y atención que merecen todas las víctimas*

Es decisivo el debido comportamiento del policía, del juez o del fiscal con la víctima como medio para facilitar que denuncie los hechos, obtener su confianza, que facilite el mayor número posible de datos para la investigación y evitar que incurra en contradicciones al prestar declaración.

Para ello debe ser desterrado cualquier gesto, comentario, mirada, etc., que pueda tener un contenido jocoso, burlesco u ofensivo para las víctimas por mínimo, discreto o subliminal que sea, y no solo por evidentes exigencias legales con consecuencias, al menos, en el orden disciplinario, sino, muy especialmente, para atender debidamente a la víctima, ganar su confianza y obtener de esta forma un testimonio rico en detalles que permita la máxima obtención de datos para el adecuado esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus autores.

Conviene recordar que son pocas las víctimas que dan el paso de denunciar los hechos, y si escuchan algún comentario de este tipo, probablemente no denunciarán, o bien incurrirán en contradicciones fruto del nerviosismo y la desconfianza, contradicciones que, sin lugar a dudas, y paradójicamente, servirán de fundamento para un hipotético sobreesimiento de la causa o de fundamento para una probable absolución del autor de los hechos.

3.5. Investigaciones policiales y judiciales insuficientes. Necesidad de acreditar la motivación del delito

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los Estados de investigar en profundidad y de una forma eficaz todos los incidentes que puedan tener una motivación racista, xenófoba u otros motivos discriminatorios.

Destacamos cuatro sentencias, una de ellas muy reciente que afecta a España:

- 1) **Caso Nachova y otros contra Bulgaria, demandas nº 43577/98 y 43579/98, sentencia de la Gran Sala, Estrasburgo, 6 de julio de 2005, párr. 160:** *«Cuando se sospeche que actitudes raciales indujeron a la comisión de un acto violento, revestirá especial importancia que la investigación oficial se lleve a cabo con energía e imparcialidad y se tenga en cuenta la necesidad de reafirmar sin cesar la condena social del racismo y del odio étnico y mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades para protegerlas de la amenaza de violencia racista».*
- 2) **Caso Moldovan y otros contra Rumanía, demandas nº 41138/98 y 64320/01, párr. 111:** *«La discriminación basada en la raza puede constituir en sí misma un trato degradante prohibido por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos».*
- 3) **Asunto Secic contra Croacia, 31 de mayo de 2007, en un asunto que abordaba el ataque de skinheads contra romaníes, párr. 66:** *«[...] cuando investigan incidentes violentos, las autoridades Estatales tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y determinar si el prejuicio o el odio étnico pudo desempeñar o no un papel en los sucesos. Fracasar al hacer esto y tratar la violencia y la brutalidad inducida racialmente en pie de igualdad con casos que no tienen un matiz racista puede cerrarnos los ojos sobre la naturaleza específica de actos que son particularmente destructivos de los derechos humanos».*

- 4) **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Beauty Salomon contra España, demanda nº 47159/08, sentencia, Estrasburgo, 24 de julio de 2012**, párrafos 67 a 71.⁸³ *«El Tribunal considera que, cuando investigan incidentes violentos las autoridades del Estado, tienen la obligación de tomar todas las medidas razonables para descubrir si existía una motivación racista y para establecer si los sentimientos de odio o los prejuicios fundados sobre el origen étnico han jugado un papel en los acontecimientos. Ciertamente es a menudo extremadamente difícil en la práctica probar la motivación racista. La obligación que el Estado tiene de investigar sobre las eventuales connotaciones racistas en un acto violento es una obligación de medios y no de resultados. [...] el Tribunal ha constatado que las autoridades españolas habían vulnerado el artículo 3 del Convenio⁸⁴ en tanto que no habían conducido una investigación efectiva sobre el incidente. [...] El Tribunal toma nota de que en las demandas de 21 y 25 de julio de 2005 la demandante mencionaba los insultos racistas que habían sido proferidos por los policías [...] estos argumentos no han sido examinados por los tribunales encargados del asunto [...] sin efectuar una investigación más profunda sobre las actitudes pretendidamente racistas. [...] A la luz de los elementos de prueba proporcionados, el Tribunal estima que las decisiones adoptadas por las jurisdicciones internas no han tomado en consideración la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su calidad de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las autoridades han faltado así a la obligación que les correspondía en virtud del artículo 14 de la Convención,⁸⁵ combinado con el artículo 3 de tomar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria habría podido o no jugar un cierto papel en los acontecimientos».*

83. La traducción es propia, puesto que el texto original solo se encuentra en inglés y francés (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-112456>).

84. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: *«Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».*

85. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: *«Artículo 14. Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».*

- 5) **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20/10/2015 caso Balàzs v. Hungría: «Al investigar los incidentes violentos, las autoridades del Estado tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y establecer si el odio étnico o los prejuicios pueden o no haber desempeñado un papel en los acontecimientos».** Añade el Tribunal que *«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 pueden ser indicativos de una violencia racial inducida (ver, Bekos y Koutropoulos v. Grecia, no. 15250/02, § 69, ECHR 2005 XIII)».*

«El tratamiento de la violencia racial en pie de igualdad con los casos que no tienen connotaciones racistas sería hacer la vista gorda ante la naturaleza específica de los actos que son particularmente destructivos de los derechos fundamentales».

La insuficiente investigación se ha detectado tanto en el ámbito policial como judicial. Los casos más frecuentes son:

- a) **Investigaciones por denuncias presentadas por denegación basada en motivos discriminatorios del acceso a una persona a un establecimiento público**, como, por ejemplo, un bar o una discoteca. En estos casos, si se presenta denuncia, circunstancia que no es común, la investigación policial o judicial se limita a recibir declaración al denunciante y al denunciado, sin realizar diligencias adicionales de investigación, lo que comporta en muchas ocasiones decisiones de sobreseimiento provisional de la causa por disponerse únicamente de dos versiones contradictorias, dado que se trata de un delito en el que difícilmente el testimonio de la víctima se va a ver corroborado por datos de carácter objetivo.

Para solucionar este problema, es muy importante la labor policial de investigación nada más producirse la llamada de la víctima para informar de los hechos, sin limitarse a recopilar tan solo la versión del denunciado, que normalmente negará su comportamiento discriminatorio e invocará en muchas ocasiones exceso de aforo en el establecimiento como motivo para impedir el acceso. Inspeccionar el local, comprobar si el perfil del resto de clientes es homogéneo o heterogéneo y recibir declaraciones de posibles testigos redundará, sin lugar a dudas, en el esclarecimiento de los hechos denunciados.

- b) Detrás de muchas agresiones físicas o amenazas a cuyo autor material se identifica o detiene, se esconden verdaderos **grupos organizados o incluso organizaciones criminales** que, si no son objeto de una investigación específica en profundidad, pasarán desapercibidos y, por tanto, sus comportamientos quedarán impunes de inducción o autoría intelectual.

No es suficiente limitarse a esclarecer el hecho y centrarse en su autor material, se han de agotar las investigaciones para esclarecer la posible existencia de verdaderos autores intelectuales.

Es relativamente frecuente que los autores materiales pertenezcan a grupos u organizaciones deliberadamente constituidas para difundir el discurso del odio y en cuyo seno se alienta y se promociona la comisión de actos violentos contra determinados colectivos de personas como inmigrantes, homosexuales, personas que profesan la religión musulmana, etc.

Se trata de verdaderos grupos violentos, aparentemente definidos por afinidades musicales, estéticas, deportivas, etc., entre ellos el movimiento *skinhead* u organizaciones con estructura jerárquica y de naturaleza paramilitar,⁸⁶

86. Como son los casos de los grupos:

Blood & Honour, SAP Madrid de 30 de junio de 2010 (EDJ 2010/112984), confirmada por el Tribunal Supremo por STS de 10 de mayo de 2011 (EDJ 85914); y Hammerskin, SAP Madrid de 16 de julio de 2009 (EDJ 382819).

pero que, en realidad, entrañan verdaderas tramas violentas y racistas cuya agresividad y peligro han sido denunciados por la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia del Parlamento Europeo y numerosas y prestigiosas entidades de lucha contra la discriminación como son The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field,⁸⁷ Migration Policy Group, Movimiento contra la Intolerancia,⁸⁸ SOS Racismo,⁸⁹ etc.

La Secretaria de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, con el propósito de contribuir a la superación de este problema, dictó la Instrucción nº 6/2009, para reimpulsar y dar continuidad al Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil,⁹⁰ en la que se establece un conjunto de previsiones dirigidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para combatir este tipo organizaciones y establecer criterios y contenidos esenciales en los atestados policiales que permitan una respuesta adecuada en sede judicial a los hechos cometidos por ellos.

Para superar este problema, se recomienda seguir las pautas recogidas en el apartado 7 de presente manual.

c) No acreditación de la motivación del delito. Otro problema que se repite con relativa frecuencia en los atestados de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad y en algunas ocasiones en las declaraciones que se obtienen en los juzgados es que se observa una ausencia de referencia a la motivación del autor en la comisión de las infracciones penales con contenido discriminatorio, limitándose a tramitar la agresión, el insulto, la coacción, etc., como cualquiera otra más.

Son abundantes las declaraciones de víctimas, tanto en fase policial como judicial, en delitos como, por ejemplo, amenazas o lesiones, cuyo contenido es neutro o abstracto, ya que no consta la verdadera motivación del hecho, siendo una declaración perfectamente intercambiable tanto para un acto racista u homófobo como para un hecho cometido en el seno de un conflicto vecinal o de tráfico vial.

87. Véase *European Anti-discrimination Law Review*, julio de 2009.

88. Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009*.

89. Véase SOS RACISMO. *Memoria 2008 de la Oficina de Denuncias*.

90. Plan acordado en Instrucción 23/2005 de la Secretaria de Estado de Seguridad.

La descripción de la motivación a través de los datos que se obtienen no solo de las declaraciones de víctimas o de implicados, sino también de la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía, debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o videográficos que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores, son de máxima importancia para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos y, en especial, para la apreciación de la agravante del art. 22.4 CP, todo ello, además, con importantes repercusiones en la posible adopción de medidas cautelares como la prisión provisional o la prohibición de acercamiento del autor a la víctima.

En este sentido, los policías y los jueces y fiscales deberán contar con la suficiente formación para detectar un delito motivado por el odio o la discriminación y saber, por tanto, enfocar la investigación para su debida acreditación. Son muy orientadores a tal fin los llamados **indicadores de polarización** (véase apartado 7 del presente manual).

3.6. Necesidad de incrementar la formación en principio de igualdad y no discriminación de jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y personal de seguridad privada

La mayor parte de los problemas expuestos obedecen en parte a un déficit de formación en los conocimientos relativos al principio de igualdad y no discriminación, que afecta en distinta medida a jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, funcionarios de prisiones y miembros de empresas de seguridad privada. Esta circunstancia en algunas ocasiones impide detectar con el rigor necesario los casos de discriminación y dar la respuesta adecuada, con la consiguiente frustración para las víctimas.

Nuestros funcionarios y profesionales, además de conocer todo el potencial de los tipos penales y de las técnicas de acreditación

de estos delitos, precisan la formación e información adecuada sobre la situación cultural, social, laboral o psicológica, etc., de las víctimas, sus dificultades en la vida diaria y los motivos por los cuales, o no denuncian, o cuando se deciden a hacerlo lo hacen de forma no inmediata.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en su cuarto *Informe sobre España*, publicado en febrero de 2011,⁹¹ apunta a la **necesaria formación obligatoria**, tanto inicial como continuada, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de jueces y fiscales en la lucha contra la discriminación y en la aplicación del principio de igualdad. Así, con independencia de la necesaria creación de unidades policiales especializadas en la lucha contra los delitos de odio y discriminación, particularmente cometidos por tramas o grupos organizados, se han de implementar las medidas de formación adecuadas para garantizar que en los atestados quede debidamente acreditada la motivación de los hechos y se practiquen cuantas diligencias sean precisas para develar la pertenencia del autor/es a organizaciones u grupos constituidos para provocar o incitar al odio, la violencia o la discriminación (art. 515.5 CP). Dicha previsión ya se contempla en la Instrucción nº 6/2009 de la Secretaria de Estado de Seguridad para reimpulsar y dar continuidad al Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil (apartado 3, punto 9).

3.7. Actos públicos convocados para propagar el discurso del odio, y respuesta institucional

Uno de los graves problemas que se han venido detectando desde hace años es la relativamente frecuente celebración de actos públicos en forma de conferencias, concentraciones, exposiciones o conciertos musicales convocados con la finalidad de provocar y propagar el discurso del odio, la violencia y la discriminación, y que son susceptibles de ser calificados como delito del art. 510 CP (engloba las conductas de los anteriores arts. 510 y 607.2 CP antes de la LO 1/2015, de 30 de marzo).

91. Texto oficial en inglés: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>.

Texto en castellano consultable en página web del Consejo de la Juventud de España: <http://www.cje.org/descargas/cje3138.pdf>.

La Fiscalía de Barcelona en el año 2010 se dotó de un protocolo específico para la investigación de este tipo de delitos cometidos en actos públicos y desde hace años viene incoando diligencias de investigación en relación con la celebración de conciertos musicales de grupos en cuyos repertorios se encuentran canciones que incitan al odio, la violencia y la discriminación por razones de orientación sexual o contra los inmigrantes o el pueblo judío.

Todas las noticias o denuncias que llegan al Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, normalmente a través de la propia policía o de las organizaciones de defensa de derechos humanos, son previamente investigadas por medio del cuerpo de Mossos d'Esquadra, que dispone de una unidad especializada. Si se confirma la existencia de indicios racionales de la posible comisión de alguno de los comportamientos previstos en el nuevo art. 510 CP (antiguos art. 510 y 607.2 CP), se acuerda la filmación y grabación completa del acto por la policía para su posterior estudio y, en su caso, depuración de acciones penales.

3.8. Identificación por perfiles étnicos o raciales

Como señala la abogada y colaboradora en España de Open Society Justice Initiative⁹² Cristina de la Serna,⁹³ *«gracias a la llegada de personas migrantes provenientes de distintas partes del mundo –sobre todo, desde principios de la década de los años 90–, la población española ha pasado a ser pluriétnica. Pese a ello, cada vez es más común la utilización de perfiles raciales por parte de la policía en sus controles de identificación en lugares públicos en el contexto del control migratorio. Se produce así una barrera virtual entre población mayoritaria y personas con rasgos étnicos o raciales distintos: mientras los primeros raras veces son parados por la policía, aquellas personas con apariencia migrante son objeto de innumerables controles de identidad –a veces, varias veces al día–».*

92. Open Society Justice Initiative (www.justiceinitiative.org) es un programa operativo de Open Society Foundations que promueve los derechos humanos y fomenta la capacitación legal de las sociedades abiertas a través del litigio estratégico, la incidencia política, la investigación y la asistencia técnica. La organización centra sus esfuerzos en los siguientes temas: responsabilidad por crímenes internacionales, discriminación racial y apatridia, reforma de la justicia penal, abusos relacionados con la seguridad nacional y contraterrorismo, libertad de información y expresión, y corrupción en los recursos naturales.

93. DE LA SERNA, C., «Uso de perfiles étnicos en España: una oportunidad histórica de erradicarlos», *Debates Jurídicos*, nº 3, mayo de 2014 (Open Society Justice Initiative - Rights International Spain).

Estas prácticas no solo tienen lugar en las calles y en las estaciones de transporte público, sino en cualquier lugar «presuntamente» frecuentado por personas migrantes: determinados restaurantes, entrada de colegios públicos, locutorios y hasta en centros de asistencia a personas migrantes.

Esta realidad nos lleva a preguntarnos, como hacen el profesor García Añón y otros autores en su obra *Identificación por perfil étnico en España*:⁹⁴ ¿qué grupos y tipos de personas tienen más probabilidades de ser parados por la policía en España?; ¿qué efectos tiene ser parado, registrado o identificado por la policía?; ¿tiene consecuencias en la confianza que tenemos en la policía?; ¿afecta a la valoración de la legitimidad que se le otorga?; ¿afecta a la voluntad de cooperar con esta institución en el futuro?

La identificación de las personas por parte de los cuerpos policiales que no se basa en el comportamiento individual, sino exclusivamente en el aspecto físico o en el color de la piel, que es una práctica común según los estudios realizados,⁹⁵ ha sido puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo⁹⁶ y viene siendo señalada desde hace años por organismos internacionales y organizaciones de derechos humanos.⁹⁷

94. GARCÍA AÑÓN, J., et al., *Identificación por perfil étnico en España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013.

95. En una encuesta realizada por Metroscopia y analizada por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, tan solo el 6% de las personas caucásicas contestaron haber sido identificadas en los dos últimos años; mientras que contestaron en el mismo sentido el 60% de las personas gitanas, el 45% de las personas con apariencia magrebí, el 39% de las personas con apariencia afrolatinoamericana y el 22% de las personas con apariencia andinolatinamericana. Puede consultarse el informe aquí: http://www.uv.es/garciaj/pub/2013_perfil_etnico.pdf.

Véase también el estudio realizado en España en el marco del Proyecto STEPSS 2008, financiado por la Unión Europea y del que se desprende la existencia de identificaciones basadas en el perfil étnico y que se realizan de forma sistemática al colectivo de los inmigrantes porque «parecen extranjeros».

96. El Defensor del Pueblo, en sus informes de 2010 y 2011, señala la existencia de «numerosas quejas de ciudadanos de origen extranjero que han sido detenidos como consecuencia de controles de identificación, realizados de manera sistemática en distintos lugares de la ciudad de Madrid» (*Informe Anual del Defensor del Pueblo*, 2011, p. 462).

97. El Comité para la Eliminación de la Discriminación, en sus observaciones finales a España (78º Período de Sesiones, 14 de febrero a 11 de marzo de 2011), *Racial*, «considera preocupante la información que ha recibido acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios donde hay una alta concentración de extranjeros con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte (arts. 2, 5 y 7)» (CERD, 2011, 2, párr. 10).

En su último informe, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, el Sr. Mutuma Rutee-re, denuncia, tras su reciente visita a España, entre el 21 y el 28 de enero de 2013, que al

La **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI)** define la identificación por perfiles étnicos o raciales como el *«Uso por las fuerzas policiales, sin justificación objetiva y razonable, de criterios como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para las actividades de control, vigilancia o investigación»*, en la Recomendación nº 11 de política general de la ECRI, de 29 de junio de 2007, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial.⁹⁸

Por su parte, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, en su Recomendación General nº 31**, señala:

«Es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal.

[...] adopción de medidas para impedir los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso.»

El **Tribunal Constitucional** en su Sentencia de 29 de enero de 2001, caso Rosalind Williams, estableció que no es discriminatoria la utilización de las características étnicas en las identificaciones, considerándolas criterios razonables para proceder a la actuación policial en el marco del cumplimiento de la Ley de Extranjería.⁹⁹ Sin embargo, su jurisprudencia puede hoy considerarse obsoleta.

«parecer el uso de perfiles étnicos persiste desde la entrada en vigor de la nueva circular» (ONU, 2013).

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (Consejo de Europa), en su tercer *Informe sobre España*, recomendó *«que las autoridades españolas estudiaran el alcance de la práctica de establecer perfiles étnicos entre las diferentes fuerzas oficiales que operan en España a nivel nacional, regional y local, y a que tomaran todas las medidas necesarias para combatir dichas prácticas»*. En el cuarto *Informe sobre España* (2011), *«expresa su preocupación por los reiterados informes acerca del constante aumento de los controles de documentos de identidad sin claro motivo que tienen lugar en los barrios en que existe una fuerte concentración de extranjeros»*.

98. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf.

99. No obstante, la sentencia cuenta con el importante voto particular del magistrado Julio Diego González Campos, en el que mostraba su disconformidad con la mayoría y estimaba que la utilización de este tipo de criterios característicos raciales sí constituía una vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE.

Rosalind Williams es una persona de origen afroamericano que obtuvo la nacionalidad española en 1969. El 6 de diciembre de 1992, estando con su marido y su hijo en una estación de tren en Valladolid, fue la única persona de todas las presentes sometida a un control de identificación por parte de la policía. Al preguntarle al agente el motivo de tal control de identidad, el agente en cuestión contestó que tenía obligación de verificar la identidad de las personas «*como ella*», esto es, de todas las *personas de color*. Tras negarse a identificarse, tanto ella como su marido y su hijo fueron trasladados a comisaría para verificar sus datos personales. Finalmente, una vez comprobada la nacionalidad española de la Sra. Williams, fueron puestos en libertad.

En el año 2009, el **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este mismo caso, y estableció que estas actuaciones policiales violan el principio de no discriminación, pues, cuando los agentes efectúan controles de identidad, «*las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país*».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Nachova (6 de julio de 2005) y, en concreto, en el caso Timishev contra Rusia (13 de diciembre de 2005) utiliza el término *categorías sospechosas* como la etnia o la raza, y argumenta que ninguna diferencia de trato puede ser objetivamente justificada si se basa exclusivamente, o de forma decisiva, en el origen étnico de una persona.

«[...] ninguna diferenciación en el trato basada únicamente o de manera decisiva en el origen étnico de una persona puede ser justificada objetivamente en una sociedad contemporánea democrática [...] [H]abida cuenta que el derecho a la libertad de movimiento del denunciante fue restringida únicamente con motivo de un origen racial, dicha diferencia de trato constituye discriminación racial en el sentido del artículo 14 de la Convención.»

La discriminación basada en la categoría o criterio de la raza o la etnia es una categoría odiosa dentro de todas las clases de discriminación: «*La discriminación racial es un tipo especialmente odioso de discriminación y, a la vista de sus peligrosas consecuencias, exige de las autoridades especial vigilancia y una vigorosa reacción*» (STE-DH de 13 de diciembre de 2005, caso Timishev contra Rusia [demanda n.º 55762/2000 y 55974/2000] párr. 56).

Conviene recordar que las prácticas de identificación por perfil étnico pueden vulnerar el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) que recoge el principio de no discriminación en cuanto al disfrute de los derechos que allí se contienen, y otros derechos pueden verse mercados por la aplicación de perfiles raciales o étnicos en las actuaciones policiales: el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 5), el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8), el derecho a la libertad de religión (art. 9) y la libertad de movimiento (art. 2, Protocolo nº 4). Por su parte, el Protocolo nº 12 del CEDH, también firmado y ratificado por España, reconoce el derecho autónomo a la no discriminación. En su art. 1 se establece lo siguiente:

«1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado **sin discriminación** alguna, especialmente por razones de sexo, **raza, color, lengua, religión**, opiniones políticas o de otro carácter, **origen nacional** o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación **por parte de una autoridad pública**, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1.»

Tal y como destacan García Añón y otros autores en su obra *Identificación por perfil étnico en España*,¹⁰⁰ en el ámbito del TEDH las prácticas policiales que utilizan el perfil étnico deberían cumplir tres criterios para estimar que una diferencia de trato es legítima y no constituye discriminación en el marco del CEDH. En caso contrario, se considerarían prácticas discriminatorias (OSJI, 2012: 193-194):

- a) Eficacia. Las prácticas policiales que utilizan el perfil étnico pueden considerarse eficaces si se basan en una relación estadística objetiva entre los criterios étnicos utilizados y la probabilidad de que las personas identificadas con ese perfil hubieran cometido o planearan cometer un delito.
- b) Proporcionalidad. Se debe demostrar que los beneficios derivados de la utilización de los rasgos étnicos en los perfiles para aumentar la eficiencia en la aplicación de la ley son mayores que el daño causado por los efectos dis-

100. GARCÍA AÑÓN, J., et al., *Identificación por perfil étnico en España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013.

criminatorios reales o percibidos de la utilización del perfil para esas personas o grupos.

- c) Necesidad. El uso de perfiles étnicos no es necesario si se obtienen los mismos resultados utilizando un método distinto que no exija un trato diferenciado.

El Estado español ha demostrado en los últimos tiempos su voluntad de mejorar la situación en cuanto a la utilización de perfiles étnicos. Así lo demuestra el hecho de que en mayo de 2012 se aprobara por primera vez una **Circular de la Dirección General de la Policía (Circular 10/2012)** mediante la cual se ordenaba a los agentes evitar el uso de las características étnicas en las identificaciones. Esta medida supuso un avance importante para afrontar el problema, pero ha demostrado ser insuficiente, tal y como han constatado recientemente la Defensora del Pueblo, el Relator Especial sobre Racismo de Naciones Unidas o el Comité de Ministros del Consejo de Europa.¹⁰¹ La Circular 10/2012 establece en su parte expositiva que:

- *«[...] el desarrollo de dichos planes y dispositivos [refiriéndose a la planificación y ejecución de planes y dispositivos operativos selectivos en materia de extranjería] debe evitar cualquier tipo de práctica que pudiera conllevar una restricción indebida de los derechos y libertades de los inmigrantes, **prohibiéndose en este sentido el establecimiento de cupos de identificación o detención de extranjeros a cualquier unidad del Cuerpo Nacional de Policía, evi-***

101. La Defensora del Pueblo dejó constancia en su informe anual relativo al año 2013 del elevado número de quejas de identificaciones por perfil étnico recibidas por su institución con posterioridad a la entrada en vigor de la Circular 2/2012 (*Informe Anual del Defensor del Pueblo*, 2013, pp. 225 y 226).

El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de Naciones Unidas manifestó en su informe sobre España de junio de 2013 expresamente que «*el uso de perfiles étnicos persiste desde la entrada en vigor de la nueva circular*» (Documento A/HRC/23/56/Add.2, de 6 de junio de 2013, párr. 51-52).

El 10 de julio de 2013 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución CM/ResCMN(2013)4, en la que se dejó constancia de lo siguiente: «*[a]unque una circular de la Dirección General de la Policía prohibiendo cuotas de detención de inmigrantes y redadas indiscriminadas entró en vigor el 21 de mayo de 2012, la práctica de identificaciones basadas en perfil étnico continua siendo generalizada: personas que pertenecen a grupos minoritarios son paradas y registradas desproporcionadamente, especialmente en el transporte público y la calle*».

tándose igualmente actuaciones masivas o indiscriminadas basadas únicamente en criterios étnicos.»

- «Las **identificaciones** de personas que infundan sospechas se realizarán de forma proporcionada, respetuosa, cortés y del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo, de tal manera que se evitarán aquellas que se consideren innecesarias, arbitrarias, abusivas y que supongan una exlimitación de las facultades que otorga al efecto del ordenamiento jurídico a las fuerzas y cuerpos de seguridad».

La identificación por perfiles étnicos y raciales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha sido abordada también por la nueva **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, reguladora de la protección de la seguridad ciudadana (entrada en vigor el 1 de julio de 2015)**:

«Artículo 16. Identificación de personas.

1. *En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:*

a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.

b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Impugnación ante los tribunales

Los controles policiales guiados por criterios raciales no son constitutivos de tipo penal alguno, pero existen dos opciones posibles de reclamación para la impugnación de estos actos materiales:

- La reclamación de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas conforme a los arts. 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que se desarrolla en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (Reglamento de Responsabilidad Patrimonial).
- El recurso contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho conforme al art. 25.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). La actividad policial consistente en la solicitud de documentación a las personas en función de sus características étnicas o raciales podría considerarse una actuación material de la Administración impugnabile por vía del art. 25.2 LJCA. Asimismo, por esta vía es posible solicitar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación impugnada, tal y como establece el art. 32.2 LJCA.

Una vez haya sido notificada la resolución denegatoria del Ministerio del Interior –o transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído resolución–, en caso de que se haya optado por la reclamación patrimonial, se puede acudir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo para impugnar judicialmente dicha resolución conforme al procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales regulado en los arts. 114 a 122 LJCA. En caso de optar por el procedimiento aplicable en vía de hecho, se podrá, como decíamos, interponer directamente el recurso contencioso-administrativo, o bien hacerlo una vez transcurridos diez días desde el requerimiento de cese (que es potestativo).

3.9. Violencia racista, xenófoba y homófoba en el deporte

«El problema del racismo y de la violencia en el fútbol no es reciente, esta enquistado en nuestro país desde hace años y ha ocasionado graves sucesos criminales. Los fondos ultras en casi todos los estadios de categoría nacional son el vivero más importante para la captación de jóvenes por grupos que promueven el odio y la violencia, además de un lugar privilegiado para el exhibicionismo simbólico antidemocrático. En las gradas proclaman la superioridad de la raza blanca, son antisemitas, xenófobos y salen de “caza” contra aficionados de “equipos enemigos” en los alrededores del estadio, cuando no atacan a inmigrantes, negros, indigentes, homosexuales, “rojos”... y periodistas, sobre todo a los gráficos, que evidencian su realidad. También despliegan una actividad intensa en Internet a través de webs, foros y redes sociales conectando con el insidioso mundo virtual neofascista y contaminando más allá de los campos de fútbol a sectores juveniles con el objetivo de atacar a la democracia.

Los sucesos continuos de racismo en el fútbol son la punta de un iceberg de la intolerancia más extrema tras los que se esconden numerosos grupos neonazis que son quienes dinamizan en las gradas ultras, auténticos viveros racistas, desde donde impulsan gran hostilidad hacia los jugadores negros y hacia otras aficiones.»¹⁰²

La penetración, por tanto, de grupos extremistas en los clubes de fútbol para el reclutamiento y fanatización de jóvenes que posteriormente cometen actos de violencia por motivos racistas, xenófobos, homófobos o ideológicos constituye una realidad contrastada.

El abordaje de este problema, como pone de manifiesto el profesor José Manuel Ríos Corbacho,¹⁰³ debe hacerse desde una perspectiva no solo administrativa, sino también desde el ámbito del derecho penal.

La verdadera motivación de estos hechos pasa desapercibida para policías, fiscales o jueces de instrucción que, por una insuficiente investigación, los califican a menudo como actos violentos causados

102. Esteban Ibarra, en MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Materiales Didácticos*, nº 6. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/entrevistas/entrevistas.asp>. Esteban Ibarra es el presidente de Movimiento contra la Intolerancia.

103. RÍOS CORBACHO, J.M., «Incitación al odio, Derecho Penal y deporte», *RECPC, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-15, 2014. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

por una simple y aparente rivalidad deportiva, sin determinar la verdadera motivación que se esconde tras ellos, lo cual comporta también su minimización con una insatisfactoria respuesta policial y jurídica, dada la gravedad de los hechos.

Por otra parte, también se ha podido comprobar que los autores de muchos hechos violentos cometidos fuera del ámbito deportivo, algunos particularmente graves,¹⁰⁴ pertenecen a grupos radicales o ultra del fútbol y que en el seno de estos grupos han sido captados y fanatizados para, posteriormente, protagonizar en las calles actos de violencia contra minorías como extranjeros, homosexuales y transeñuales o personas de ideas antagónicas a las que ellos profesan.

Afrontar este problema es una exigencia legal pero también forma parte de las acciones aprobadas en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia, celebrada en 2001 en Durban (Sudáfrica), convocada por Naciones Unidas bajo los auspicios del Comité Olímpico Internacional¹⁰⁵ y de las recomendaciones de organismos internacionales como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa.¹⁰⁶

Desde el punto de vista de una correcta y eficaz investigación policial y judicial, se recomienda:

- **La implicación de todos los responsables públicos de la Seguridad y la Justicia en la exigente aplicación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y del Reglamento 203/2010 que la desarrolla, así como la de las empresas de seguridad privada que participan en garantizar la seguridad dentro de los estadios deportivos o en sus inmediateces.**
- El total cumplimiento por parte de los **clubs deportivos**, especialmente los de fútbol, de las previsiones de la men-

104. Caso Stroika, SAP Barcelona de 18 de julio de 2014, confirmada por el Tribunal Supremo en STS de 16 de abril de 2015, en la que se condena a penas de entre dieciocho y veinte años de prisión a diez personas vinculadas a grupos extremistas relacionados con el fútbol por delitos de asesinato en grado de tentativa, lesiones con instrumentos peligrosos y daños con incendio.

105. Conferencia de Durban, acuerdos: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf.

106. Recomendación nº 12 de política general de la ECRI, de 19 de diciembre de 2008, sobre lucha contra el racismo y la discriminación racial en el ámbito del deporte. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N12/e-RPG%2012%20-%20A4.pdf.

cionada legislación, en particular en lo concerniente a la **llevarza por los clubes de fútbol del libro de registro previsto en la legislación deportiva** que permita a los coordinadores de seguridad un mejor control de las personas y los grupos ultras, así como en lo relativo al cumplimiento de la prohibición legal de exhibición de símbolos, estandartes, pancartas o cánticos que puedan incitar a la violencia o al odio por motivos racistas o xenófobos. La información registrada deberá ser facilitada a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, jueces o fiscales cuando se cometa un hecho delictivo en el que aparezca implicado un aficionado respecto del cual los clubes deportivos dispongan de información en aplicación de la mencionada legislación.

- **Respecto a los investigadores**, ante hechos de naturaleza violenta en los que no exista una aparente motivación y las víctimas pertenezcan o se relacionen con colectivos minoritarios o susceptibles de vulnerabilidad, las unidades de Policía Judicial deberán coordinarse con las unidades de información de todos los cuerpos policiales para cruzar la información disponible sobre los antecedentes policiales del investigado por la comisión de infracciones administrativas en aplicación de la Ley 19/2007, sobre violencia en el deporte, y, en su caso, solicitar el acceso a la información de que dispongan los clubes deportivos sobre el investigado en virtud de los obligados libros de registro que contempla la normativa deportiva.
- También será de utilidad para acreditar la verdadera motivación de este tipo de actos conocer la información disponible del investigado por identificaciones o infracciones en aplicación de la anterior Ley 1/992, de Seguridad Ciudadana, o la actual LO 4/2015, de 30 marzo (p. ej., conocer las identificaciones realizadas en el marco de la citada ley por asistencia a manifestaciones o reuniones de grupos ultra, conciertos neonazis, etc.).
- Los investigadores también deberán efectuar un rastreo de las páginas web, blogs y perfiles de carácter público en las redes sociales vinculadas o relacionadas con el círculo del investigado, que, en muchas ocasiones, ofrecerán información muy valiosa para acreditar su vinculación con grupos ultra y la posible motivación racista, xenófoba, homófoba o ideológica que le ha llevado a cometer los hechos.

- Se recomienda que los fiscales o los jueces de instrucción, si no consta la información señalada anteriormente en los atestados policiales, la soliciten o acuerden a los efectos de acreditar por medio de la prueba de indicios la real motivación de estos hechos violentos en los que no exista una aparente motivación y las víctimas pertenezcan o se relacionen con colectivos minoritarios o susceptibles de vulnerabilidad.
- Ante hechos graves, con pleno respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, se recomienda que en las investigaciones se acuerden judicialmente diligencias de entrada y registro en domicilios, intervención y volcado de la información en teléfonos móviles, en soportes informáticos (ordenadores, tablets, pen drives, etc.) o el acceso a sistemas de almacenamiento en «*la nube*» (para más información, véase apartado 7.4 del presente manual).
- Deben enfocarse penalmente los cánticos masivos en las gradas de los estadios de fútbol en los que se corean soflamas racistas, xenófobas, homófobas, etc., acompañadas de insultos o amenazas y, en muchas ocasiones, de gestos o propaganda marcadamente fascista. En este sentido, deben incoarse diligencias policiales y penales por la comisión de delito con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución del art. 510 CP.

4. MARCO JURÍDICO GENERAL: NACIONAL, AUTONÓMICO E INTERNACIONAL, SOBRE DISCRIMINACIÓN

En este apartado se recopila y se analiza someramente la normativa vigente a nivel nacional, autonómico catalán e internacional sobre odio y discriminación, y se compilan las principales recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales en este ámbito. Se ha excluido la normativa y recomendaciones referidas a la discriminación contra la mujer que, por su especificidad y tratamiento especializado, no constituye el objeto del presente manual.

Conviene recordar que respecto a las normas internacionales nuestra **Constitución** señala en su **art. 96.1** que «*[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*», y en el **art. 10.2** establece la **obligación de interpretar nuestras normas internas, entre ellas el Código Penal conforme al derecho internacional sobre derechos humanos**, y así señala:

«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.»

El mandato previsto en el art. 10.2 CE afecta directamente a la interpretación de los artículos del Código Penal que deben hacer jueces, magistrados y fiscales. Nadie duda de que el Código Penal, lo que los autores denominan Constitución en negativo, es una norma reguladora de derechos fundamentales y, por tanto, debe ser interpretado conforme a los tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales en materia de derechos humanos.

Los tratados y compromisos internacionales que tiene suscritos España son de obligado cumplimiento por jueces y tribunales, no solo por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque dichos textos han de servir de herramienta obligatoria de interpretación de nuestra normativa de derechos humanos y derechos fundamentales; entre otros, para interpretar el Código Penal, y ello por mandato expreso y claro del art. 10.2 CE.

Por tanto, términos como *odio, discriminación, violencia u hostilidad*, recogidos en el art. 510 CP, deben ser inexorablemente interpretados en aplicación del art. 10.2 CE con arreglo a los tratados internacionales firmados por España y de acuerdo con las recomendaciones de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos, como son el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité de la ONU para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, y la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

4.1. Marco jurídico nacional

4.1.1. Constitución Española

A. *La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico*

El derecho a la igualdad se consagra en el art. 1.1 CE como un valor superior del ordenamiento jurídico al mismo nivel que el resto de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Art. 1.1 CE: «*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*»

Conviene destacar la **STC 8/1983, de 18 de febrero**, la cual determina que el derecho a la igualdad se alza como un valor superior y preeminente de nuestro ordenamiento jurídico, que se posiciona en un rango central de tal manera que toda situación de desigualdad deviene frontalmente incompatible con el orden de valores constitucionales proclamados, y manifiesta textualmente: «*La igualdad se configura como un*

valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente en la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema proclama».

La igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, en consonancia con otras constituciones y la normativa internacional actual.

La referencia a estos valores, junto a la proclamada en el art. 10.2 CE, constituye el fundamento del contenido material del Estado social y democrático de derecho, y ello con la finalidad de evitar la arbitrariedad y las vías de hecho.

Partiendo del contenido del art. 1.1 CE, cabe destacar la siguiente legislación para hacer efectivo el principio de igualdad:

B. La igualdad como responsabilidad de todos los poderes públicos

El art. 9.2 CE da un mandato a todos los poderes del Estado, incluido el poder judicial, a fin de que orienten sus actuaciones hacia la plena efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos, y consagra la llamada cláusula de promoción de la igualdad material.

Art. 9.2 CE: *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».*

Este artículo implica que el derecho a la igualdad no está presente en nuestro texto constitucional únicamente como un principio inspirador, sino también con una trascendencia real y práctica. Para ello, los poderes públicos –y, por tanto, el poder judicial como uno de los tres poderes del Estado– deben llevar a cabo un programa de políticas activas a todos los niveles con la finalidad de que el derecho a la igualdad se traduzca en las condiciones personales y sociales. En efecto, la configuración del Estado como social exige la intervención de todos los poderes públicos para que la ansiada igualdad sea real, verdadera y efectiva, logrando una equiparación real, verdadera y efectiva de los derechos sociales de los ciudadanos.

Deben resaltarse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional en aplicación de dicho precepto constitucional:

- **STC 19/1982, de 5 de mayo**, que conecta este precepto con los principios rectores del capítulo III del título I, señalando: *«Por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado Social y Democrático de Derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2 [...], y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las normas constitucionales como de las leyes».*
- **STC 39/1986, de 31 de marzo**, que consagró el art. 9.2 CE como: *«el precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social».*
- **STC 216/1991, de 14 de noviembre**, que señala, respecto a la actuación de los poderes públicos para llegar a la ansiada igualdad, que no podrá ser reputada de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes públicos llevan a cabo en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, logren suavizar o compensar la situación de desigualdad sustancial en la que se hallan objetivamente inmersos.
En esta sentencia, el Tribunal Constitucional relaciona los arts. 1.1 y 14 CE con el art. 9.2 CE, al considerar que el art. 1.1 proclama la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, pero no solamente desde un prisma formal, como se contempla en el art. 14, sino también desde una perspectiva sustancial, como se establece en el art. 9.2, que obliga a todos los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

C. *La dignidad*

El respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales se configura como el fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1 CE, que establece que tales derechos superiores deberán ser interpretados de acuerdo con lo establecido en la Declaración de Derechos Humanos y todos los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Igualdad como valor superior intrínsecamente unido con la dignidad humana

Art. 10.1 CE: *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».*

La consideración y la protección de la dignidad humana, que el art. 10 CE considera fundamento del orden político y de la paz social, se constituye en la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan los textos positivos de las formulaciones de los derechos humanos.

La dignidad humana deviene fundamento de todo el derecho positivo, tanto nacional como internacional, y, por tanto, es irrenunciable, indisponible y se conserva durante toda nuestra existencia.

Destacan las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional:

- **SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 57/1994, de 28 de febrero**, que fijan que la dignidad humana constituye un *«minimum invulnerable»* que todo estatuto jurídico debe asegurar a todos los niveles. Sin lugar a dudas, este artículo es la piedra angular sobre la que se vertebra todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el título I CE.
- **STC 53/1985, de 11 de abril**, que señala que el art. 10 CE debe ser considerado: *«como punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos».*
- **STC 64/1991, de 22 de marzo**, que, con relación al contenido del segundo párrafo del art. 10, establece: *«Siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuya a la mejor identifica-*

ción del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional».

D. *El valor jurídico de los tratados internacionales*

El **art. 10.2 CE** establece una norma de interpretación fundamental de nuestro derecho interno conforme a la normativa internacional de derechos humanos.

Art. 10.2 CE: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».*

El Código Penal, al ser una norma que afecta a los derechos fundamentales, deberá ser interpretado conforme a los tratados internacionales ratificados por España. Los conceptos tales como odio, hostilidad, racismo, etc., deberán ser interpretados conforme a los tratados internacionales ratificados por España.

Cabe relacionar el contenido del art. 10.2 CE con el art. 96.1 CE, que señala: *«los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».*

E. *La igualdad entre españoles y extranjeros*

El art. 13.1 CE establece el principio de igualdad entre españoles y extranjeros y garantiza a estos últimos las mismas libertades públicas del título I, de acuerdo con lo que se determine en los tratados internacionales y la ley interna.

Art. 13.1 CE: *«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».*

Este precepto constitucional está desarrollado por LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla.

Tal y como establece el Tribunal Constitucional en la **STC 90/1985, de 30 de septiembre**, el párrafo primero del art. 13 CE no significa que los extranjeros gocen de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados internacionales y las leyes, sino que implica que el disfrute de los extranjeros de los derechos y libertades reconocidas en el título I podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia han tenido una gran trascendencia y repercusión; así, en fecha 1 de julio de 1992 expuso la necesidad de la reforma del art. 13.2 CE a la vista del contenido del Tratado de Maastricht, de fecha 7 de febrero de 1992, que reconoció el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de un Estado de la Unión por parte de los nacionales de los otros Estados que residan en aquel.

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, reconoce los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, sobre la base del principio de igualdad.

F. Prohibición absoluta de discriminación

El art. 14 CE establece el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, que constituye el derecho fundamental a no sufrir discriminación jurídica alguna, al señalar que: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación pretenden, y buscan, evitar un trato diferenciado entre personas que se hallan en la misma situación, y de ahí su consagración en nuestro art. 14 por los padres constituyentes: la prohibición de la discriminación allí expuesta se sustenta en los pilares de la igualdad de carácter sustantivo y la dignidad del ser humano.

La discriminación llevada a cabo y que conlleva un quebranto de la dignidad humana está sustentada en la consideración de diferencias por cuestiones de cualquiera índole, en la que la conciencia del discriminador distingue entre quien tiene unas características que lo hacen superior y quien carece de ellas, y, por tanto, se le considera inferior.

Quien es discriminado y se siente como tal, ve debilitada su autoestima y siente una serie de sentimientos de humillación, temor y aislamiento, e incluso llega a rechazar al grupo al que pertenece.

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, reafirmando su carácter vinculante a todos los niveles para el legislador, los aplicadores del derecho y los particulares. Destacan al respecto las siguientes sentencias:

La **STC 200/2001, de 4 de octubre**, establece: *«El artículo 14 de la Constitución Española contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.*

Como tiene declarado este Tribunal Constitucional desde la Sentencia 22/81 de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan solo las que establezcan diferencias entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y en consecuencia veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.»

Motivos de discriminación en el art. 14 CE. Listado abierto

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudada-

nos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental contenida en el inciso segundo del mismo art. 14 CE y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a **modo de listado enunciativo y no cerrado** (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6).

Con ese listado, la **Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas** y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

El Tribunal Constitucional, con su doctrina, ha ido progresivamente incluyendo otros motivos de discriminación no contemplados expresamente en el art. 14 CE como la orientación sexual, la identidad sexual o la edad.

— **Orientación sexual y prohibición de discriminación en el art. 14 CE.**

El **Tribunal Constitucional** viene señalando de forma reiterada que entre las **prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 CE** *«ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)»* (SSTC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6; y 92/2014, de 4 de julio, FJ 4).

A esta conclusión ha llegado este Tribunal, a partir de la constatación de que **la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona** que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

*En aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente la **constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la STC 198/2012, de 28 de noviembre**. Señala que el matrimonio es un derecho constitucional de todos y afirma que, de acuerdo con una lectura «evolutiva» de nuestra Constitución, no se puede concluir que el matrimonio heterosexual sea el único constitucionalmente legítimo.*

— **Identidad sexual y prohibición de discriminación en el art. 14 CE.**

Señala el Tribunal Constitucional en su **STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 4)** que la **condición de transexual**, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posi-

ción de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales. La sentencia hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este ámbito.¹⁰⁷

- **Edad.** El Tribunal Constitucional ha considerado la edad como factor de discriminación y, por tanto, como una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto (entre otras, SSTC 190/2005, de 7 de julio; 247/2005, de 7 de noviembre; 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre; 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio; 161/2011, de 19 de octubre; y 66/2015, de 13 de abril).¹⁰⁸

107. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), destaca que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, y señala que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, párr. 28); toda vez que insiste expresamente en que, en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, párr. 48, y S.L. contra Austria, párr. 37; de 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, párr. 37, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores, como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra el Reino Unido; de 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; de 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; de 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; de 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; o de 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, párr. 91).

108. Esta interpretación del Tribunal se ve reforzada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 CE, por el tenor del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, referencia expresa que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de «*principio general del Derecho de la Unión*» que alcanza esta concreta prohibición (Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci contra Swedex GmbH, FJ 21).

4.2. Marco jurídico de Cataluña y otros marcos autonómicos

4.2.1. Estatuto de Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio¹⁰⁹

El Estatuto de Cataluña presta especial atención a esta materia, ya que el legislador ha tenido en cuenta el contexto y la problemática actuales, y menciona expresamente el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en numerosos artículos.

A. *El Estatuto como texto garante de los derechos fundamentales y libertades públicas: igualdad real y efectiva*

En el art. 4 del Estatuto se garantiza el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el propio Estatuto, normativa interna e internacional ratificada por España, y son los poderes públicos los que deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

«Artículo 4. Derechos y principios rectores.

1. *Los poderes públicos de Cataluña deberán promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales.*

2. *Los poderes públicos de Cataluña deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas; deben facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social, y deben reconocer el derecho de los pueblos a conservar y desarrollar su identidad.*

3. *Los poderes públicos de Cataluña deben promover los valores de la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género y el desarrollo sostenible.»*

109. www.boe.es/boe/dias/2006/07/20/pdfs/A27269-27310.pdf.

B. Derechos fundamentales como marco para la convivencia humana justa y pacífica

En el art. 15 se establece que los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, los cuales pueden ser extendidos a otros ciudadanos de acuerdo con lo legalmente establecido.

«Artículo 15. Derechos de las personas.

1. Los ciudadanos de Cataluña son titulares de derechos y deberes reconocidos por las normas a que se refiere el artículo 4.1.

2. Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal.

3. Los derechos que el presente Estatuto reconoce a los ciudadanos de Cataluña pueden extenderse a otras personas, en los términos que establecen las leyes.»

C. Garantía y protección de los derechos fundamentales de las personas mayores

En el art. 18 se hace mención especial de las personas mayores para garantizar su dignidad, evitando cualquier tipo de discriminación y menoscabo, basado en una situación que puede llegar a ser de desprotección o desvalimiento y de la que el legislador se ha hecho eco, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, sobre todo en las grandes ciudades.

«Artículo 18. Derechos de las personas mayores.

Las personas mayores tienen derecho, a vivir con dignidad, libres de explotación y de malos tratos, sin que puedan ser discriminadas debido a su edad.»

D. Garantía y protección de los derechos fundamentales de las mujeres

En el art. 19 se realiza una especial mención de las mujeres para garantizar su dignidad, evitando cualquier tipo de discriminación y menoscabo, siendo el legislador consciente de la lacra que supone la violencia de género en nuestra sociedad actual.

«Artículo 19 Derechos de las mujeres.

1. *Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación.*

2. *Las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados.»*

E. Obligatoriedad de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva

En los arts. 40 y 41 del Estatuto se establece de manera reiterada que los poderes públicos tienen la obligación de promover la igualdad a todos los niveles, para que esta sea real y efectiva, y evitar cualquier tipo de discriminación a causa del origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, con la finalidad de erradicar el racismo, el antisemitismo, la xenofobia y la homofobia.

«Artículo 40. Protección de las personas y de las familias.

[...]

5. *Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica de las personas con discapacidades y deben promover su integración social, económica y laboral. También deben adoptar las medidas necesarias para suplir o complementar el apoyo de su entorno familiar directo.*

[...]

7. **Los poderes públicos deben promover la igualdad de las distintas uniones estables de pareja, teniendo en cuenta sus características, con independencia de la orientación sexual de sus miembros. La ley debe regular dichas uniones y otras formas de convivencia y sus efectos.**

8. *Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas.*

Artículo 41. Perspectiva de género.

1. *Los poderes públicos deben garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso a la ocupación, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, y en todas las demás situacio-*

nes, así como garantizar que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad.»

El derecho a la igualdad es reiteradamente citado de forma expresa en los preceptos del Estatuto de Autonomía aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no solamente en los anteriormente citados, sino en otros ámbitos tales como en la educación (art. 21.1), ámbito cultural (art. 22.1), ámbito de la salud (art. 23.1), derechos en el ámbito de los servicios sociales (art. 24.1), derechos y deberes en relación con el medio ambiente (art. 27.1), derecho a la participación (art. 29.1), derecho de acceso a los servicios públicos y a una buena administración (art. 30.1).

4.2.2. *Ley catalana contra la homofobia 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y para erradicar la homofobia*¹¹⁰

El Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

Esta ley tiene por objeto establecer y regular los medios y las medidas para hacer efectivo el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de orientación sexual, de identidad de género o de expresión de género, en los ámbitos, tanto públicos como privados, sobre los que la Generalitat y los entes locales tienen competencias. La ley incluye medidas para prevenir la discriminación de estas personas y adopta un régimen sancionador administrativo.

No hace referencia explícita a la problemática de la victimización por odio, pero remite a la norma penal en aquellos casos en que las conductas discriminatorias tengan carácter delictivo.

Entre las definiciones (art. 2), incluye una referencia al acoso por razón de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género. Esta conducta es definida como *«cualquier comportamiento basado en la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de una persona que tenga la finalidad o provoque el efecto de atentar contra su dignidad o su integridad física o psíquica o*

110. www.boe.es/boe/dias/2014/11/20/pdfs/BOE-A-2014-11990.pdf.

crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o molesto».

Además, define la represalia discriminatoria como *«aquel trato adverso o efecto negativo que se produce contra una persona como consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia, una demanda o un recurso, de cualquier tipo, destinado a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que es sometida o ha sido sometida».*

Se trata de una ley integral de naturaleza administrativa cuya finalidad es la de garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, que incluye todos los ámbitos –laboral, sanitario, educativo–, y que establece un catálogo de infracciones y de sanciones, para lo cual determina pautas de actuación dirigidas a las administraciones públicas y a los particulares, y abarca toda la vida de una persona LGBTI con una perspectiva global e integradora para hacer frente al fenómeno de la discriminación contra el colectivo LGBTI.

El legislador tiene en cuenta el marco jurídico, tanto autonómico como estatal y europeo, para redactar esta ley, que ha sido considerada pionera, no solamente por incluir el catálogo de infracciones y sanciones, sino también porque invierte la carga de la prueba.

El objeto de esta ley, integrada por 39 artículos, es establecer y regular los medios y las medidas para hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, de identidad de género o expresión de género, en los ámbitos tanto públicos como privados sobre los que la Generalitat tiene competencias.

Cabe destacar los siguientes apartados:

- Creación de un **Órgano Coordinador de Políticas LGBTI** y de un **Servicio de Atención Integral** para las víctimas.
- **Deber de intervención.** Los profesionales de las administraciones públicas, si tienen conocimiento de una situación de riesgo o una sospecha fundamentada de discriminación o violencia por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, tienen el deber de comunicarlo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y al órgano administrativo competente (art. 11).
- **Inversión de la carga de la prueba.** Se contempla en el art. 30 y está prevista para el derecho laboral o el derecho civil; no es aplicable en el ámbito del derecho administrativo sancionador ni del derecho penal.
- **Régimen de infracciones y sanciones administrativas.** Se contempla en los arts. 30 y ss., en los que se establece

el catálogo de las infracciones con diferenciación entre infracciones leves, graves y muy graves.

- **Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.** El art. 32 establece que no pueden ser sancionados los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos que haya identidad de sujeto, hechos y fundamento, de tal manera que en aquellos casos en que el órgano administrativo considere que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente y acordar la suspensión del procedimiento sancionador hasta que la autoridad judicial dicte sentencia firme o resolución por la que concluya el procedimiento, o hasta que el Ministerio Fiscal comunique la improcedencia de iniciar o continuar las actuaciones. En los casos en que no se considere que se haya cometido un delito, el órgano administrativo deberá continuar el procedimiento sancionador correspondiente.

En la actualidad, esta ley está siendo tomada como ejemplo en la Comunidad Autónoma de Andalucía para elaborar una ley integral con un contenido de similares características.

4.2.3. Otras normas antidiscriminatorias autonómicas

- A. *Marco jurídico autonómico de Galicia. Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, bisexuales e intersexuales en Galicia*¹¹¹

En el título I de la Ley se establecen las disposiciones generales para la actuación de los poderes públicos en defensa de los derechos del colectivo LGBTI y en la promoción de su visibilidad. En el título II se recogen las medidas que se deben adoptar en los ámbitos policial y de la justicia, laboral, familiar, de la salud, de la educación, de la cultura y del ocio, del deporte, de la juventud y de la comunicación para la promoción de la igualdad, visibilidad y no discriminación del colectivo LGBTI.

111. http://www.xunta.es/dog/Publicados/2014/20140425/AnuncioC3B0-220414-0001_es.html.

En el art. 3.1 se define el principio de igualdad de trato: «*la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de orientación sexual e identidad de género*».

En los siguientes apartados de este artículo se diferencian los distintos tipos de discriminación: directa, indirecta, múltiple y acoso discriminatorio.

Dicha Ley, integrada por 33 artículos, ha sido considerada insuficiente porque no incluye un catálogo de infracciones y sanciones ni el principio de inversión de la carga de la prueba. Es evidente que el carácter no sancionador de esta norma difícilmente podrá hacer frente a la violencia ni erradicarla.

*B. Marco jurídico autonómico de Extremadura. Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura*¹¹²

En el art. 3 se establecen como principios fundamentales: el reconocimiento del derecho al disfrute de los derechos humanos de todas las personas con independencia de su orientación sexual, expresión, identidad de género; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al reconocimiento de la personalidad; el derecho a la prevención; el derecho a la integridad física y seguridad personal; el derecho a la protección frente a las represalias; el derecho a la privacidad; y el derecho a un tratamiento adecuado en materia de salud.

Apartados destacados:

- Se establece un **catálogo de definiciones** que diferencia: discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación múltiple, discriminación por asociación, discriminación por error, acoso discriminatorio, represalia discriminatoria, victimización secundaria, violencia entre parejas del mismo sexo y acciones afirmativas (art. 4).
- Se crea del **Observatorio Extremeño contra la Discriminación** por orientación sexual e identidad de género,

112. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/05/06/pdfs/BOE-A-2015-5015.pdf>.

como órgano de participación y consulta en materia de derechos de los colectivos LGBTI (art. 5).

- En el art. 34 se prevé **elaborar un protocolo de atención policial a las víctimas de delitos de odio en las policías locales** de la Comunidad.
- En el art. 43 se establece el **principio de inversión de la carga** de la prueba.
- En el capítulo IV se recoge el **catálogo de infracciones**, que diferencia entre leves, graves y muy graves (art. 46), y **sanciones** (arts. 48 y 49), la reincidencia (art. 47) y los plazo de prescripción (art. 50).

4.3. Marco jurídico internacional

4.3.1. Naciones Unidas

Los principales tratados internacionales en el ámbito de la ONU son:

A. *Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*¹¹³

En la que se consagra que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables.

Cabe destacar los siguientes artículos:

«Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

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, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

113. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.»

«Artículo 7

Todos son iguales ante la ley tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.»

B. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965*¹¹⁴

Es el principal texto internacional de lucha contra la discriminación racial o étnica.

En el tratado internacional, cabe destacar los siguientes apartados:

- **Definición de discriminación racial.** «[...] denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.»
- **Prohibición absoluta de discriminación.** En el art. 5, «los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos» que enumera el tratado, entre ellos el «derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran jus-

114. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. España la ratificó por instrumento publicado en el BOE de fecha 17 de mayo de 1969. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

ticia [...] [y] el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución».

— **Compromisos de los Estados.** En el art. 2 se establece que *«[l]os Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:*

- a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales actúen en conformidad con esta obligación;*
- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;*
- c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;*
- d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;*
- e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.»*

— **Comportamientos que deben ser punibles.** *«Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial,*

*cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes **medidas**:*

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda **difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos** contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;*
- b) **Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones,** así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que **promuevan la discriminación racial e inciten a ella,** y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.*
- c) **No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»***

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)¹¹⁵

La Convención crea en su art. 8 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que es el órgano de Naciones Unidas formado por expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) por sus Estados parte.

Todos los Estados parte deben presentar **informes periódicos** sobre la manera en que se realizan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes un año después de su adhesión a la

115. Página oficial: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y luego, cada dos años.¹¹⁶

El Comité revisa y examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de observaciones finales.

El Comité también puede, en determinadas circunstancias, **examinar las denuncias o comunicaciones de los particulares que aleguen ser víctimas** de una violación por un Estado parte de las disposiciones de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), siempre y cuando ese Estado parte haya reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción.¹¹⁷

Recomendaciones destacables

Del Comité han nacido importantes recomendaciones dirigidas a todos los Estados signatarios y que deben ser tenidas en cuenta para abordar cualquier acto cometido con motivación de discriminación racial étnica o racial. Abordamos de forma resumida las más interesantes:¹¹⁸

1. Recomendación General nº 15 de 1993, relativa al art. 14 de la Convención sobre Violencia Organizada basada en el Origen Étnico,¹¹⁹ en la que se exige que los Estados parte sancionen cuatro categorías de comportamiento indebido:

- La difusión de las ideas basadas en la superioridad o el odio racial.
- La incitación al odio racial.
- Los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico.
- La incitación a cometer tales actos.

116. Los informes sobre España se pueden consultar en la web: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?c=172&su=171.

117. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) y su Comité (CERD). *Una guía para actores de la sociedad civil* (Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación Racial –IMARD–, 2011). http://www.derechoshumanos.net/ONU/archivos/ICERDManual_sp.pdf.

118. Recopilación de recomendaciones del CERD. http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html.

119. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7487_S.doc.

2. Recomendación General nº 26 de 2000, relativa al art. 6 de la Convención sobre la Protección a los Romaníes,¹²⁰ en la que se exige a los Estados parte que adopten y pongan en ejecución estrategias y programas nacionales con el fin de mejorar la situación de los romaníes y su protección contra la discriminación por parte de los organismos estatales, así como por parte de toda persona y organización. Se hace especial hincapié en la necesidad de protección de las mujeres romaníes, que a menudo son víctimas de una doble discriminación.

Se proclama la necesidad de asegurar la protección de la seguridad y la integridad de los romaníes, sin ningún tipo de discriminación, mediante la adopción de medidas para evitar actos de violencia contra ellos por motivos raciales; asegurar la pronta intervención de la policía, los fiscales y el poder judicial para investigar y castigar esos actos; y asegurar que sus autores, ya sean funcionarios públicos u otras personas, no gocen de ningún grado de impunidad.

3. Recomendación General nº 31 de 2005, sobre prevención de la discriminación racial en la administración y en el funcionamiento del sistema judicial penal,¹²¹ en la que se solicita que se adopten *«las medidas necesarias para impedir los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerlo particularmente sospechoso»*.

4. Recomendación General nº 34 sobre discriminación racial contra personas afrodescendientes.¹²² Este documento constituirá, sin duda, una importante guía acerca de los estándares de protección de afrodescendientes que han sido reconocidos a nivel internacional.

5. Declaración y Programa de Acción de Durban de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia de 2001 (31 de agosto - 7 de septiembre de 2001, celebrada en Durban, Sudáfrica) y la Conferencia de Examen de Durban de 2009 (20-24 de abril de 2009, celebrada en Ginebra, Suiza)¹²³

120. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7498_S.doc.

121. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7503_S.doc.

122. Versión en inglés, <http://www.oas.org/dil/CERD-C-GC-34.pdf>.

123. <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>.

Los documentos señalados y aprobados por Naciones Unidas se alzan como la **pedra angular de la lucha contra la discriminación, el racismo y la xenofobia, ya que contienen un exhaustivo catálogo de medidas y recomendaciones para combatir el racismo, la xenofobia o la intolerancia religiosa en todos los ámbitos y, muy en particular, la del discurso del odio.**

La Conferencia de Examen sirvió como catalizador para cumplir las promesas de la Declaración y Programa de Acción de Durban mediante acciones, iniciativas y soluciones prácticas renovadas encaminadas a lograr la igualdad para todos los individuos y grupos de todas las regiones y países del mundo.

En el Documento Final de la Conferencia de Durban de 2001 se incluyeron un total de 219 principios, que fueron actualizados en la Conferencia de Examen de 2009 con la fijación de 143 medidas. A continuación se expone un breve resumen del conjunto de ambos documentos:

- «Se reafirma el compromiso de prevenir, combatir y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, que fue base para celebrar la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia en 2001.»
- Manifiesta su **preocupación** porque en los últimos años se ha observado un **aumento de los actos de incitación al odio dirigidos contra comunidades raciales y religiosas y contra personas pertenecientes a minorías raciales y religiosas**, que se han visto gravemente afectadas; actos en los cuales se ha recurrido a medios de difusión impresos, audiovisuales o electrónicos, o a cualesquiera otros medios provenientes de fuentes diversas.
- Se reafirma que las leyes deben **«prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o la violencia»**; se reafirma, además, que **«la difusión de ideas basadas en la superioridad racial o el odio racial, la incitación a la discriminación racial y todos los actos de violencia y la incitación a tales actos»** deben ser tipificados como delitos punibles por la ley, de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados, y que esas prohibiciones son compatibles con la libertad de opinión y expresión.

- *Resuelve*, como se dispone en el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohibir plena y eficazmente toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y hacer efectiva esa disposición mediante la **adopción de todas las medidas legislativas, normativas y judiciales que sean necesarias**.
- Pide a los Estados que **luchen contra la impunidad** por los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, garanticen un acceso rápido a la justicia, y otorguen una compensación justa y adecuada a las víctimas.
- Exhorta a los Estados a que velen por que las **investigaciones** de todos los actos de racismo y discriminación racial, en particular los cometidos por agentes del orden público, **se lleven a cabo de forma imparcial, oportuna y exhaustiva**, por que los **responsables sean enjuiciados conforme a la ley, y por que las víctimas reciban sin demora una reparación o satisfacción pronta, justa y adecuada por todo daño sufrido**.

«Recuerda la importancia de un poder judicial competente, independiente e imparcial para determinar en un procedimiento justo y público si las alegaciones y los hechos que tiene ante sí constituyen actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de garantizar medidas de recurso efectivo y resarcimiento adecuado a las víctimas.»

- Reitera su **«llamamiento a los Estados a que apliquen todos los compromisos derivados de las conferencias internacionales y regionales en las que hayan participado»**, y a que **«formulen políticas y planes de acción nacionales para prevenir, combatir y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia»**.
- Insta a los Estados a que impidan las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en las **zonas de entrada de las fronteras de los países, particularmente en lo que se refiere a los inmigrantes, refugiados y solicitantes de**

asilo, y en este contexto alienta a los Estados a que elaboren y pongan en práctica programas de capacitación para los agentes del orden y los funcionarios de los servicios de inmigración y de fronteras, los fiscales y los proveedores de servicios con miras a sensibilizarlos en relación con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

- Insta a los Estados a que adopten medidas para **luchar contra la persistencia de actitudes xenófobas y la creación de estereotipos negativos de los no ciudadanos, en particular por parte de los políticos, los agentes del orden y los funcionarios de los servicios de inmigración, así como en los medios de difusión**, que han conducido a actos de violencia xenófoba, a asesinatos y a la persecución de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo.
- Exhorta a los **Estados a que no recurran a establecer perfiles fundados en motivos de discriminación prohibidos** por el derecho internacional, en particular motivos raciales, étnicos o religiosos, y a que lo prohíban por ley.

«Se pide a los Estados que luchen contra la impunidad de los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, garanticen un acceso rápido a la justicia y otorguen una compensación justa y adecuada a las víctimas.»

- *«Insta a los Estados a que velen por que todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, en particular las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia tengan **acceso a la justicia**, así como acceso a las instituciones y mecanismos apropiados por el Estado para pedir el reconocimiento del acto ilícito y una reparación o satisfacción justa, equitativa y adecuada por todo daño sufrido, y subraya la importancia de proporcionar a las víctimas una asistencia especializada, incluida asistencia médica y psicológica, así como el asesoramiento necesario, y llama la atención sobre la necesidad de dar a conocer mejor los recursos judiciales y otros recursos legales existentes y de que estos sean de fácil acceso.»*

6. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966¹²⁴

En este tratado tiene especial relevancia la prohibición expresa del discurso del odio, respecto a lo cual destacan los arts. 19 y 20:

— Libertad de expresión (art. 19)

«1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos y la reputación de los demás.
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.»

— Prohibición del discurso del odio (art. 20)

«1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.»

7. Otras convenciones de Naciones Unidas reseñables

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, realizada en Nueva York en fecha 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en fecha 16 de diciembre de 1983.¹²⁵
- Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la

124. <http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>.

125. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/64, de 10 de diciembre de 1985.¹²⁶

- Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.¹²⁷
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.¹²⁸

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género¹²⁹

Fueron elaborados por un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos procedentes de veinticinco países tras reunirse en la Universidad Gadjah Mada en Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

Los principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas y derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Los principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Cada principio se acompaña de recomendaciones detalladas para los Estados y otros actores adicionales, incluyendo a la ONU, instituciones nacionales de derechos humanos, medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y las agencias financieras.

- **Primer principio: disfrute universal de los derechos humanos**, por el que se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

126. <http://daccess-ods.un.org/TMP/2592417.00172424.html>.

127. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>.

128. www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

129. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

- **Segundo principio: derechos a la igualdad y la no discriminación**, por el que se proclama que todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas.

La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causas, incluyendo: género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.

4.3.2. Consejo de Europa¹³⁰

El Consejo de Europa es como una organización política intergubernamental con sede en Estrasburgo, entre cuyos objetivos, desde su creación en 1949, destaca la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de soluciones comunes a los problemas a los que se enfrenta la sociedad, tales como la discriminación hacia las minorías, la xenofobia, la intolerancia, la trata de seres humanos y la cibercriminalidad y la violencia hacia los niños.

En su seno se han aprobado importantes tratados internacionales.

130. Página web oficial: <http://www.coe.int/ca/web/portal/home>.

A. *Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950*¹³¹

En el art. 14 establece la prohibición de discriminación: «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*».

El convenio cuenta con el **Protocolo nº 12, específico para la prohibición de discriminación**.¹³²

En el art. 1 se establece la prohibición general de discriminación, para la que figuran los mismos motivos de discriminación que en el art. 14 del convenio:

«1. *El goce de todos los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

2. *Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.»*

B. *Convenio sobre Cibercrimen, firmado en Budapest en fecha 23 de noviembre de 2001*¹³³ *y ratificado por España en fecha 20 de mayo de 2010*

Tiene en cuenta los profundos cambios provocados por la digitalización y las redes informáticas y que estos nuevos medios de comunicación amporen la comisión de hechos delictivos transmitidos con gran facilidad y velocidad. El convenio contiene importantes mecanismos de cooperación internacional para la investigación y persecución de delitos cometidos por medio de la red.

131. www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

132. <http://www.boe.es/boe/dias/2008/03/14/pdfs/A15299-15304.pdf>.

133. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS_185_spanish.PDF.

Este convenio contiene un **Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por medio de Sistemas Informáticos**, firmado en Estrasburgo en fecha 28 de enero de 2003 y ratificado por España en fecha 11 de noviembre de 2014.¹³⁴

Dicho protocolo surge para completar las disposiciones del Convenio sobre la Ciberdelincuencia a raíz del riesgo evidente de la mala utilización o de la utilización abusiva de los sistemas informáticos para difundir a gran número de personas, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren y de forma inmediata, mensajes y propaganda racista y xenófoba.

En dicho protocolo se define qué debe entenderse por material racista y xenófobo en su art. 2:

Art. 2: «Por material racista y xenófobo se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores».

En los arts. 5.1 y 6.1 se concretan las **acciones constitutivas de delito**:

- Art. 5.1: *«[...] cuando se cometa intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta: insultar en público, por medio de un sistema informático a personas por razón de su pertenencia a un grupo que se caracterice por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características».*
- Art. 6.1: *«[...] cuando se cometa intencionadamente y sin derecho: difundir o poner a disposición del público o de otro modo, por medio de un sistema informático, material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidos como tales por una decisión definitiva y vinculante*

134. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/01/30/pdfs/BOE-A-2015-793.pdf>.

del Tribunal Militar Internacional, constituido en virtud del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, o de cualquier otro Tribunal Internacional establecido por los instrumentos internacionales pertinentes».

C. *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)*¹³⁵

Es dentro del Consejo de Europa su organismo especializado en la lucha contra la discriminación, racismo y xenofobia, y se alza como instrumento de control del Consejo de Europa en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel europeo, para lo cual dicta las recomendaciones, en las que se pone de manifiesto el énfasis en combatir el discurso del odio.

La ECRI se fundó en 1993 para reforzar la lucha contra toda forma de racismo, xenofobia, antisemitismo e intolerancia en Europa y fue un mandato de la Primera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa, con objeto de combatir los crecientes problemas de racismo, antisemitismo e intolerancia que amenazan a los derechos humanos y a los valores de la democracia en Europa. Desde esta comisión se evalúa la eficacia de todas las medidas nacionales e internacionales existentes y se fomenta la acción en el ámbito local, nacional y europeo a escala legislativa y política.

Uno de los aspectos de las diversas actividades que desarrolla la ECRI para cumplir su mandato es el enfoque de sus investigaciones «país por país», estudiando en profundidad la situación de cada uno de los Estados miembros para colaborar con los gobiernos mediante propuestas concretas y adecuadas, basadas en las estadísticas sobre los grupos vulnerables y los actos racistas.

Este **organismo tiene una gran importancia actualmente**, en especial por dos razones:

1. Los inspectores de la ECRI visitan cada cuatro años el Estado español y emiten informes de alto rigor técnico sobre la situación de la discriminación en España y sobre las medidas que implementan para luchar contra ella los tres poderes del Estado.

2. Las importantes recomendaciones de política general dirigidas a los poderes públicos de los Estados miembros del Consejo de

135. Página web oficial: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp.

Europa emitidas por este organismo para combatir el fenómeno de la discriminación racial y la xenofobia.

Los informes periódicos sobre cada Estado y sus recomendaciones de política general son tenidos en cuenta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para dictar sus sentencias. Cabe destacar al respecto, a título de ejemplo, la Sentencia de 26 de julio 2009 en el caso Féret contra Bélgica.

El **último informe emitido por la ECRI sobre España**, de fecha 7 de diciembre de 2010, publicado el 8 de febrero de 2011,¹³⁶ realiza tres recomendaciones:

1. La ECRI recomienda que las autoridades recopilen y publiquen datos sobre los actos de racismo y discriminación racial y sobre la aplicación de las disposiciones penales y civiles en vigor para combatir el racismo y la discriminación racial.

2. La ECRI recomienda que la policía, el personal de seguridad privada, los fiscales, los médicos forenses, los abogados y los jueces sigan cursos obligatorios sobre derechos humanos, igualdad de trato, discriminación y disposiciones del Código Penal en vigor para combatir el racismo y la discriminación racial, durante su formación básica, así como durante el servicio.

3. La ECRI recomienda que las autoridades españolas revisen el método de admisión de los alumnos en los centros escolares públicos y privados concertados y adopten todas las medidas que puedan ser necesarias para garantizar la distribución equitativa de los alumnos españoles, inmigrantes y gitanos en las diferentes escuelas.

Recomendaciones de política general del Consejo de Europa y de la ECRI: son de gran importancia porque son tenidas en cuenta en muchas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los fundamentos jurídicos de sus sentencias cuando un Estado es demandado por discriminación racial o étnica, la mayor parte de las ocasiones por no llevar a cabo investigaciones eficaces de los hechos denunciados.

136. <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBCIV-2011-004-ESP.pdf>.

1. Discurso del odio - Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre, sobre el discurso de odio.¹³⁷ Establece, entre otros aspectos, el concepto de discurso del odio: «*comprende todas las formas de expresión que propague, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo, y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia*», y la necesidad de que los Estados lo combatan. La ECRI, a fecha del cierre de redacción del presente manual, está redactando una nueva recomendación sobre discurso de odio que con probabilidad será aprobada en el mes de diciembre de 2015.

2. Recomendación nº 1 de política general de la ECRI: La lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, de fecha 4 de octubre de 1996,¹³⁸ en la que se determina:

- Los **actos racistas y xenófobos han de ser severamente castigados y perseguidos de oficio.**
- Han de ser **infracciones penales las formas de expresión orales**, escritas y audiovisuales, entre otras, incluidos los mensajes transmitidos por los medios de comunicación electrónicos, **que inciten al odio, la discriminación o la violencia** contra grupos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, o contra sus miembros por el hecho de pertenecer a estos grupos.
- Se debe conceder **prioridad a las diligencias penales** contra los delitos de carácter racista o xenófobo y tratarlos de un modo firme y consecuente.
- Se debe proporcionar a las **víctimas** de la discriminación recursos legales apropiados, ya sea en derecho penal, derecho civil o derecho administrativo, que garanticen compensaciones financieras o de otra índole.

3. Recomendación nº 2 de política general de la ECRI: Los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional, de fecha 13 de junio de 1997.¹³⁹ Tal y como vuelve a señalar en su Recomen-

137. [www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec\(97\)20_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec(97)20_fr.pdf).

138. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

139. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

dación nº 7, la ECRI considera que la legislación debería prever el establecimiento de un organismo especializado independiente para combatir el racismo y la discriminación racial a nivel nacional. La legislación debería asegurar lo que el mandato de dicho organismo incluye: asistencia a las víctimas; facultades de investigación; el derecho de iniciar y participar en procedimientos judiciales; el seguimiento de la legislación y la posibilidad de asesorar a las autoridades legislativas y ejecutivas; sensibilización sobre cuestiones relativas al racismo y la discriminación racial; y promoción de políticas y prácticas por la igualdad de trato.

4. Recomendación nº 3 de política general de la ECRI: La lucha contra el racismo y la intolerancia hacia los romá/gitanos, de fecha 6 de marzo de 1998.¹⁴⁰ En este documento, que se completa con la posterior Recomendación nº 13, posteriormente analizada, se constata que los romá/gitanos son actualmente víctimas en toda Europa de prejuicios, de un racismo profundamente enraizado en la sociedad, que son blanco de manifestaciones, a veces violentas, de racismo y de intolerancia, y que sus derechos fundamentales a menudo son violados y amenazados.

Se remarca la necesidad de actuar sobre aspectos tales como:

- Tomar medidas adecuadas para la plena y rápida administración de justicia en los asuntos referentes a violaciones de los derechos fundamentales de los romá/gitanos.
- Velar especialmente para que no se tolere impunidad alguna en los crímenes cometidos contra los romá/gitanos y que todo el mundo sea consciente de ello.
- Prestar especial atención a la situación de las mujeres romá/gitanas, que a menudo son objeto de una doble discriminación, como mujeres y como romá/gitanas.

5. Recomendación nº 4 de política general de la ECRI: Encuestas nacionales sobre la experiencia y la percepción de la discriminación y del racismo por las víctimas potenciales, de fecha 6 de marzo de 1998,¹⁴¹ en la que se proclama un llamamiento a la intensificación de la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemi-

140. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

141. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

tismo y la intolerancia, y se considera necesaria la elaboración de estadísticas sobre las manifestaciones racistas y discriminatorias y sobre la situación de los grupos minoritarios en todos los sectores de la vida social para identificar los problemas y luchar contra ellos con la puesta en marcha de soluciones prácticas eficaces.

Los datos obtenidos de estas estadísticas permiten obtener la información sobre las experiencias subjetivas de la discriminación, ya que las relaciones basadas en una experiencia subjetiva de discriminación son los indicadores fiables, sobre todo cuando se comparan con otro tipo de informaciones: antecedentes penales, quejas ante los tribunales o las estadísticas de desempleo.

6. Recomendación nº 5 de política general de la ECRI: La lucha contra la intolerancia y discriminación contra los musulmanes, de fecha 16 de marzo de 2000.¹⁴² Esta Recomendación de la ECRI responde a la preocupación del Consejo de Europa respecto al incremento que la intolerancia religiosa hacia el Islam y las comunidades musulmanas está teniendo en países en los que esta religión no es profesada por la mayoría de la población, y lamenta sinceramente que el Islam se describa algunas veces de forma inadecuada debido a prejuicios hostiles que tienen por objeto lograr que esta religión parezca una amenaza (véase apartado 2.19 de este manual).

Se puntualiza que es necesario combatir los prejuicios de que son objeto las comunidades musulmanas, subrayando que estos prejuicios pueden manifestarse de diferentes formas, en particular a través de las actitudes generales negativas, pero también, en diferentes grados, por medio de actos discriminatorios y de la violencia o el acoso.

Por ello, interesa que se actúe en los aspectos siguientes:

- Adoptar las medidas necesarias que garanticen plenamente la libertad de religión y eliminen toda forma de discriminación por motivos religiosos. Las medidas para combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes han de ser eficaces.
- Prestar particular atención a las mujeres musulmanas, que pueden ser objeto de una doble discriminación por ser mujeres y por ser musulmanas.
- Tomar las medidas necesarias para asegurar que se garantice plenamente la libertad de religión. En este contexto, debería

142. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

prestarse particular atención a la eliminación de todo obstáculo legal o administrativo innecesario para la construcción de un número suficiente y apropiado de lugares de culto que permitan la práctica del Islam y de sus ritos funerarios.

- Tomar las medidas necesarias para eliminar toda manifestación de discriminación por motivos religiosos en el acceso a la educación, que alienten el debate con los medios de comunicación y los profesionales de la publicidad sobre la imagen que ofrecen del Islam y de las comunidades musulmanas y sobre su responsabilidad a este respecto para evitar la perpetuación de los prejuicios y de la información tendenciosa.

7. Recomendación nº 6 de política general de la ECRI: La lucha contra la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de Internet, de fecha 15 de diciembre de 2000,¹⁴³ en la que se analiza la preocupación actual por el hecho de que Internet sea utilizado para la difusión de los grupos racistas, xenófobos y antisemitas, por grupos y personas que persiguen objetivos de la incitación a la intolerancia, el odio racial o étnico, por lo que es necesario actuar con eficacia para evitar dicho uso pernicioso.

Por ello, muestra interés en que se adopten las siguientes medidas:

- Suprimir los contenidos racistas, xenófobos, y antisemitas difundidos a través de Internet.
- Aclarar, conforme a su función técnica respectiva, la responsabilidad de los proveedores de alojamiento y los editores del sitio web debidos a la difusión de propaganda racista, xenófoba y antisemita.
- Importancia de la formación de las autoridades judiciales y policiales en lo referente al problema de la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de Internet.

8. Recomendación nº 7 de política general de la ECRI: Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, de fecha 13 de diciembre de 2002.¹⁴⁴ Se trata de una

143. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

144. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

recomendación que facilita los contenidos mínimos que deben incorporar los Estados en sus legislaciones para una eficaz lucha contra el racismo y la xenofobia. Contiene pautas tanto para la legislación penal como para la administrativa o civil.

Esta recomendación además es un instrumento de interpretación muy útil porque facilita definiciones de racismo, discriminación racial directa y discriminación racial indirecta.

Entre las medidas que recomienda están las siguientes:

- La legislación debería garantizar **asistencia legal gratuita** y, cuando proceda, un abogado de oficio para aquellas **víctimas** que deseen presentarse ante un tribunal como demandantes pero que carezcan de los medios para ello. En los casos en que fuera necesario, deberían ofrecerse gratuitamente los servicios de un intérprete.
- La **legislación debería ofrecer protección contra cualquier represalia** dirigida a las personas que afirmen haber sido víctimas de delitos raciales o de discriminación racial, a las personas que denuncien tales hechos o a las personas que faciliten pruebas al respecto.
- La legislación debería prever el establecimiento de uno o varios **organismos independientes encargados de investigar los supuestos actos de discriminación perpetrados por miembros de los cuerpos de policía, personal de control de fronteras, miembros del ejército y personal del sistema penitenciario.**
- **Comportamientos penalmente punibles:** entre los comportamientos que la ECRI considera que deben ser perseguidos en la jurisdicción penal destacan:
 - La incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación.
 - Insultos y difamaciones públicas contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia.
 - Amenazas contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia.
 - Expresión en público, con un objetivo racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos

de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

- La negación, banalización, justificación o aprobación en público con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.
- La divulgación, distribución pública, producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente, con un objetivo racista, material escrito, gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones de los tipos descritos en los apartados anteriores.
- La creación o el liderazgo de un grupo que promueva el racismo, el apoyo prestado a un grupo de tal naturaleza, y la participación en sus actividades con el propósito de contribuir a los delitos referidos en los apartados anteriores.
- La discriminación racial en el ejercicio individual de una ocupación de carácter público.

9. Recomendación nº 8 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo en la lucha antiterrorista, de fecha 17 de marzo de 2004,¹⁴⁵ en la que se analiza la situación actual a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en el complejo del World Trade Center de Nueva York. Es a partir de ese momento concreto cuando ciertos grupos de personas, en particular los árabes, judíos, musulmanes, determinados solicitantes de asilo, refugiados e inmigrantes, algunas minorías notorias y personas consideradas pertenecientes a dichos grupos, son particularmente vulnerables al racismo y/o discriminación racial en muchas esferas de la vida pública, incluyendo la educación, el empleo, la vivienda, el acceso a los bienes y servicios, el acceso a lugares públicos y la libertad de circulación.

El respeto de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser víctima del racismo ni de la discriminación racial, puede evitar situaciones que alienten el terrorismo.

Deben adoptarse medidas tales como:

- Combatir a través de la cooperación internacional el terrorismo como forma extrema de intolerancia, de plena con-

145. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

formidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y para apoyar a las víctimas del terrorismo.

- Abstenerse de adoptar una nueva legislación o nuevas reglamentaciones relacionadas con la lucha contra el terrorismo que discriminen directa o indirectamente a ninguna persona o grupo de personas, en particular por motivos de «raza», color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.
- No causar discriminación racial alguna, incluso en situaciones de emergencia.
- Centrarse particularmente en garantizar de un modo no discriminatorio las libertades de asociación, de expresión, de religión y de circulación, y velar por que la legislación o las reglamentaciones –o su aplicación– no sean discriminatorias, sobre todo las que rigen las siguientes esferas:
 - Controles realizados por las fuerzas del orden en los distintos países y por las autoridades aduaneras.
 - Detención administrativa y provisional.
 - Condiciones de detención.
 - Juicio justo, procedimiento penal.
 - Protección de los datos personales.
 - Protección de la vida privada y familiar.
 - Expulsión, extradición, deportación y el principio de *non-refoulement*.
 - Expedición de visados.
 - Permisos de residencia y de trabajo, y reunificación familiar.
 - Obtención y revocación de la nacionalidad.

10. Recomendación nº 9 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el antisemitismo, de fecha 25 de junio de 2004,¹⁴⁶ en la que se pone de relieve que se ha observado una frecuente utilización de símbolos de la era nazi y de referencias al Holocausto en las manifestaciones actuales de antisemitismo, y que tales acciones no son exclusivamente marginales o radicales, sino que muchas veces son fenómenos que corresponden a tendencias principales, inclusive en las escuelas.

146. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

La recomendación facilita un **listado de actos antisemitas que deben estar penalizados cuando se cometan intencionadamente:**

- La incitación a la violencia, el odio o discriminación contra una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos.
- Insultos y difamación en público de una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos, reales o presuntos.
- Amenazas contra una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos reales o presuntos.
- La expresión en público, con un objetivo antisemita, de una ideología que desprecie o denigre a una agrupación de personas por motivo de su identidad u origen judíos.
- La negación, trivialización, justificación o aprobación en público del Holocausto.
- La negación, trivialización, justificación o aprobación en público de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra cometidos contra personas por motivo de su identidad u origen judíos.
- La difusión o distribución públicas, o la producción o almacenamiento encaminados a la difusión o distribución públicas, con un propósito antisemita, de material escrito, con imágenes o de cualquier otro material que contenga manifestaciones referenciadas en los apartados anteriores.
- La profanación, con un propósito antisemita, de propiedades y monumentos a los judíos.
- La creación o el liderazgo de un grupo que promueva el antisemitismo, el apoyo a dicho grupo (como facilitar financiación al grupo, prever otras necesidades materiales, y producir u obtener documentos) y la participación en sus actividades con el propósito de contribuir a los delitos referenciados en los párrafos anteriores.

11. Recomendación nº 10 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en y a través de la educación escolar, de fecha 15 diciembre de 2006,¹⁴⁷ en la que se recuerda que una educación sobre los derechos humanos basada en

147. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

los principios de la igualdad y la no discriminación, de la tolerancia y del respeto de la diferencia puede desempeñar un papel fundamental en la lucha contra el racismo y la intolerancia en general.

Para ello, conviene que se adopten medidas eficaces:

- Los derechos humanos deben formar parte del curso escolar de una manera transversal y desde la escuela parvularia.
- Debe ser eliminados de los manuales escolares cualquier contenido racista o que fomente los estereotipos, la intolerancia o los prejuicios de cualquier grupo minoritario.
- Dichos manuales deben ser revisados y controlados regularmente para evitar la introducción ulterior de cualquier contenido racista o que fomente los estereotipos, la intolerancia o los prejuicios de cualquier grupo minoritario.
- Internet debe ser utilizado como vector de conocimiento en materia de lucha contra el racismo y la discriminación racial, y debe protegerse de fines racistas por medio de filtros informáticos.

12. Recomendación nº 11 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito policial, de fecha 29 junio de 2007,¹⁴⁸ en la que se pone de relieve que la policía, al evitar el racismo y la discriminación racial responde a aspectos importantes de su misión como hacer frente a los desafíos planteados por la necesidad de combatir la delincuencia, incluido el terrorismo, promover la democracia y el imperio de la ley, y, sobre todo, garantizar que los derechos y la seguridad de todas las personas estén protegidos y asegurados.

La recomendación pretende que los Estados combatan el fenómeno de las **identificaciones policiales de las personas basándose exclusivamente en perfiles étnicos y raciales**. A tal fin señala:

- Se entenderá por **discriminación racial**: *«la utilización por la Policía, sin justificación objetiva y razonable, de motivos tales como raza, color, idioma, religión, actividades de nacionalidad u origen nacional o étnico, en el control, vigilancia o investigación»*.

148. www.coe.int/.../ECRI_Recommendation_11_2007_FR.pdf.

- Se entenderá por **perfil racial**: *«El perfil racial es el uso por la Policía de unos determinados criterios de control y vigilancia o actividades de investigación, sin justificación objetiva y razonable. El uso de estos motivos no tiene justificación objetiva y razonable, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue».*

El documento **insta a los Estados a la adopción de las siguientes medidas:**

- Obligación legal de los policías de promover la igualdad y prevenir la discriminación racial en el ejercicio de sus funciones.
- Formar a la policía en materia de derechos humanos, incluyendo el derecho a estar libre de racismo y discriminación racial, y en las disposiciones legales en vigor contra el racismo y la discriminación racial.
- **Adoptar medidas para que la policía sea consciente del hecho de que no serán tolerados los actos de discriminación racial y la falta de motivación racial por la policía.**
- Asegurarse de que la **policía investigue a fondo los delitos racistas, incluida la motivación racista de los delitos comunes.**
- **Garantizar una investigación eficaz** de los presuntos casos de discriminación racial o de una falta de motivación racial por la policía y garantizar que los autores de estos actos sean sancionados adecuadamente.
- Para establecer **mecanismos de apoyo y asesoramiento a las víctimas** de la discriminación racial o de una falta de motivación racial por la policía.
- Establecer y operar un sistema de registro y vigilancia de actos racistas, y la medida en que estos incidentes se presentan ante los fiscales y eventualmente son calificados como delitos racistas.
- Alentar a las víctimas y testigos de los incidentes racistas a denunciar esos incidentes.
- Reclutar a miembros de grupos minoritarios subrepresentados en la policía y garantizar que tengan igualdad de oportunidades para la progresión de sus carreras.

- **Establecer marcos para el diálogo y la cooperación entre la policía y miembros de grupos minoritarios.**
- Asegurarse de que la policía se comuniquen con los medios de comunicación y el público en general de una manera que no perpetúe la hostilidad o el prejuicio hacia los miembros de grupos minoritarios.

13. Recomendación nº 12 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito del deporte, de fecha 19 diciembre de 2008.¹⁴⁹ En la exposición de motivos de esta recomendación se sigue la definición de deporte que figura en la revisión de la Carta Europea del Deporte: «*“Sport”, toda forma de actividad física que, a través de participación organizada o no, [tiene] el objetivo de la expresión o mejoría de la condición física y mental, el bienestar, la formación de relaciones sociales o la obtención de resultados en competición a todos los niveles*».

En esta recomendación se hace mención expresa, recordando y reafirmando el contenido de la Recomendación nº 6 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre prevención del racismo, la xenofobia y la intolerancia racial en el deporte, de las anteriores recomendaciones de política general de la ECRI números 2, 7 y 11 y de la declaración de la ECRI con ocasión de la Euro 2008 *Unidos contra el racismo*.

Se subrayan dos ideas fundamentales:

1. La necesidad del respeto a los valores del deporte, que incluyen juego limpio, la rivalidad amistosa, el respeto mutuo y la tolerancia.
2. La protección contra el racismo y la discriminación racial es un derecho humano, que debe garantizarse también en el ámbito del deporte.

En esta recomendación, la ECRI condena enérgicamente las manifestaciones de racismo, xenofobia, antisemitismo e intolerancia que se producen durante y en relación con los eventos deportivos, y rechaza cualquier intento de trivializar los actos racistas cometidos durante acontecimientos deportivos.

Si bien la ECRI expone que los incidentes de violencia racista y de expresión de racismo en eventos deportivos han recibido más

149. www.coe.int/.../ECRI_Rec_12_combatting_racism-discrimination-insport_FR.pdf.

atención fundamentalmente en el fútbol, se quiere enfatizar que deben ser perseguidos todos los comportamientos racistas, xenófobos y anti-semitas que se lleven a cabo en otras disciplinas deportivas, incluyendo los deportes practicados por aficionados no profesionales o en ligas inferiores.

La ECRI destaca que debe prestarse especial atención a las actividades de los extremistas neonazis y los grupos de extrema derecha, que a veces utilizan los acontecimientos deportivos para hacer propaganda y para reclutar nuevos adeptos.

Por último, la ECRI muestra una gran preocupación por la cierta impunidad que parece reinar en muchos campos del deporte con el riesgo de que el racismo se vea como algo banal y normal, por lo que reitera el rechazo total y absoluto de cualquier intento de justificar tales comportamientos, expresiones, gestos o acciones enmascarándolos bajo la emoción del momento.

La ECRI resume de forma categórica todo lo expuesto en el mandato: *«lo que es ilegal fuera de los estadios también es ilegal en el interior del estadio»*.

14. Recomendación nº 13 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el antigitanismo y las discriminaciones de los romá/gitanos, de fecha 24 junio de 2011.¹⁵⁰ Este importante documento complementa la Recomendación nº 3 anteriormente expuesta actualizándola y modernizándola.

Se precisa que en la presente recomendación el término *romá* tiene un significado amplio al incluir no solamente a los romá propiamente dichos, sino también a los sinté, los kalé, los ashkàlis, los egipcianos, los manouches y los grupos de población emparentados en Europa, como las llamadas *gens du voyage*, de modo que engloba la gran diversidad de los grupos concernidos.

En esta recomendación se hace mención expresa y se recuerda y reafirma el contenido de las anteriores recomendaciones de política general de la ECRI números 2, 7, 10 y 11. Se otorga una especial atención a la aplicación de la Recomendación nº 11 de política general de la ECRI, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en las actividades de la policía, y especialmente en su capítulo III, referente al papel de la policía en la lucha contra las infracciones racistas y el seguimiento de los incidentes racistas.

Se resalta que el **antigitanismo** es una forma especial de racismo, ya que se trata de una ideología basada en la superioridad racial,

150. www.coe.int/.../ecri/.../Recommendation.../f-RPG%2013%20-%20A4.pdf.

una forma de deshumanización y de racismo institucional que viene de antaño producto de una discriminación histórica y que se expande a través de comportamientos violentos y del discurso del odio y del miedo, y que todo ello lleva a la discriminación y al odio.

La discriminación contra los romá/gitanos es una forma de discriminación étnica con comportamientos abusivos e intolerantes que se producen frecuentemente con impunidad de sus autores. Especial mención debe hacerse de la mujer romaní, que puede sufrir la doble discriminación, por razón de su sexo y por razón de la etnia a la que pertenece.

La ECRI considera prioritaria la necesidad de combatir este fenómeno a todos los niveles y con todos los medios de que se disponga, siguiendo la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera que se trata de una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable que necesita de especial atención y protección, incluyendo la necesidad de protección contra las manifestaciones de antigitanismo en los medios de comunicación.

La ECRI da las siguientes **pautas para combatir de manera eficaz las violencias y los crímenes racistas en contra de los romá** para que no queden impunes, partiendo de la especial atención al contenido de la ya referida Recomendación nº 11 de política general de la ECRI:

- Introducir un sistema completo de **registro de los actos** de violencia contra los romá.
- Adoptar medidas para **animar a los romá, víctimas de violencias y de crímenes racistas, a denunciarlos**, especialmente poniéndolos en conocimiento de las instancias adecuadas y velando por que, en caso de necesidad, se beneficien de la asistencia necesaria para hacerlo.
- Proporcionar a la **policía y al ministerio fiscal una formación específica** sobre la legislación que reprime los crímenes racistas y su aplicación a las víctimas romaníes.
- **Velar por que la policía y la fiscalía lleven a cabo las investigaciones que sean de rigor** a propósito de los crímenes racistas y los actos de violencia contra los romá, para que sus autores no queden impunes.
- Asegurarse de que **se lleven a cabo pesquisas cuando existan indicios de comportamientos abusivos de la policía contra los romá**, y velar para que los autores de tales actos sean perseguidos y sancionados.
- **Proporcionar a la policía una formación** en derechos humanos y en la legislación pertinente, a fin de mejorar

notablemente sus relaciones con las comunidades románas, formación que debe ser extensiva para conocer los problemas que afectan a los romá, especialmente sobre las violencias y los crímenes racistas, con vistas a sensibilizarlos para prevenir y combatir mejor estos fenómenos.

- **Condenar todo discurso público que incite directa o indirectamente a la discriminación, al odio o a la violencia dirigida contra los romá.**
- **Impulsar el sistema** de vigilancia relativa a la expresión del antigitanismo en Internet y asegurar gestiones efectivas, siguiendo los principios enunciados por el Protocolo Adicional a la Convención del Cibercrimen, en lo que se refiere a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos, y su puesta en marcha.
- **Incitar a los medios de comunicación a no referirse al origen étnico de las personas** mencionadas en artículos o reportajes cuando no sea indispensable para la buena comprensión de los acontecimientos.
- Asegurarse de que la legislación contra la discriminación sea aplicada al **empresario o al responsable de un lugar abierto al público que rechace el acceso a los romá.**
- Tomar medidas para invitar a las **empresas privadas de seguridad a sensibilizar y formar a su personal**, a fin de evitar cualquier actitud y comportamiento discriminatorio contra los romá.
- Cuidar de que **los romá tengan acceso a las prestaciones sociales en las mismas condiciones que el resto de la población** y de que la legislación contra la discriminación sea aplicada cuando sea necesario.

15. Recomendación nº 14 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo, de fecha 22 junio de 2012.¹⁵¹ En dicha Recomendación se insta a los Estados miembros a frenar el racismo y la discriminación racial en el ámbito laboral y de empleo.

Se afirma que el racismo y la discriminación racial en el mundo laboral, en sus diferentes formas –tales como acoso, represalias, segregación, discriminación múltiple–, y las órdenes de discriminar si-

151. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N14/f-GPR%2014%20-%20A4.pdf.

guen estando presentes en los Estados de la Unión Europea, por lo que se subraya la necesidad de asegurar en la práctica la igualdad de trato.

Se propugnan, entre otras, las siguientes medidas: que se extreme la protección jurídica contra las discriminaciones múltiples y que se mejore y facilite el acceso a la justicia a las víctimas de la discriminación.

16. Recomendación CM/REC (2010) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, de fecha 31 de marzo de 2010.¹⁵²

Se parte de dos premisas sostenidas reiteradamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Cualquier diferencia de trato, a fin de que no sea discriminatoria, debe tener una justificación objetiva y razonable, es decir, perseguir un fin legítimo y recurrir a medios que sean razonablemente proporcionales al objetivo perseguido.
- Ningún valor cultural, tradicional o religioso, ni las normas de una cultura dominante puede ser invocado para justificar la incitación al odio o cualquier forma de discriminación.

Se encomienda a los Estados miembros que los presuntos crímenes y otros incidentes cometidos por el motivo de la orientación sexual o identidad de género de la víctima se diluciden en procedimientos rápidos y eficaces, con especial atención a la investigación de aquellos delitos que sean presuntamente cometidos por agentes del orden o por otras personas que actúen a título oficial, y que los responsables de estos actos sean efectivamente sometidos a la justicia y, en su caso, sean castigados con el fin de evitar la impunidad.

Se exhorta a los Estados miembros a tomar las medidas apropiadas para garantizar que las víctimas y los testigos de la orientación sexual o identidad de género relacionadas con los crímenes de odio y otros incidentes motivados por el odio procedan a interponer la denuncia correspondiente, y a que proporcionen la asistencia y apoyo necesarios a las víctimas y a los testigos.

En cuanto al discurso del odio, se enfatiza que los Estados miembros deberán adoptar las medidas apropiadas para combatir to-

152. www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_ES.pdf.

das las formas de expresión, incluso en los medios de comunicación y en Internet, que puedan ser razonablemente entendidas como susceptibles de provocar el efecto de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, por lo que el tal discurso del odio deberá estar prohibido y desautorizado públicamente.

Por último, cabe destacar la recomendación a los Estados miembros de aumentar la conciencia entre las autoridades públicas e instituciones públicas a todos los niveles de su responsabilidad de abstenerse de hacer declaraciones públicas, en especial a los medios de comunicación, que, razonablemente puedan entenderse como una legitimación de ese odio o discriminación.

4.3.3. Unión Europea

A. Parlamento Europeo.¹⁵³ Normativa de la Unión Europea

1. Carta de los Derechos Fundamentales, de 12 de diciembre de 2007¹⁵⁴

En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea. De acuerdo con las aspiraciones de los jefes de Estado o de gobierno, esta carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea del Consejo y en la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores*, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Carta de los Derechos Fundamentales fue elaborada por una convención compuesta por un representante de cada país de la UE y de la Comisión Europea, así como por miembros del Parlamento Eu-

153. Página oficial de la Oficina de Información en España: <http://www.europarl.es/>.
Página oficial del Parlamento Europeo en español: <http://www.europarl.europa.eu/portal/es>.

154. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/Carta-DerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>.

ropeo y de los parlamentos nacionales. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los tratados.

Ámbito de aplicación

La carta es aplicable a las instituciones europeas, en cumplimiento del principio de subsidiariedad, y en ningún caso puede exceder las competencias y las tareas que los tratados le confieren. La carta también es aplicable a los países de la UE cuando adoptan la legislación comunitaria.

Contenido

La Carta de los Derechos Fundamentales reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE, y los consagra en la legislación comunitaria.

La carta reúne en un único documento los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos, como las legislaciones nacionales y comunitarias, así como los convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, establece una seguridad jurídica dentro de la UE.

En el preámbulo de la carta ya se establece la importancia del derecho a la igualdad:

«Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.»

La Carta concede máxima importancia al reconocimiento de la **dignidad de la persona** y aborda su protección en su primer artículo:

Artículo 1. Dignidad humana.

«La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.»

En el título III se regula el derecho a la igualdad, que comprende los arts. 20-26:

- **Principio de la igualdad** de todas las personas ante la ley en el **art. 20**: *«Todas las personas son iguales ante la ley».*
- **Principio de no discriminación** se recoge en el **art. 21**:
 - *«Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*
 - *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.»*

Los artículos siguientes regulan: la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22), la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), los derechos del niño (art. 24), los derechos de las personas mayores (art. 25) y la integración de las personas discapacitadas (art. 26).

2. Directivas

El año 2000, la Unión Europea, adoptó dos directivas para combatir la discriminación:

- Una directiva que **prohíbe la discriminación por origen racial o étnico en cualquier ámbito** (empleo, educación, seguridad social, salud, acceso a bienes y servicios, etc.): se trata de la **Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000**,¹⁵⁵ relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Una directiva que establece un marco para **evitar la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual**: se trata de la **Directiva del Consejo 2000/78/CE**,¹⁵⁶ de 27 de noviem-

155. <https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>.

156. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>.

bre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Desde la aprobación de esta legislación, cada uno de los 28 países miembros de la Unión Europea ha ido incorporando estas normativas a su propia legislación nacional. En España, estas directivas se **transpusieron al ordenamiento jurídico a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, de modo que se creó un nuevo marco de protección legal ante casos de discriminación por origen racial o étnico en nuestro país.

Las directivas parten de la premisa de que el derecho a la igualdad es un pilar fundamental de la Unión Europea. Señalan que:

- La discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y también puede hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia.
- La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

Estas directivas facilitan definiciones de importantes términos y, sin lugar a duda, se constituyen en una importante fuente de interpretación.

Las directivas entienden por **igualdad de trato** *«la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico»*. Existirá **discriminación directa** *«cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable»*. Se producirá una **discriminación indirecta** *«cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que*

los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios». También definen el **acosos** como todo «comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

3. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal¹⁵⁷

El objetivo de esta Decisión Marco es garantizar que determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la Unión Europea (UE). Asimismo, pretende mejorar y fomentar la cooperación judicial en este campo.

Esta Decisión Marco, que es continuación de la *Acción Común* 96/443/JAI, prevé la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los países de la UE referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo. Determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia deben constituir un delito en todos los países de la UE y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

De la Decisión Marco se extraen los siguientes apartados de interés.

- La Decisión Marco será aplicable a cualquier delito cometido:
 - en el territorio de la Unión Europea (UE), incluidos los delitos cometidos por medio de un sistema de información;
 - por un nacional de un país de la UE o por cuenta de una persona jurídica que tenga su sede en un país de la UE. A este respecto, la Decisión Marco establece los criterios sobre cómo determinar la responsabilidad de las personas jurídicas.
- **Incitación al odio.** Se considerarán punibles como delitos penales determinados actos, tales como:
 - Incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho gru-

157. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>.

po, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

- El delito anterior realizado mediante la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes.
 - La apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (arts. 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o contra un miembro de ese grupo.
- En cuanto a estos delitos, los países de la UE deberán establecer **sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias**.
- Con respecto a las **personas jurídicas**, se les deberán imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal. Además, podrán ser castigadas con otras sanciones, tales como:
- Exclusión del disfrute de subvenciones o ayudas públicas.
 - Prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales.
 - Vigilancia judicial.
 - Medida judicial de disolución.
- El **inicio de las investigaciones** y actuaciones judiciales respecto a delitos racistas o xenófobos **no estará supeditado a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima**.
- En cualquier caso, la **motivación racista y xenófoba se considerará como una circunstancia agravante**, o bien los tribunales deberán tener competencia para tener en cuenta dicha motivación, a la hora de determinar las sanciones aplicables.

4. Resoluciones reseñables del Parlamento Europeo sobre discriminación

Del Parlamento Europeo han surgido multitud de resoluciones para la lucha contra la discriminación:

- Resolución sobre el ascenso del racismo y la xenofobia en Europa, de 21 de abril de 1993, en la que el Parlamento afirmó que el racismo y la xenofobia hacen vacilar *«los fundamentos de la democracia, la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»*.
- En las Resoluciones de 26 de abril de 2007, 20 de mayo de 2008 y 14 de enero de 2009 se ha instado a los Estados miembros de la Unión Europea a **redoblar sus esfuerzos para prevenir y combatir la discriminación, y a incrementar la protección contra esta**, garantizando la igualdad de oportunidades como derecho fundamental.¹⁵⁸
- Con relación a la **orientación sexual**, se dictó la Resolución de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea y sobre la igualdad jurídica y contra la discriminación de lesbianas y gays, que insta a todos los Estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas en todas las disposiciones jurídicas y administrativas. La Resolución de 18 de enero de 2006 insta a los Estados miembros a tomar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual.
La Resolución de 4 de febrero de 2014 sobre la **hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género**¹⁵⁹ condena enérgicamente toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, y deplora profundamente que los derechos fundamentales de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) no sean respetados siempre plenamente en la Unión Europea.
- **Informe de la Comisión del Parlamento Europeo emitido en Bruselas en fecha 27 de enero de 2014 para implementar la Decisión Marco 2008/913/JAI del**

158. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//ES>.

159. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//ES>.

Consejo, de fecha 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia.¹⁶⁰

Se impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la punibilidad de las conductas intencionadas siguientes cuando «se dirijan contra un grupo de personas o un miembro del mismo, definido por la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico y cuando la conducta pueda incitar a la violencia o al odio contra ese grupo o uno o varios de sus miembros:

- *Incitación pública a la violencia o al odio mediante, por ejemplo, la difusión o el reparto de escritos, imágenes u otros materiales.*
- *Apología pública, negando o banalizando de forma flagrante crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, tal y como se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los crímenes cometidos por los principales criminales de guerra de los países Europeos del Eje, tal y como se definen en la Corte del Tribunal Militar Internacional de 1945.»*

B. Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)¹⁶¹

La Agencia de Derechos Fundamentales es un organismo de la Unión Europea con sede en Viena y cuyo objetivo fundamental es brindar asistencia y asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones y órganos comunitarios y a los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación del derecho comunitario; todo ello con el fin de ayudar a las instituciones, órganos y Estados miembros a respetar plenamente estos derechos.

La regulación de la FRA se encuentra en el Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007.

La Agencia recopila información sobre derechos fundamentales en los ámbitos de competencia comunitarios que se enumeran en el Marco Plurianual, cuya duración es de cinco años y en el cual se definen los ámbitos temáticos de actividad de la Agencia. Entre esos ámbi-

160. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=es>.

161. Página web oficial: <http://fra.europa.eu/en>.

tos debe figurar la lucha contra el racismo y la xenofobia y contra la intolerancia que estos llevan aparejada.

Los cometidos de la Agencia, que deben cumplirse dentro de los límites de los ámbitos temáticos, incluyen:

- La recopilación, el análisis, la difusión y la evaluación, con total independencia, de los datos e información pertinentes, objetivos, fiables y comparables, sobre los efectos concretos de las medidas adoptadas por la UE en los derechos fundamentales, y sobre las buenas prácticas en materia de respeto y fomento de tales derechos.
- El desarrollo de normas para mejorar la comparabilidad, objetividad y fiabilidad de los datos a escala europea, en cooperación con la Comisión y los Estados miembros.
- La realización de investigaciones y trabajos científicos, estudios preparatorios y de viabilidad.
- La formulación y publicación de conclusiones y dictámenes sobre temas específicos y sobre la evolución de los derechos fundamentales en la ejecución de las políticas, dirigidos a las instituciones europeas y a los Estados miembros en el marco de la aplicación del derecho comunitario.
- La publicación de un informe anual sobre las cuestiones relativas a los derechos fundamentales derivadas de los sectores de actividad de la Agencia.
- La publicación de informes temáticos basados en sus análisis.
- La publicación de un informe de actividad anual.
- El desarrollo de una estrategia de comunicación, y el fomento del diálogo con la sociedad civil, con el fin de sensibilizar a la opinión pública sobre los derechos fundamentales.

La Agencia coordina su acción y ha creado toda una red de cooperación con la sociedad civil (Plataforma de los Derechos Fundamentales) compuesta por diferentes agentes de los derechos fundamentales. Se trata con ello de intercambiar información y poner en común conocimientos.

La Agencia mantiene también relaciones institucionales estrechas a nivel internacional, europeo y nacional, en particular con el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), las agencias competentes de la UE, las organizaciones gubernamentales y los organismos públicos, incluidas las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos. El objetivo es cooperar y evitar duplicaciones de trabajo.

En el marco de los objetivos expuestos, la FRA celebró en **noviembre de 2013 una conferencia en la ciudad de Vilnius (Lituania)**, durante la presidencia lituana de la Unión Europea, que, ante el crecimiento en toda Europa de los delitos motivados por el odio y la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones (racismo, xenofobia, intolerancia religiosa, homofobia, etc.), se centró en la lucha contra los delitos de odio en la Unión Europea bajo el título «Combatiendo los delitos de odio en la Unión Europea, dando a las víctimas un rostro y una voz», y en la consideración de que es necesario aumentar los esfuerzos para dar apoyo y protección a las víctimas de los delitos de odio y discriminación de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, mujeres, judíos e inmigrantes y luchar contra estos crímenes de odio que provocan situaciones de acoso y miedo.

En las conclusiones¹⁶² de la conferencia se invitaba a los Estados miembros a tomar medidas apropiadas para facilitar la presentación de denuncias de delitos de odio por parte de las víctimas y, en cuanto fuera posible, también por las asociaciones que las apoyan, incluyendo medidas para construir la confianza en la policía y otras instituciones. Estas conclusiones invitaban a la FRA a trabajar junto con los Estados miembros para facilitar el intercambio de buenas prácticas y asistir a los Estados miembros en sus esfuerzos por desarrollar métodos efectivos para fomentar la denuncia y asegurar un adecuado registro estadístico de los delitos de odio.

Entre las conclusiones de dicha conferencia anual de la FRA se destacaron de manera muy especial la mejora por parte de los diferentes Estados de la Unión Europea de los sistemas internos que permitan la recopilación de datos estadísticos sobre delitos de odio, así como la necesaria adopción de medidas para incrementar y facilitar el número de denuncias presentadas por las víctimas, ya que actualmente es escaso.

Las **conclusiones de dicha conferencia anual de la FRA fueron aprobadas por el Consejo de la Unión Europea celebrado en Bruselas en fecha 4 de diciembre de 2013**, en el que, entre otras iniciativas, se insta a los Estados a:

- *«Velar por la investigación y procesamiento rápidos y eficaces de la delincuencia [...] motivada por el odio garantizando que los prejuicios que motivan esa delincuencia se tomen en consideración y en todos los procesos penales».*
- *«Tomar medidas adecuadas para facilitar la denuncia de los delitos motivados por el odio por las víctimas y, en la*

162. Enlace con las conclusiones de la asamblea de Vilnius: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/frc2013-conclusions.pdf>.

medida de lo posible, también por las asociaciones que les brindan apoyo, lo que incluye medidas para generar confianza en la policía y en otras instituciones».

- *«Recopilar y publicar datos exhaustivos y comparables sobre los delitos motivados por el odio, incluidos, en la medida de lo posible, el número de incidentes denunciados por la población y registrado por las autoridades policiales; el número de condenas; los prejuicios que motivan estos delitos; y las sanciones impuestas a los delincuentes».*
- *«Velar por que se brinde asistencia, apoyo y protección a las víctimas de los delitos motivados por el odio, teniendo en cuenta que la Directiva sobre las víctimas se ha de aplicar el 16 de noviembre de 2015 a más tardar, en particular la evaluación caso por caso de las necesidades de protección de la víctima, como se define en el art. 22 de la Directiva».*
- *«Promover la formación de los profesionales pertinentes que entren en contacto con las víctimas de delitos motivados por el odio, para que puedan asistir eficazmente a esas víctimas».*
- *«Potenciar las medidas preventivas, por ejemplo, reflejando la memoria en la educación sobre los derechos humanos, en los currículum y la pertinente formación en historia, tomando medidas para educar a la población en los valores de la diversidad cultural y la integración, y procurando que todos los sectores de la sociedad desempeñen un papel en la lucha contra ese tipo de intolerancia».*
- *«También se hace un llamamiento en particular en relación con la Agencia de los Derechos Fundamentales, CEPOL, Eurojust y Europol, a proseguir sus esfuerzos por combatir la delincuencia motivada por el odio teniendo en cuenta sus respectivos mandatos y a poner en común sus conocimientos especializados».*

4.3.4. Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (ODIHR-OSCE)

Nacida en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación de Europa celebrada en Helsinki en 1975, está compuesta en la actualidad

por 57 Estados. Dicho organismo internacional dispone de una **Oficina de Delitos de Odio**, con sede en Varsovia.¹⁶³

La ODIHR trabaja en estrecha cooperación, entre otros, con el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (UNCERD), la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Centro de Vigilancia del Racismo y la Xenofobia, así como organizaciones relevantes de la sociedad civil.

La OSCE ha manifestado y reiterado su compromiso de promover la tolerancia y combatir de manera eficaz la discriminación, incluyendo todas las manifestaciones de nacionalismo agresivo, racismo, chovinismo, xenofobia, antisemitismo y extremismo violento que se lleven a cabo en sus Estados miembros, y recomienda la redacción y promulgación de instrumentos normativos específicos y eficaces para luchar contra esta lacra.

La OSCE ha dictado las principales líneas maestras de actuación de la acción europea en la lucha contra los delitos de odio.

En este sentido, fue decisiva la **undécima reunión del Consejo de Ministros, celebrada en Maastricht en diciembre de 2003**. Los ministros de Asuntos Exteriores de los 55 Estados miembros de la OSCE reafirmaron su compromiso de promover la tolerancia y combatir la discriminación, incluyendo todas las manifestaciones de nacionalismo agresivo, racismo, chovinismo, xenofobia, antisemitismo y extremismo violento en los Estados miembros de la OSCE. Se instó a los Estados miembros a continuar la condena pública, al nivel adecuado y de la manera apropiada, de los actos violentos motivados por la discriminación y la intolerancia.

En esta reunión se elaboró un **concepto de delito de odio** que se utiliza a nivel internacional:

- a) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) 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 en la parte B.

163. Página web oficial: <http://hatecrime.osce.org/>.

- b) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como: la «raza», real o percibida; 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.

La **Decisión sobre tolerancia y no discriminación (nº 4/03)** que fue adoptada en la reunión de Maastricht anima a todos los Estados miembros «a elaborar y mantener registros de información fidedigna y estadísticas sobre delitos de odio, incluyendo manifestaciones violentas de racismo, xenofobia, discriminación y antisemitismo». A la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la OSCE, el Consejo de Ministros le encomendó la tarea de servir como punto de recopilación de la información y las estadísticas recogidas por los Estados miembros y, haciendo esto, trabajar en colaboración estrecha con el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), y el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC). Además de aportar información y estadísticas, se alentó a los Estados miembros a informar sobre la legislación existente relativa a delitos motivados por la intolerancia y la discriminación. La ODIHR se comprometió a informar regularmente de estos hallazgos.

Las siguientes conferencias de la OSCE en Berlín, París, Bruselas y Córdoba reforzaron los compromisos de los Estados miembros para combatir los delitos de odio, incluyendo los ataques contra lugares de culto o la propaganda del odio en los medios de comunicación y en Internet. Los Estados miembros reiteraron sus compromisos de mantener información fidedigna y estadísticas sobre delitos de odio, de hacer accesible esta información a la opinión pública, y enviar periódicamente esta información a la ODIHR para facilitar la tarea de informar sobre estos descubrimientos.

En la **duodécima reunión del Consejo de Ministros, celebrada en Sofía en 2004**, el presidente de la OSCE enfatizó que combatir la intolerancia y la discriminación era parte integral del concepto de seguridad global de la OSCE, y los Estados miembros de la OSCE decidieron combatir los delitos de odio, incluyendo manifestaciones de nacionalismo agresivo, racismo, chovinismo, xenofobia, discriminación, antisemitismo, intolerancia, y discriminación contra cristianos, musulmanes y miembros de otras religiones, así como otras formas de intolerancia.

Relación de las decisiones más importantes de la OSCE sobre delitos de odio:

- **Decisión nº 6 sobre tolerancia y no discriminación (MC(10).DEC/6), adoptada en la reunión celebrada en Oporto en 2002.**¹⁶⁴ Se destaca la necesidad de luchar contra cualquier forma de discriminación sea directa o indirecta.
- **Decisión nº 4/03 sobre tolerancia y no discriminación (MC.DEC/4/03), adoptada en la reunión celebrada en Maastricht en 2003.**¹⁶⁵ Se remarca la necesidad imperiosa de combatir todo delito inspirado en el odio que haya sido incitado por motivos racistas, xenófobos o antisemitas, incluyendo acciones o expresiones vertidas de manera oral, escrita y también difundida a través de Internet. Ante el aumento preocupante de estos delitos, la OSCE consideró necesario el inicio de una labor de documentación y estadística sobre delitos de odio, incluyendo manifestaciones violentas de racismo, xenofobia, discriminación y antisemitismo, labor que encomendó a la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR). También decidió intensificar la cooperación de la OSCE con las organizaciones internacionales pertinentes, como Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea, así como con la sociedad civil y con las organizaciones no gubernamentales pertinentes.
- **Decisión nº 12/04 sobre tolerancia y no discriminación (MC.DEC/12/04, de 7 de diciembre de 2004), adoptada en la Conferencia celebrada en Sofía en 2004,**¹⁶⁶ que incorpora tres decisiones del Consejo Permanente:
 - **Decisión nº 607** para combatir el antisemitismo.
 - **Decisión nº 621** sobre la lucha contra el racismo, xenofobia y discriminación, incluyendo de manera expresa la necesaria protección contra los ataques racistas y discriminatorios que sufren los musulmanes.
 - **Decisión nº 633** para promover la tolerancia en los medios y a través de Internet, y evitar todo tipo de mensajes e imágenes que promuevan el racismo, la xenofobia, el antisemitismo.

164. <http://www.osce.org/es/mc/40525?download=true>.

165. www.osce.org/es/mc/40537?download=true.

166. www.osce.org/es/mc/41818?download=true.

- **Decisión nº 13/06 sobre tolerancia y no discriminación, adoptada en la Conferencia de Bruselas en 2006.**¹⁶⁷ Ante el peligroso incremento en los últimos años de los discursos de corte racista y xenófobo en Europa, se considera deplorable toda declaración pública racista, xenófoba y discriminatoria, y se hace hincapié en que los representantes políticos puedan influir de manera positiva en el fomento general del respeto y entendimiento mutuos y, de esta manera, eliminar las tensiones internas en las sociedades al criticar públicamente las acciones y discursos motivados por el odio. Reitera la necesidad de mantener las estadísticas y bases de datos fidedignas sobre delitos motivados por el odio, para poder formular políticas efectivas y orientar recursos suficientes.
- **Decisión nº 9/09 (MC.DEC/9/09, de 2 de diciembre de 2009), adoptada en la Conferencia celebrada en Atenas en 2009.** Se destaca la necesidad de la lucha eficaz contra los delitos de odio difundida a través de Internet, a la vista de la globalización y el uso creciente del mundo virtual para transmitir y difundir ideas, ideologías, expresiones, manifestaciones, imágenes, fotografías, vídeos, etc.

La OSCE-ODIHR ha realizado multitud de **publicaciones** sobre delitos de odio y discriminación, entre las que cabe destacar:

- Guía práctica para legislaciones de delitos de odio.¹⁶⁸
- Guía para ONG en la prevención y respuesta de delitos de odio.¹⁶⁹
- Guía para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en delitos de odio.¹⁷⁰
- Guía práctica sobre delitos de odio para fiscales.¹⁷¹
- Guía para la recopilación y registro de delitos de odio.¹⁷²

167. www.osce.org/es/mc/23119?download=true.

168. Guía en inglés; marzo de 2009. <http://www.osce.org/odihhr/36426>.

169. Guía en inglés; octubre de 2009. <http://www.osce.org/odihhr/39821>.

170. Guía en inglés; octubre de 2012. <http://www.osce.org/odihhr/tahcle>.

171. Guía en inglés; septiembre de 2014. <http://www.osce.org/odihhr/prosecutors-guide>.

172. Guía en inglés; septiembre de 2014. <http://www.osce.org/odihhr/datacollectionguide>.

5. LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

5.1. Planteamiento

Desde hace ya algún tiempo, es objeto de discusión en la doctrina española la cuestión relativa a si es posible construir una **categoría en torno al elemento de la motivación discriminatoria del sujeto activo del delito**. Concretamente, se discute si es posible hablar de **delitos antidiscriminatorios** para aludir a todos aquellos delitos en los que la parte subjetiva del tipo viene constituida, además de por el dolo, por una motivación discriminatoria. En este contexto, un importante sector de la doctrina entiende que en los arts. 314, 510, 511 y 512 CP el legislador protege el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión y cualquier otra circunstancia personal o social, recogido en el art. 14.1 CE.¹⁷³

El debate entra en otra dimensión cuando un sector de los operadores del sistema penal añade al elemento de la motivación discriminatoria la referencia a un segundo elemento subjetivo, el **odio**, para proponer la categoría **delitos de odio y discriminación**. La categoría de los delitos de odio es habitual en el ámbito anglosajón¹⁷⁴ y es reivindicada entre nosotros, por ejemplo, por el Ministerio Fiscal, que

173. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, p. 77; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al artículo 510 CP», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1274; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «Comentario al artículo 510», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, II, 2004, pp. 1475 y ss.; CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código Penal comentado*, 2005, p. 1028; GARCÍA LÓPEZ, C., «Comentario al artículo 510 CP», en CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código Penal*, 2008, p. 2434.

174. Así, tanto en la doctrina como en la propia legislación norteamericana se habla, por ejemplo, de *Hate Crime*, *Hate-Motivated Crime* o de *Hate Crime Statistics Act*. Sobre el desarrollo en EEUU de la cuestión terminológica que acaba de ser planteada, véase, ampliamente, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: proble-*

viene demandando no solo la previsión en el Código Penal de un capítulo específico para los delitos de discriminación, en el que también estarían incluidos los llamados *delitos de odio*, sino incluso la creación de una **fiscalía especializada** en esta clase de delitos.¹⁷⁵

No obstante, **el Código Penal español no hace referencia específica ni a los delitos discriminatorios ni a los delitos de odio.**¹⁷⁶ Tampoco después de la trascendental LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, que, a pesar de haber modificado prácticamente una cuarta parte del articulado del Código Penal, ha dejado casi inalterado el contenido de los arts. 22.4, 314, 510, 511, 512 y 607.2 CP, ni de la reciente reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015.

5.2. La circunstancia genérica agravante de motivos discriminatorios (art. 22.4 CP)

«Artículo 22. 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 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 el art. 22.4 CP se halla regulada la **agravante de motivos discriminatorios**. Según doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se trata de una **circunstancia de naturaleza fundamentalmente subjetiva**, ya que expresa un **móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad.**¹⁷⁷ Según otro sector doctrinal, la

mática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal, Bilbao, 1999, pp. 108 y ss.

175. En este sentido se pronuncia el Anteproyecto de Reforma del Código Penal elaborado por el ya desaparecido Ministerio de Igualdad, y que en lo que se refiere a la especialización del Ministerio Fiscal en la constelación delictiva que ahora nos ocupa fue rechazado por el Ministerio de Justicia. No obstante, en algunas fiscalías provinciales se han creado servicios especializados en delitos de odio y discriminación. Tal es el caso, por ejemplo, de la Fiscalía Provincial de Barcelona.

176. Lo destacan BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 81 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al art. 510 CP», cit., p. 1275; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, Madrid, 2004, p. 2428.

177. SSTs 1145/2006, de 23 de noviembre; 713/2002, de 24 de abril. En la doctrina defiende este punto de vista, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 8ª ed., 2008, pp. 26-32; MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4ª CP», en CORCOY BIDASO-

circunstancia debería fundamentarse en el propósito de intimidar al sujeto pasivo y a los miembros del grupo al que este pertenece.¹⁷⁸ En cualquier caso, nada obliga a limitar la aplicación del precepto a supuestos de colectivos históricamente discriminados.

Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable (*por*), **con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta.**

Por esta razón, la circunstancia también será aplicable, por ejemplo, cuando se lesiona a una mujer por estar casada con alguien de una determinada raza, o a un periodista o político por defender a minorías raciales, ideológicas, etc.

También a un activista blanco de una ONG que defiende los derechos de afrodescendientes.

Pese a que un sector de la jurisprudencia no considera aplicable la circunstancia cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito,¹⁷⁹ resulta preferible entender que **el art. 22.4 CP también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil** (pertenencia a una determinada raza, homosexualidad, etc.).¹⁸⁰ Por ejemplo, una persona que guiada por su menosprecio a los homosexuales agrede a otra que resulta no ser homosexual.

La agravante se construye a partir de un **catálogo o lista de causas o razones discriminatorias**. Desde una perspectiva político-criminal, en el contexto de los delitos que atentan contra el derecho a la igualdad real, y, más concretamente, a no ser discriminado, la utilización

LO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 107. En un sentido parecido, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 67.

178. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011, p. 379.

179. SSTS 145/2006, de 23 de noviembre, FJ 6; y 1341/2002, de 17 de julio.

180. STS 1341/2002, de 17 de julio. Sostienen esta postura en la doctrina BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 67; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», cit., p. 379.

de esta técnica legislativa merece, globalmente, una **valoración positiva**. La razón fundamental es que se trata de delitos que lesionan, al mismo tiempo, la dignidad del individuo, estrechamente vinculada a sus circunstancias personales o sociales (raza, ideología, religión, etc.). No obstante, la agravante no es solo un instrumento para la lucha contra la xenofobia. Su contenido es notablemente más amplio. Se trata de una **circunstancia genérica de agravación de la pena por motivos discriminatorios**, sea por razón de móviles xenófobos o de otro signo. Llama la atención, por esta razón, la **falta de coordinación sistemática** existente entre el catálogo de causas discriminatorias previsto en el art. 22.4 CP y el previsto en otros preceptos del Código en los que se hallan tipificadas conductas que atentan contra el derecho fundamental a no ser discriminado.

Así, mientras que el art. 22.4 CP se refiere a *«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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca»*, los arts. 314, 510, 511 y 512 CP aluden, además, a la discriminación por razón de la *«situación familiar»*; y en los arts. 511 y 512 CP se omite toda referencia a que la conducta se realice *«por motivos racistas, antisemitas»*.

La doctrina mayoritaria ha destacado la existencia de **importantes omisiones** en el catálogo de motivos discriminatorios previsto en el art. 22.4 CP. Algunas de ellas han sido tenidas en consideración por la LO 5/2010, que introdujo en el precepto, junto a la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual, la discriminación por identidad de género, y la LO 1/2015, que incorpora las **«razones de género»**.

Con ello, la LO 5/2010 permite dar cobertura a los casos de **transfobia**, esto es, fobia a los transexuales, que no resultaban subsumibles en los mencionados motivos de *«sexo»* o de *«orientación sexual»*. Con la reforma introducida por la LO 1/2015 se da respuesta a los casos de discriminación por razones de **género**, entendido como el conjunto de atribuciones, papeles, roles o actividades que la sociedad considera propio de las personas pertenecientes a un determinado sexo (exposición de motivos de la LO 1/2015, Convenio 210, del Consejo de Europa).

Sin embargo, **otras lagunas puestas de relieve por doctrina mayoritaria no han sido colmadas por la LO 5/2010, ni tampoco por la reciente LO 1/2015.**

Tal es el caso, por ejemplo, de la aporofobia (odio a las personas sin hogar), la edad y el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. La edad de discriminación se encuentra contemplada en la normativa laboral y administrativa (Estatuto de los Trabajadores [ET] y Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social [LISOS]); la segunda, en el propio art. 314 CP. La doctrina minoritaria también reclama la incorporación de la aporofobia.¹⁸³ No obstante, puesto que, de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria sobre la materia, resulta preferible hacer referencia a causas de discriminación, y no a fobias concretas, la doctrina mayoritaria propone la inclusión entre los motivos discriminatorios de «*motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima*».

En el precepto también existen **reiteraciones**. Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, el art. 22.4 CP se refería a discriminación por razón de la «**enfermedad o minusvalía que padezca**» la víctima. Según su primera acepción en el Diccionario de la RAE, por *enfermedad* debe entenderse «*alteración más o menos grave de la salud*». El significado del término era lo suficientemente amplio como para entender, de este modo, que la *minusvalía* no era más que una especie de la enfermedad, que constituye, de este modo, su género. La doctrina mayoritaria aludía a una cierta tradición en el derecho comunitario y comparado de aludir, en lugar de la minusvalía, a la **discapacidad**, por lo que se consideraba preferible este último término. La propuesta fue acogida por la LO 5/2010.¹⁸²

181. En relación con esta, la STS 1160/2006, de 9 de noviembre, FJ 23, declaró expresamente, en un caso de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su condición de mendigo sin techo, que la aporofobia no resulta subsumible en el tenor literal del art. 22.4: «*no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía*».

182. Lo ponen de relieve MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4^a CP», cit., p. 108; GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho penal, Parte General*, 8^a ed., 2010, p. 23.

No han sido resueltas ni por la LO 5/2010, ni tampoco por la LO 1/2015, en cambio, **otras reiteraciones**. Así, cuando se alude a «*motivos racistas*», y, posteriormente, a «*otra clase de discriminación referente a [...] la etnia, raza o nación a la que pertenezca*». Según la doctrina mayoritaria, esta reiteración podría evitarse fácilmente con el empleo de la expresión «*por motivos relativos [...] a la etnia, raza [...]*».

A diferencia de los términos *etnia* y *raza*, el término **nación** tiene naturaleza eminentemente política, por lo que la doctrina mayoritaria sugiere que se trate de una causa distinta, con entidad propia. Además, algunos Estatutos de Autonomía hacen referencia expresa a la *nacionalidad*. Por esta razón, un sector de la doctrina considera que el término *nación* debe ser sustituido por el de *nacionalidad*, con el objeto de evitar supuestos de analogía *in malam partem*. El tenor literal del término **nacionalidad** es **más amplio que el del término nación**, de tal modo que el segundo puede considerarse comprendido en el primero, pero no al revés. No obstante, en los supuestos de discriminación por razón de pertenencia a una determinada Comunidad Autónoma, el art. 22.4 CP podrá ser igualmente aplicado, por «**discriminación referente a la [...] etnia**». Es igualmente repetitiva la alusión a la «**ideología, religión o creencias de la víctima**». El término **creencias** puede reconducirse, en cualquier caso, o bien a *ideología*, o bien a *religión*, dependiendo de si se trata de creencias de una u otra naturaleza, pero carece de un significado propio claramente diferenciado. La normativa comunitaria y algunos modelos de derecho comparado aluden, en lugar del término *creencias*, a la noción **convicciones**, que la doctrina mayoritaria considera preferible.

5.2.1. **Jurisprudencia destacable**

STS de 17 de julio de 2002

Confirma SAP Barcelona de 13 de marzo de 2000, en la que se condena a un grupo de seis jóvenes que se dirigen a zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente, lo que le provoca una fractura craneal. Se les condena por delito del art. 147.1 CP con agravante art. 22.4; el Tribunal Supremo tiene en cuenta tan solo el móvil discriminatorio, y señala que basta con presupo-

ner la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea. En igual sentido, SAP A Coruña de 19 de abril de 2007; SAP Barcelona de 3 de noviembre de 2006.

STS 1160/2006, de 9 de noviembre, FJ 23

Estudió un caso de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su **condición de mendigo sin techo**, supuesto que de hecho no resulta subsumible en el tenor literal del art. 22.4 CP.

Señala el Tribunal que en el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima, al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo.

En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en *númerus clausus*; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.

Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideologías o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

STS 145/2006, de 23 de noviembre, FJ 6

«[...] para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad». En igual sentido, SAP Cádiz de 12 de enero de 2007; SAP Barcelona de 17 de febrero de 2005; SAP Madrid de 14 de octubre de 2009 (caso Palomino).

La agravante del art. 22.4 CP se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impul-

sa a cometer el delito, siendo para ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

SJP nº 2 Huelva de 14 de abril de 2008

Supuesto: manifestación legalmente convocada a raíz de un homicidio por el que fueron imputadas personas de etnia gitana, que modifica la trayectoria prevista y pasa por la zona en la que habita la comunidad gitana, gritando «*gitanos fuera*», «*asesinos*», «*no los queremos, fuera de aquí*», «*os vamos a matar*», «*os vamos a quemar*» y expresiones similares, causando destrozos en vehículos y en bienes comunes y prendiendo fuego a un montón de paja almacenada.

Elementos destacables de los hechos probados:

- Los gritos coreados y la trayectoria elegida evidenciaban un clima de hostilidad.
- Ánimo de ofender, estigmatizar, retar al enfrentamiento físico y a la violencia, de causar daños en sus propiedades y de amedrentar a la comunidad gitana.
- Se causó angustia, zozobra, pánico y terror en los refugiados en el interior de sus casas, con profunda sensación de inseguridad y miedo.

Condena: delito de desórdenes públicos del art. 557 CP en concurso ideal con delito de daños del art. 263 CP, en concurrencia de la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos racistas o de discriminación del art. 22.4 CP.

Fundamentación:

- No concurren los elementos del art. 510 CP (incitación directa orientada a crear en otros la voluntad de realizar actos de discriminación) debido a que los acusados no provocaron, sino que actuaron y atentaron ellos mismos contra bienes jurídicos, y no cabe, por tanto, definirlos como actores de provocación a otros.
- Concurre la agravante del art. 22.4 CP, debido a que los acusados actuaron con desprecio contra un colectivo compuesto por muchos ciudadanos que no mantenían ninguna relación con los hechos que originaron la manifestación. Las acciones estaban dirigidas al colectivo de gitanos y solo por su condición de tales.

SAP Barcelona de 27 de julio de 2009

Los acusados actúan por motivos de discriminación y esta se centra en la ideología de la víctima (acusados de ideología fascista, y víctima de estética *redskin* e ideología antifascista).

SAP Madrid de 14 de octubre de 2009, confirmada por STS de 22 de abril de 2010

Ideología de ultraderecha del acusado acreditada por:

- Estética *skin* neonazi.
- Frase «*sieg heil*» proferida tras apuñalar a la víctima.
- Saludo consistente en extender brazo y mano derechos hacia el frente, propio de las SS.
- Palabra «*guarros*» utilizada para referirse a los antifascistas.
- Comentarios y actos de defensa y que tratan de mitigar el comportamiento del acusado realizados con posterioridad a los hechos por grupos de ultraderecha.
- Conclusión no desvirtuada por el trato cordial con compañeros iberoamericanos del regimiento, «*limitándose su relación a las actividades comunes dentro del cuartel, donde nunca hablaron de ideas políticas, sino de cuestiones relacionadas con la actividad diaria de su trabajo*».

SAP Barcelona de 15 de enero de 2010

Elementos de la xenofobia como agravante:

- El comportamiento del autor debe exteriorizar su voluntad de colocar al sujeto extranjero en situación de inferioridad, de humillación, de vejación o de menosprecio.
- A la condición objetiva de ser extranjera la víctima, habrá de ser añadida forzosamente la voluntad, el móvil, el motivo o la intención del autor o autores al cometer el delito.
- Actitud de menosprecio que conduce al autor de un hecho a actuar delictivamente (siendo lo determinante la causa que mueve a cometer el delito para cumplir con la conducta típica penal).

STS de 22 de abril de 2010

El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional «*contra el racismo antiespañol*»; la estética neonazi que exhibía aquel; los gritos «*Sieg Heil*», de acentuada tradición nazi, proferidos por aquel tras apuñalar a la víc-

tima, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra «*guarros*» para referirse a los antifascistas, todo ello evidencia la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de la víctima, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando «*serenamente*» la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal.

SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2010, con referencia a la STS de 24 de febrero de 2006

- **Supuesto de hecho:** dos personas circulan en un vehículo cuando observan a una persona de raza negra, se bajan y le agreden «*precisamente por tratarse de una persona de raza negra*», diciendo «*vete a tu pueblo, negro hijo de puta*».
- **Fundamento:** exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales.
- **Prueba de la motivación:** pertenencia de los acusados a grupos relacionados con ideas de extrema derecha y racistas, de superioridad de la raza aria, unido a la frase dirigida a la víctima al salir del vehículo.

SAP A Coruña de 29 de noviembre de 2010

- **Supuesto de hecho:** persona agredida por desconocidos que viste una camiseta con la mención «*Tercios Españoles*», tras ser preguntada si es militar y contestar que sí.
- **Fundamento:** concurre la agravante del art. 22.4 CP al haber elegido a la víctima por su mera condición de militar y, como tal, ejercer una actividad profesional entre cuyos cometidos está garantizar la integridad territorial de España.
- **En voto particular** de Juan Luis Pía Iglesias se destaca la inexistencia de una explicación alternativa razonable con relación a la elección de la víctima.

SAP Barcelona de 29 de marzo de 2012

Confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Sabadell de fecha 29 de julio de 2011 y en la que se condenó por delito con-

tra la administración de justicia del art. 464.1 CP con agravante de discriminación por orientación sexual del art. 22.4 CP a una persona que amenazó a dos mujeres lesbianas porque estas previamente le habían denunciado por una presunta agresión, las cuales declararon en el relato de hechos probados que el penado actuó «*con desprecio hacia la orientación sexual de ésta (la víctima) diciéndole hijas de puta, lesbianas de mierda, que me habéis denunciado, que si voy preso os mataré*».

SAP Málaga de 4 de marzo de 2014

No concurre la agravante de discriminación por razón de orientación sexual, por cuanto esta requiere que la causa o motivo del delito sea la orientación sexual de las víctimas, y en el supuesto enjuiciado, si bien se hace referencia a ello, no es el detonante de la agresión, que se basa en malas relaciones previas, por otras causas (relativas a una vivienda, su uso, etc.); por ello, no es de aplicación la agravante pedida.

SAP Barcelona de 30 de octubre de 2014, confirmada por STS de 19 de mayo de 2015

Se enjuició una grave agresión ocurrida el día 12 de octubre de 2011 cometida contra uno de los asistentes a un concierto de música RAC (*Rock Against Communism*), organizado por el grupo de extrema derecha Democracia Nacional y en el que han sido condenadas dos personas de ideas antagónicas por delito de lesiones de los arts. 147 y 148.1 CP, apreciándose la agravante de discriminación por motivos ideológicos del art. 22.4 CP.

SAP Barcelona de 30 de octubre de 2014

Los derechos a la libertad de expresión y manifestación se transmutan cuando por razones ideológicas se actúa de forma violenta contra personas del grupo ideológico contrario reunidas en el interior de un local mediante instrumentos lesivos a sabiendas de que con ello se atentará contra su integridad física, siendo el móvil por razón de la ideología.

SJP nº 1 Barcelona de 16 de marzo de 2015

Supuesto: agresión contra el compañero sentimental de una mujer dominicana al interponerse entre el agresor, que la abofetea mientras le grita «*negra, vete a tu puto país*», y la mujer.

Condena: delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP; falta de lesiones del art. 617.1 CP; delito de lesiones del art. 147.1 CP en

concurso con un delito contra la integridad moral del art. 173 CP, en concurrencia de la circunstancia agravante de racismo del art. 22.4 CP (discriminación por asociación «*por cuanto el móvil de la agresión fue racista, de rechazo a la pareja de origen dominicano de la víctima*»).

STS de 4 de mayo de 2015, caso Stroika

Confirma Sentencia de 18 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Se enjuició uno de los casos más graves que se recuerdan en Cataluña en los últimos años en el ámbito de los delitos de odio. La sala condenó a diez personas a penas en torno a los dieciocho años de prisión por dos asesinatos en grado de tentativa, un delito de lesiones con uso de armas e instrumentos peligrosos y un delito de daños con incendio, y ello como consecuencia de una acción conjunta y planificada cometida por un grupo de catorce personas encapuchadas que compartían estética e ideología nacionalsocialista, con justificación del uso de la violencia contra otras personas o grupos de personas por ser de ideología contraria o bien por ser de otras razas o de otra orientación sexual; estas personas encapuchadas, algunas de ellas integradas en grupos radicales de seguidores del fútbol –CUSOS o Brigadas Blanquiazules–, portando barras de hierro, palos y bengalas, agredieron a unos jóvenes, seleccionados por suponer que serían de ideología contraria a la que ellos profesaban.

Procede aplicar la agravante cuarta del art. 22 CP (actuar por motivos ideológicos de los atacantes), atendiendo a que:

- a) Los agresores actuaron con la exclusiva finalidad de vindicar su ideología, al margen de cualquier consideración personal. Todos los agresores comparten no solo la estética (tatuajes de simbología nazi, cabezas rapadas), sino también la ideología nacionalsocialista o neonazi, que justifica la utilización de la violencia y el terror contra personas por mantener una ideología o inclinación sexual diferente, y ese fue el motivo de que se convocara al grupo para acudir a un concierto de la extrema izquierda radical y antifascista, es decir, de una ideología opuesta, a fin de atacar a las personas que acudieran a él por considerar que profesaban o eran simpatizantes de esa ideología.
- b) La selección de las víctimas se produjo por su simbología o estética exterior.
Las víctimas no tenían ninguna relación entre ellas más allá

de su intención de asistir al concierto y tampoco tenían relación con los agresores, a quienes no conocían, de manera que este fue el único motivo de su irracional ataque.

5.3. Amenazas a colectivos (art. 170.1 CP)

Art. 170.1 CP: «Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior».

El art. 170.1 CP forma parte del conjunto de delitos específicos recogidos en el Código Penal destinados a concretar la mayor protección que el Estado puede proporcionar a la salvaguarda de las formas más graves de actos racistas o xenófobos, y regula las amenazas dirigidas contra colectivos describiéndolas de la siguiente manera: *«las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo».*

Se identifican tres elementos integrantes del tipo penal (STS de 26 de febrero de 2007):

- Se trata de un delito susceptible de ser cometido por *dolo directo*: el propósito del autor ha de ser atemorizar a todos o a buena parte de los componentes del colectivo.
- La amenaza ha de corresponderse con un *mal que constituya delito*. Desde un punto de vista estricto, debería tratarse de alguno del catálogo del art. 169 CP.
- Las amenazas proferidas deben tener la *gravedad e idoneidad* necesaria para conseguir atemorizar.

Con relación a los destinatarios de las amenazas, debe entenderse que la expresión genérica *«cualquier otro grupo de personas»* no es solo una referencia numérica, el grupo debe tener un elemento común que identifica a las personas que lo componen (interpretación que parte de la base de entender que el legislador nombra previamente en el precepto una serie de colectivos que guardan entre sí alguna afinidad).

Para que se entienda el delito consumado, no es necesario que con la amenaza se consiga efectivamente atemorizar al grupo; si se da el caso de afectar la libertad de más de una persona, atemorizándolas, procederá un concurso ideal de tantos delitos como personas amenazadas.

La figura del sujeto pasivo abarca diversas posibilidades, pudiendo tratarse de:

- Una persona concreta cuya destacada relevancia en el grupo haga que el anuncio del mal atemorice al colectivo o a buena parte de él.
- Personas que el sujeto activo, por confusión, identifica como miembros del colectivo al que pretende atemorizar.
- Personas que, sin pertenecer al colectivo, defienden sus mismas ideas.

5.3.1. *Jurisprudencia destacable*

STS de 26 de febrero de 2007, caso De Juana Chaos

- **Supuesto:** la publicación de dos artículos periodísticos en el diario *Gara* el 1 y el 30 de diciembre de 2004 cuyo autor, Iñaki de Juana Chaos, se encontraba en aquellos momentos en prisión acabando de cumplir la condena que se le había impuesto por su participación en varios atentados y delitos terroristas.
- **Fallo:** en sentencia de 8 de noviembre de 2006 de la Audiencia Nacional se concluye que estos dos artículos eran constitutivos de un delito de amenazas terroristas (art. 572.1.3 CP), y por su autoría se impuso a De Juana Chaos una pena de prisión de doce años y siete meses. Por su parte, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso interpuesto frente a esa decisión de la Audiencia (STS de 26 de febrero de 2007), rebajó la condena inicialmente impuesta a los tres años de prisión, pues consideró que se cometió un delito de amenazas no terroristas, del art. 170.1 CP, en concurso ideal con enaltecimiento del terrorismo.

Fundamentación jurídica:

- Hay unas amenazas de males constitutivos de delito expresados en la metáfora de «*quedarse sin manos*».
- La amenaza está referida a los colectivos citados como «*jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura y carceleros sin escrúpulos*».
- «*La amenaza se somete a una condición, la de que las instituciones del Estado español se marchen del País Vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado vasco independiente*», lo que es una «*pretensión permanente de ETA*», por lo que «*habrá de reputarse de inexistente a los efectos de la determinación del tipo del delito de amenazas*» y supone que sean «*no condicionales*».
- El enaltecimiento del terrorismo se cometió a la vez que el de amenazas del 170.1 CP, por cuanto en el contenido de los artículos «*hay un tono apologético respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales ingresaron en prisión*».
- En **uno de los votos particulares** –el del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez– se sostiene que el acusado debió ser absuelto del delito de amenazas, expresando ideas coincidentes con las expuestas por el magistrado Giménez García en su voto:

La Sala incurrió en contradicción con la idea de que De Juana Chaos no tenía en el momento de la redacción de los artículos la condición de integrante o colaborador de banda armada expuesta en su análisis de la existencia en el caso de un delito de integración o pertenencia a banda armada. La contradicción provendría del hecho de que tal premisa fue decisiva a la hora de atribuir al texto enjuiciado el carácter de amenazante.

Existen precedentes (como la STS de 2 de julio de 1999) donde el mismo TS concluyó que expresiones similares no eran constitutivas de un delito de amenazas.

El texto enjuiciado contiene una serie de «*inconcreciones*» que desvirtúan su pretendido carácter amenazante (su carácter simbólico o metafórico, la ausencia de un destinatario expreso de las amenazas, o la intemporalidad del mal amenazado).

5.4. Delitos contra la integridad moral (art. 173 CP): posibilidades aplicativas en supuestos discriminatorios

Art. 173.1 CP: «1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.»

*Como es sabido, el art. 173.1 CP recoge el tipo básico de **atentado contra la integridad moral cometido por particular**. Puede realizar el tipo toda conducta idónea ex ante para menoscabar gravemente la integridad moral, sin necesidad de medios comisivos determinados. Se trata de un tipo penal abierto, criticado en la doctrina y la jurisprudencia por ser poco respetuoso con el principio de taxatividad. Es calificado por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria como delito de resultado que requiere que la acción típica constituya un trato degradante.¹⁸³ No obstante, difícilmente se puede separar el menoscabo de la integridad moral de la conducta misma considerada como trato degradante.¹⁸⁴*

183. SSTS 824/2003, de 5 de junio; y 819/2002, de 5 de febrero; ATS de 24 de septiembre de 2003.

184. Véase, por todos, BOLEA BARDON, C., en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal*, PE, I, 2011, p. 158. Sobre esta problemática, véase, además, BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, 2001; DE LA MATA BARRANCO, N.; PÉREZ MACHÍO, A.S., «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal», *RP*, 2005.

En la **jurisprudencia** se ha apreciado que estamos ante un *menoscabo grave* de la integridad moral en **supuestos como los siguientes**.¹⁸⁵

- Obligar a una mujer a sentarse en una silla y cortarles el pelo sin su consentimiento en presencia de otras personas.¹⁸⁶
- Cubrir la cabeza de la víctima con una cinta de tipo esparadrapo, tumbarla sobre una cama, bajarle los pantalones y las bragas, y a continuación golpearla con una vara en las nalgas e introducirle el cañón de una pistola por el ano y la vagina.¹⁸⁷
- Obligar a la víctima a permanecer desnuda, cortarles el pelo a trasquilones, ponerle una correa al cuello y unas tijeras delante de los ojos, y amenazarla con sacárselos si no se está quieta.¹⁸⁸
- Conducir a otra persona al monte entre varios sujetos, desnudarla y pintar todo su cuerpo con espray, llegando a cortarles el pelo con unas tijeras, con la finalidad de humillarla.¹⁸⁹
- Trasladar a la víctima hasta las inmediaciones de un río y sumergirle la cabeza varias veces en el agua, de modo que le impedía respirar, y no permitirle cambiarse de ropa, lo que le produjo un fuerte constipado con proceso febril.¹⁹⁰
- Abandonar completamente desnuda a la víctima en un descampado al que previamente la habían llevado, después de obligarla a despojarse de sus ropas, sin otra compañía que la de un menor.¹⁹¹
- Golpear brutalmente a la pareja, amenazarla de muerte de forma reiterada y arrastrarla por la fuerza hasta el baño e introducir su cabeza en el inodoro.¹⁹²
- Acoso escolar (*bullying*): caso Jokin.¹⁹³

185. Todos ellos recogidos por BOLEA BARDON, C., en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal*, PE, I, cit., p. 159.

186. SAP Barcelona, 2ª, 375/2007, de 7 de mayo.

187. SAP Asturias, 8ª, 37/2005, de 19 de octubre.

188. SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 120/2005, de 7 de febrero.

189. STS 819/2002, de 8 de mayo.

190. STS 213/2005, de 22 de febrero.

191. STS 233/2009, de 3 de marzo.

192. SAP Barcelona, 3ª, de 17 de abril de 2000.

193. SAP Guipúzcoa, 1ª, 178/2005, de 15 de julio.

El delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1 CP suele venir acompañado de **atentados contra otros bienes jurídicos personales**. En el art. 177 CP se establece una regla concursal común a todos los delitos previstos en este título. De acuerdo con esta regla, *«se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos»*. Doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan esta cláusula entendiendo que cuando, además del atentado contra la integridad moral, se produce *«lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero»*, debe apreciarse un concurso *real* de delitos.¹⁹⁴

Uno de los más habitualmente *afectados* es la **integridad física**. En este contexto, la realidad práctica revela que *«se producen agresiones físicas sobre las personas que son alarmantes casos de violencia absolutamente gratuita ejecutada con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, lesionándose así gravemente su dignidad humana»*.¹⁹⁵ Ante tal circunstancia, y *«considerando que los tipos de lesiones, bien de delito, bien de falta, previstos en el Código Penal no agotan la total antijuridicidad de dichas conductas, al protegerse en ellos exclusivamente como bien jurídico la integridad física de la persona sin contemplar el ataque que aquellas conductas también suponen a su integridad moral»*, la **Instrucción de la Fiscalía Provincial de Barcelona 6/07, de 9 de noviembre, extendida a toda Cataluña en Instrucción nº 2/2012**, dispone que tales hechos deberán ser calificados *«no solo como delito o falta de lesiones, sino además como delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal, en concurso ideal del art. 77 Código Penal con la mencionada infracción de lesiones, los mencionados casos de violencia física absolutamente gratuita ejecutados con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, menoscabando gravemente su dignidad humana, y que normalmente responderán a 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca, circunstancia agravante prevista en el nº 4 del art. 22 del Código Penal que, en caso de concurrir, también deberá ser apreciada»*.¹⁹⁶

194. Recoge este punto de vista, por todos, BOLEA BARDON, C., en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal, PE*, I, cit., pp. 156 y s. En la jurisprudencia, véase, por ejemplo, la STS 824/2003, de 5 de junio.

195. Constatación realizada por la Instrucción FGE 6/2007, de 9 de noviembre.

196. En el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, de 31 de mayo de 2011 (Ministerio de Igualdad), un precepto nuevo, que serviría de enlace entre el los capítulos 1º y 2º. El precepto tendría el siguiente tenor literal: *«En*

El criterio de la Instrucción 6/07 de la Fiscalía Provincial de Barcelona, de 9 de noviembre, fue aplicado por primera vez por la **Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona 111/09, de 16 de marzo**, que condenó como autor de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de ocho meses de prisión. En el conocido caso que dio lugar a la sentencia, el finalmente condenado profirió de forma absolutamente gratuita graves insultos racistas y patadas en la cabeza a una menor de edad de nacionalidad ecuatoriana que viajaba en los Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya. La condena de primera instancia fue íntegramente confirmada por la **SAP Barcelona, 6ª, de 8 de febrero de 2010**. En la misma línea se pronuncia la **SJP nº 1 Barcelona de 16 de marzo de 2015**.

todo caso, se producirá menoscabo grave de la integridad moral de la víctima al que se refiere el art. 173.1 de este Código cuando el trato degradante se inflija por alguno de los motivos previstos en el art. 22.4ª de este Código». La justificación de este precepto fue la siguiente: «Es cierto que, en ocasiones, los supuestos en los que un sujeto inflige a otra persona un trato degradante por alguna de las causas discriminatorias previstas en el art. 22.4ª CP han sido subsumidos por una parte de la jurisprudencia en el art. 173.1 CP. No obstante, es evidente que este último precepto no constituye, precisamente, un dechado de taxatividad, prestándose, por ello, a interpretaciones contrapuestas. Esta circunstancia acaba derivando en una consideración de una parte importante de supuestos como los que acaban de ser planteados como casos con un contenido de injusto menor, merecedores, a lo sumo, de la consideración de mera falta de lesiones, coacciones o amenazas. No obstante, es evidente que ninguna de estas calificaciones jurídicas consigue aprehender íntegramente, en modo alguno, el contenido de desvalor de esta clase de conductas. Las causas discriminatorias previstas en el art. 22.4ª CP tienen su fundamento material no sólo en la protección del derecho a la igualdad real ante la ley (art. 14 CE), sino también, y fundamentalmente, de la dignidad humana (art. 10 CE). Por esta razón, puede afirmarse que los supuestos en los que un sujeto inflige a otra persona un trato degradante por alguna de las causas discriminatorias previstas en aquel precepto constituyen, por principio, atentados graves contra la dignidad humana o la integridad moral de la persona. Ello se debe a que tales atentados representan una negación misma de alguno de los principales elementos identificativos de la persona. El precepto que se propone permitirá subsumir en su tenor literal todos aquellos actos o comportamientos de violencia absolutamente gratuita ejecutada por móviles discriminatorios y perpetrada con la finalidad de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, lesionándose así gravemente su dignidad humana. Tanto si se trata de actos reiterados o permanentes de humillación o vejación a las personas por motivos discriminatorios, como de conductas ocasionales, pero de gran intensidad lesiva para la dignidad de la persona».

Tras la LO 1/2015, el **art. 510.2.a CP** castiga «*con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses [...] 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*». En los supuestos relativos a la Instrucción 6/07 de la Fiscalía Provincial de Barcelona, de 9 de noviembre, el nuevo precepto podría entrar en **concurso de leyes con el art. 173.1 CP**, que podría ser resuelto a **favor del primero en atención al principio de especialidad**.

5.5. Delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP)

Art. 314 CP: «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

5.5.1. Planteamiento

La **escasa aplicación práctica** del precepto se debe, fundamentalmente, a que adolece de *importantes deficiencias técnicas*. Algu-

nas de ellas tienen por objeto el catálogo de causas discriminatorias previsto en el tipo, la utilización de algunos términos equívocos (*empleo*), la exigencia del no restablecimiento de la situación de igualdad y, por fin, la benignidad de la pena.

5.5.2. *El catálogo de causas discriminatorias*

De forma injustificada, en el art. 314 CP se hace referencia a alguna **causa discriminatoria no prevista en la normativa social**. De modo inverso, **alguna de las causas previstas en el ET y la LISOS brilla por su ausencia en el art. 314 CP**. Sucede lo primero con la causa relativa a **«ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores»**, ya que el ET hace referencia a **«adhesión a sindicato»**, expresión no exactamente coincidente, puesto que no todo representante de los trabajadores tiene por qué estar necesariamente afiliado a un sindicato. Ocurre, en cambio, lo segundo con la **edad**, prevista como causa discriminatoria tanto en el ET como en la LISOS y sorprendentemente ausente en el art. 314 CP, a pesar de tratarse, junto al sexo, de la principal causa de discriminación en el trabajo.¹⁹⁷

5.5.3. *Carácter equívoco del término empleo*

La utilización en el precepto de la expresión **«grave discriminación en el empleo»** puede provocar *equívocos interpretativos*. Así, aunque la doctrina dominante entiende, correctamente, que **resultan subsumibles en el tipo todos aquellos actos discriminatorios producidos con ocasión de la relación laboral**, interpretación que permite aplicar el tipo, por ejemplo, a casos de conductas discriminatorias relativas al salario, los ascensos o la clasificación profesional del trabajador; un sector doctrinal minoritario realiza una interpretación restrictiva (incluso una restricción teleológica) del precepto y considera aplicable el art. 314 CP únicamente para aquellas conductas discriminatorias que tengan lugar en el acceso al trabajo o en la extinción del contrato laboral.

197. VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 9ª ed., 2009, pp. 1092 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, p. 1187.

5.5.4. **Exigencia típica de no restablecimiento de «la situación de igualdad ante la ley»**

En su actual redacción, el art. 314 CP divide la conducta típica en dos partes:

- **Activa:** «*producir una grave discriminación en el empleo*».
- **Omisiva:** «*no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado*».

Esta técnica legislativa es merecedora de una **valoración negativa**, por las siguientes razones:

- Por una parte, la exigencia legal de ambas conductas, la activa y la omisiva, prácticamente convierte el precepto en **letra muerta**, quedando reducido a una mera declaración de intenciones a favor del principio de igualdad en el ámbito laboral.¹⁹⁸
- Como consecuencia de la redacción del art. 314 CP, la posición del derecho penal frente al derecho administrativo es de **absoluta accesoriedad**. En los casos en que el autor del acto discriminatorio sea, además, funcionario público, la aplicación del precepto penal quedará completamente al arbitrio de la Administración correspondiente.¹⁹⁹
- En las escasas ocasiones en que el art. 314 CP resulta de aplicación, el derecho penal se convertirá, en este ámbito, en un **mero instrumento de refuerzo del derecho administrativo**, y se pondrá en entredicho, de este modo, uno de los principios fundamentales del derecho penal de un Estado social: el de protección exclusiva de bienes jurídicos.²⁰⁰

Además, el desdoblamiento de conductas típicas trae consigo el **posible desdoblamiento de eventuales sujetos activos**, y,

198. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 129; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de empresa*, 1995, p. 114; VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», cit., p. 1091.

199. AAP Madrid, 15ª, 682/2007, de 6 de noviembre.

200. Considera el precepto consecuente con el principio de fragmentariedad del derecho penal, sin embargo, GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal, PE, II*, 2004, p. 1293.

con ello, la aparición de **lagunas de punibilidad difícilmente asumibles**.

Así, no resulta infrecuente en la práctica empresarial que su división organizativa en esferas competenciales provoque que el órgano corporativo que produzca la discriminación en el empleo y el que tenga el deber de restituir la situación de igualdad no coincidan, de modo que ni uno ni otro puedan responder penalmente, ya que el precepto exige la concurrencia acumulativa de ambas conductas.²⁰³ A lo sumo, el obligado a restituir la situación de igualdad a requerimiento o sanción administrativa responderá como autor de un delito de desobediencia (art. 556 CP), y, de este modo, se desvirtuará la naturaleza jurídica del delito como infracción contra los derechos de los trabajadores.

La necesidad de que haya requerimiento (administrativo o judicial) o sanción administrativa obliga, por lo demás, a que el acto de discriminación tenga lugar **por alguna de las causas previstas al efecto en el Estatuto de los Trabajadores (ET) o en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)**. Esta circunstancia debería imponer la necesidad de una escrupulosa coordinación entre las causas previstas en el art. 314 CP y las recogidas en el ET y en la LISOS.²⁰² Como ya se ha apuntado, esto último, sin embargo, no ocurre.

Así, en el art. 314 CP se hace referencia a alguna causa discriminatoria que no está prevista en la normativa social. De modo inverso, alguna de las causas previstas en el **ET** y la **LISOS** brilla por su ausencia en el art. 314 CP. Sucede lo primero con la causa relativa a «*ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores*», ya que el ET hace referencia a «*adhesión a sindicato*», expresión no exactamente coincidente, puesto que no todo representante de los trabajadores tiene por qué estar necesariamente afiliado a un sindicato. Ocurre, en cambio, lo segundo con la *edad*, prevista como causa discriminatoria tanto en el ET como en la LISOS, y sorprendentemente ausente en el art. 314 CP, a pesar de tratarse, junto al sexo, de la principal causa de discriminación en el trabajo.

201. BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., Derecho penal del trabajo, 2ª ed., 1997, p. 134; GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», cit., pp. 1293 y s.

202. GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», cit., p. 1295.

La tipicidad de la conducta omisiva exige la **infracción de dos deberes**:

- Restablecer la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa.
- Reparar los daños económicos que se hayan derivado.

Esta **circunstancia es problemática** por varias razones:

- Es frecuente que el **restablecimiento de la relación laboral sea de imposible realización**, o, incluso, **contra-productivo para el trabajador**.
- Cabe preguntarse si es o no típico el supuesto en que, tras un acto de discriminación, se restablece la situación de igualdad, pero **no se repara el daño económico sufrido por el trabajador** (por ejemplo, el abono de los salarios de tramitación).
- En caso **afirmativo**, puesto que el delito tiene asignada una pena de prisión de seis meses a dos años, cabría preguntarse, a su vez, si acaso no se trataría de un supuesto de *prisión por deudas*.²⁰³
- En **sentido inverso**, la técnica legislativa empleada conduce a afirmar la atipicidad de aquellos supuestos en los que, a pesar de haberse producido una discriminación grave en el empleo, y no haberse restablecido la situación de igualdad, se habría procedido a reparar económicamente al trabajador.²⁰⁴

Otras de las **dudas** que despierta el art. 314 CP son, por ejemplo:

- ¿Qué sucede con los casos de restablecimiento parcial de la situación de igualdad (por ejemplo, readmisión de forma irregular)?
- ¿Por qué el elemento de la desobediencia se encuentra recogido exclusivamente en el art. 314 CP, y no, en cambio, en ninguno de los restantes delitos discriminatorios (arts. 510-512 CP)?

203. BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 138.

204. SAP Navarra, 1ª, 112/1998, de 28 de mayo.

5.6. Discurso de odio punible (art. 510 CP)

5.6.1. *Planteamiento*

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 510 CP pasa a englobar, entre otras conductas, las dos siguientes:

- **Provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP).**
- **Negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP).**

A continuación se expondrán los elementos más importantes del nuevo art. 510 CP tras la reforma. Posteriormente se hará lo propio con las principales cuestiones problemáticas de estos dos preceptos anteriores a la LO 1/2015.

5.6.2. *El origen de los delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP) y de negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP): Algunas referencias político-criminales*

A. *Origen de los delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP)*

El art. 510.1 CP precepto constituye, junto a otros, uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de discriminación por razón de 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.

La circunstancia de que uno de los principales bastiones de la política criminal española en la lucha contra la discriminación venga representado por un **precepto en el que se castiga la provocación a la discriminación, el odio o la violencia** no debe verse, en absoluto, como algo casual.

Por una parte, en los últimos tiempos ha ido imponiéndose en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, predominantemente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discri-

minación o el odio racial, homófobo, etc.²⁰⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de algunos Estados pertenecientes a nuestro ámbito de cultura, como, por ejemplo, **Francia, Alemania, Austria o Suiza**.

Así, por ejemplo, en el caso de **Francia** el art. 24.6 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación o el odio racial.²⁰⁶ Por lo que se refiere a **Alemania**, en el párr. 130.1 y 2 StGB se halla recogido el llamado delito de «*incitación al odio*» (*Aufstacheln zum Haß*).²⁰⁷ Por su parte, en el párr. 283.1 **ÖStGB** se tipifica el delito de provocación (*Verhetzung*).²⁰⁸ Por último, el delito de discriminación racial (*Rassendiskriminierung*) también se castiga como delito en **Suiza** a través del art. 261 bis del Código Penal suizo.²⁰⁹ Lo mismo sucede en otros países integrantes del ámbito anglosajón. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido. Claro ejemplo de ello es la *Public Order Act* de 1986. Tal norma constituye un conjunto de disposiciones relativas a la incitación al odio racial, y se erige, de este modo, en la auténtica piedra angular del sistema penal antixenófobo en el Reino Unido.²¹⁰

En buena medida, la proliferación de la técnica legislativa consistente en la tipificación de conductas de incitación a la violencia, el odio y la discriminación racial, homófoba, etc., trae causa de los **compromisos internacionales asumidos por los correspondientes Es**

205. Por ejemplo, en el caso de la incitación al odio, la violencia o la discriminación por razón de orientación sexual, tal conducta se halla tipificada como delito en doce Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Portugal, Rumanía y Suecia) y en Irlanda del Norte (Reino Unido). En otros cuatro Estados miembros (Austria, Bulgaria, Italia y Malta), la incitación al odio se criminaliza con relación a grupos concretos, entre los que no se incluye el colectivo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros). Véase, a este respecto, la información contenida en EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Incitación al odio y delitos por odio contra personas LGBT*, p. 1. fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_ES.pdf.

206. Véase el análisis de este artículo que se encuentra en LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 181 y s.

207. Sobre este precepto, véase extensamente LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 131 y ss.

208. Sobre este precepto, véase el amplio estudio de LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 158.

209. Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 162 y ss.

210. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 118.

tados en la lucha contra el racismo y la xenofobia.²¹¹ Particularmente importantes son, en este contexto:

- **Art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).**²¹²
- **Art. 1.a de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008,** relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.²¹³

211. Sobre estos, con gran detalle, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 57 y ss.

212. Este precepto reza: «[l]os Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación. b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley. c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella». La Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y entró en vigor el 4 de enero de 1969. Sobre este precepto, extensamente, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, p. 224.

213. Según este precepto, «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos 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».

De la lectura de ambos preceptos cabe extraer una conclusión común: aunque, ciertamente, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea es más concreta que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), ninguno de los dos instrumentos internacionales limita la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna. Esto es lo que explica, por ejemplo, que el tenor literal del art. 510.1 CP sea considerablemente más amplio que el del párr. 130.1 y 2 StGB.²¹⁴

Esta estrategia político-criminal contrasta abiertamente con la seguida por aquellos Estados en los que, en lugar de tipificar como delito conductas de incitación al odio racial o xenófobo, se contemplan **supuestos de agravación de la pena para determinados delitos cuando su autor los cometa impulsado por una motivación racista, xenófoba, discriminatoria**, etc. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación penal federal de los **Estados Unidos de América**.²¹⁵

Con anterioridad a 1992, algunas legislaciones penales de la Unión se acogían a la penalización de las expresiones provocadoras (*Fighting Words*). Por tales debía entenderse aquellas que causan daño o que tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz.²¹⁶ Con motivo de la resolución judicial que puso fin en 1992 al caso R.A.V. contra St. Paul, la penalización de las expresiones provocadoras fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos. El punto de inflexión jurisprudencial fue obrado por la resolución judicial que puso fin al caso R.A.V. contra St. Paul. Los hechos que dieron lugar al caso son, en síntesis, los siguientes: un grupo de amigos se reunió en las proximidades de una casa en la que vivía una familia negra y quemaron tres cruces, infringiendo, de este modo, la prohibición vigente en el Estado de realizar expresiones provocado-

214. García Álvarez, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 225. Referencias político-criminales adicionales se encuentran en ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 624 y s.

215. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 109 y ss.

216. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 109.

ras. En el juicio, los acusados sostuvieron ante la Corte Suprema que la 1ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos les permitía expresarse como lo hicieron. Desde este punto de vista, lo que era inconstitucional no era la quema de cruces, sino, en realidad, la normativa que la penalizaba. A la vista de tales argumentos, y a pesar de considerar la conducta de los acusados moralmente deleznable, la Corte Suprema acabó mostrándose, en aras del «*libre mercado de las ideas*», de acuerdo con la argumentación de la defensa y acabó acordando la inconstitucionalidad de la normativa de St. Paul.²¹⁷

Desde entonces, la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador penal antidiscriminatorio norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios.²¹⁸ Esta técnica legislativa es merecedora de una valoración completamente distinta por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tal circunstancia pudo comprobarse, por ejemplo, a propósito del caso Winconsin contra Mitchell (1993). En resumen, los hechos objeto de enjuiciamiento en tal caso se refieren a unas lesiones de hombre blanco sobre hombre negro en cuyo autor queda acreditada indiciariamente la concurrencia de motivación racista. La defensa del acusado alegó que en un caso de lesiones con móvil racista la agravación de la pena por la concurrencia en el autor del delito de dicha motivación xenófoba era contraria a la libertad ideológica y de expresión del individuo. De acuerdo con esta tesis, tal agravación representaba, en realidad, una inadmisibles muestra de derecho penal de autor, al incrementarse la pena exclusivamente en atención a la actitud interna racista del sujeto activo. Frente a tal argumentación, la Corte Suprema declaró que la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el hecho, ya que el objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto, sino el hecho objetivo lesivo del bien jurídico.²¹⁹

217. Un exhaustivo análisis de este supuesto de hecho puede encontrarse en LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 105 y ss. y 110 y s.

218. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal: a la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, 2001, p. 109.

219. Sobre este caso, véase la extensa exposición de LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 111 y 114.

Como puede comprobarse, la lucha penal contra la discriminación se construye sobre la base de una **doble precomprensión hermenéutica alternativa**:

- La **colectiva**, que persigue la evitación de situaciones de genocidio mediante la prohibición de conductas que podrían provocar situaciones que fueran su antesala. Se corresponde con aquellas legislaciones que optan por reservar a la tipificación de conductas de incitación a la violencia, la discriminación o el odio el espacio central del sistema penal antixenofobo (Francia, Alemania, Austria, Suiza).
- La **individual**, en la que el derecho penal no es sino un instrumento de promoción de la igualdad.²²⁰ Es la representada por los modelos de agravación de la pena en caso de comisión del delito por motivos discriminatorios (EEUU).²²¹

Aunque de estas dos precomprensiones la más extendida es la **colectiva**, en los últimos tiempos se asiste en los países del ámbito geográfico latino a un deslizamiento hacia la lógica más individualista. Tal es el caso, por ejemplo, de la **legislación penal española**, que, no obstante, en puridad de conceptos apuesta por un **modelo político-criminal mixto que combina elementos de las dos clases de estrategia**: la tipificación de delitos de expresiones provocadoras (como, por ejemplo, el art. 510.1 CP) y la agravación de la pena prevista para un delito cometido por motivos discriminatorios.²²²

B. Origen del delito de negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP):

Claramente marcados por la evidente influencia de la **STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman)**,²²³ el origen de los arts. 510.1 y 607.2 se encuentra en la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. La ley introdujo en el Código Penal

220. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 118.

221. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp. 110 y s.

222. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp. 118 y 130.

223. STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

el art. 165 ter CP 1973, antecedente del actual art. 510.1 CP, y el art. 137 bis,b CP 1973, precedente del actual art. 607.2 CP.

Este último precepto fue incorporado al Código Penal a través del art. 137 bis,b CP 1973, con el siguiente contenido: *«La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor; nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior (scil. delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito».*

Los preceptos introducidos por la LO 4/1995 fueron posteriormente modificados por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adoptando entonces su actual tenor literal. La principal modificación de ambos preceptos tuvo por objeto la supresión de la apología en los dos casos, y la desvinculación formal de ambos preceptos con respecto al concepto de provocación previsto como acto preparatorio punible en el art. 18.1 CP.²²⁴

La incorporación al Código Penal de estos dos preceptos respondió, en palabras de la **exposición de motivos de la LO 4/1995**, a:

- *«La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi [que] obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella».* Para la exposición de motivos, *«[e]llo resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre».*
- Continúa afirmando que *«[p]or desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifesta-*

224. Sobre la evolución de los antecedentes legislativos de los actuales arts. 510.1 y 607.2 CP hasta el actual tenor literal de estos preceptos, véase, por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23 (2009), p. 122; ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», cit., pp. 624 y s.

ciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país».

- Esta circunstancia, así como la **creciente proliferación de actos de violación grave del derecho internacional humanitario**, obligaría al Estado español «*a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional*», y cita, a tal efecto, la doctrina sentada por la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman).²²⁵

5.6.3. **El nuevo art. 510 CP tras la LO 1/2015**

«Artículo 510.

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 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.*
- 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*

225. Sobre esto, véase GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222.

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.

- c) *Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

2. *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.*
- b) *Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. *Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.*

4. *Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.*

5. *En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*

6. *El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.*

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

Artículo 510 bis

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.»

A. Tipos básicos

Tras la reforma, el tenor literal del **art. 510.1 CP** queda **considerablemente ampliado**. El nuevo precepto, además de hacer referencia, entre los motivos discriminatorios, a las **«razones de género»**, se divide ahora en **tres apartados**:

- En el primero (**a**) se tipifican las conductas de **«fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia»**. La **incitación** equivaldría a la provocación de la anterior redacción del precepto. El fomento y la promoción constituyen, en cambio, conductas de favorecimiento más indirectas. Todas estas conductas pueden ser **directas o indirectas** y deben realizarse, en todo caso, **«públicamente»**. Con la reforma queda del todo claro que el delito es autónomo de la provocación al delito como acto preparatorio punible, prevista en el art. 18 CP. A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, la conducta puede recaer no solo sobre un colectivo, sino también sobre alguno de sus concretos integrantes. Además, el nuevo art. 510.1.a CP añade a los motivos discriminatorios las **«razones de género»**.
- En el segundo apartado (**b**) se tipifica la producción, elaboración, posesión para distribuir o facilitar el acceso a terceros, distribución, difusión o venta de material idóneo para la realización de alguna de las conductas previstas en el apartado *a*. En el nuevo apartado tendrán un más cómodo encaje, por ejemplo, supuestos como los de las librerías Europa y Kalki, que antes de la reforma solo podían subsumirse (aunque forzosamente) en los arts. 510.1 (antecedente del actual apartado art. 510.1.a CP) y 607.2 CP (antecedente del actual apartado art. 510.1.c CP).
- Finalmente, en el tercer apartado (**c**) se castigan los delitos de **negación, trivialización grave o enaltecimiento** de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas

o bienes en caso de conflicto armado. En este apartado se tipifican, junto a otras, algunas de las conductas previstas antes de la reforma en el art. 607.2 CP, que pasan a integrarse, por tanto, en el nuevo art. 510 CP. La diferencia fundamental entre ambos preceptos reside en la ausencia en el nuevo de la **justificación**, y la presencia ahora de la **trivialización** y el **enaltecimiento**. Además, el nuevo apartado castiga conductas referidas no solo al genocidio (como hacía el anterior art. 607.2 CP), sino también a los delitos de lesa humanidad y los llamados «*crímenes de guerra*».

En relación con la **negación**, la **STC 235/2007**, que resolvió el recurso de amparo del caso de la librería Europa, consideró contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión la tipificación de la mera **negación** del genocidio, esto es, la que no implicase incitación al genocidio. El nuevo precepto exige que «*de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*». Con ello, se adecúa, en esencia, a lo exigido por la STC 235/2007 y a la Decisión Marco, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. En concreto, la STC 235/2007 exigió, a tal efecto, que se produzca «*con ensalzamiento de los genocidas, descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas*» (FJ 6) y «*que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*» (FJ 8).

La **trivialización** consiste en cualquier conducta por la que se minimice o reste importancia a hechos tan graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra. La trivialización ha de ser «**grave**».

Por último, la conducta de **enaltecimiento** implica la realización de loanza o encumbramiento de actos de genocidio, lesa humanidad o de guerra. El tipo también prevé el enaltecimiento **de sus autores**. En este último caso, el término **autor** deber ser interpretado en sentido amplio o legal, comprensivo del autor en sentido ontológico (directo, mediato o coautor), el inductor y el cooperador necesario (art. 28 CP, en relación con el art. 61 CP). Queda fuera, en cambio, el enaltecimiento del **cómplice**. Es preciso, además, que el enaltecimiento del autor tenga por

objeto su vinculación a algún acto de genocidio, lesa humanidad o de guerra.

Nótese que, a pesar de la doctrina sentada por la STC 235/2007, en el nuevo art. 510.1.c CP no se recoge la **justificación** de actos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, o de sus autores. En modo alguno puede entenderse que, para ser típicos, la negación, la trivialización o el enaltecimiento deban implicar, necesariamente, justificación del delito o de sus autores.

Tras la reforma, el **art. 510.2 CP** sigue tipificando conductas que atentan contra el honor o la dignidad de colectivos por razones discriminatorias, aunque también (como ocurre con el art. 510.1 CP) con un **tenor literal más amplio**. El nuevo precepto se divide en **dos apartados**.

- En el primero (**a**), primer inciso, se castiga cualquier conducta de «**humillación, menosprecio o descrédito**» objetivamente adecuada para lesionar la dignidad de alguno de los grupos previstos en el art. 510.1 CP o de alguno de sus miembros, por alguno de los motivos discriminatorios precisos en el tipo. Para la interpretación de los términos *humillación, menosprecio o descrédito* deberá estarse a la **doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor**. En el **segundo inciso del apartado** se castigan con la misma pena los actos preparatorios previstos en el art. 510.1.b CP, aunque en este caso referidos a la conducta prevista en el inciso primero del art. 510.2.a CP.
- En el **art. 510.2.b CP** se castiga el **enaltecimiento o justificación de cualquier delito** cometido contra un colectivo, una parte de este o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo. A diferencia de lo que sucede con el enaltecimiento, la justificación implica una valoración positiva del acto, así como una cierta vocación de despertar en terceros idéntica valoración. Diversas son las **diferencias** entre este supuesto y el previsto en el art. 510.1.c CP. Por una parte, en este último precepto no se castiga la **justificación**, cosa que sí sucede con el art. 510.2.b CP. Por otra, las conductas del art. 510.1.c CP van referidas a actos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, mientras que las del art. 510.2.b CP deben tener por objeto **cualquier**

otro delito que se haya cometido por alguno de los motivos discriminatorios previsto en el tipo. Ambas conductas pueden ser realizadas *«por cualquier medio de expresión pública o de difusión»*.

- Cuando alguna de las conductas previstas en el art. 510.2 CP sea objetivamente adecuada para *«promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación»* contra los colectivos de referencia, la pena asignada será la prevista en el art. 510.1 CP. Ello no debe extrañar, desde el momento en que bien podría decirse que tales supuestos normalmente serán, de hecho, de *«fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia»* (art. 510.1.a CP). No obstante, nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 510.1.a CP, el tipo agravado del art. 510.2 CP que ahora nos ocupa no se refiere al supuesto de que la conducta no sea objetivamente adecuada para afectar al grupo, sino a una parte de este o alguno de sus miembros. Ello se corresponde con la exigencia de que la conducta tienda a la creación de un *«clima»* de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por tal debe entenderse una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contra los colectivos protegidos.

B. Tipos agravados

En el nuevo **art. 510.3 CP** se tipifica un tipo agravado consistente en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores *«a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas»*.

Teniendo en cuenta que en algunos apartados del art. 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada *«públicamente»* (1.a, 1.c) o *«por cualquier medio de expresión pública»* (2.b), debe entenderse que la publicidad del art. 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un **número masivo de personas**. En esta línea, la referencia a **Internet** o el *«uso de tecnologías de la información»* alude a medios tales como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos de comunicación pública similares.

Más dudosa es, en cambio, la referencia a un **«medio de comunicación social»**, que bien podría considerarse sinónima del término **«públicamente»** (1.a, 1.c) o la expresión **«por cualquier medio de expresión pública»** (2.b). En cualquier caso, la aplicación del art. 510.3 CP exige que el empleo del medio haga **«accesible»** el hecho **«a un elevado número de personas»**. Ello sucede, por ejemplo, con medios de comunicación tales como la televisión, la radio o la prensa escrita. Así las cosas, y por exclusión, el carácter necesariamente **«público»** de las conductas previstas en el art. 510.1.a y c, y art. 510.2.b CP deberá referirse únicamente a aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Podrían incluirse en esta categoría casos como, por ejemplo, ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, pero no masivo.

El nuevo **art. 510.4 CP** prevé un tipo agravado para los supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública con el fin de crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. De este nuevo tipo agravado se deduce lógicamente que, en contra de lo que sugería un sector doctrinal con respecto al art. 510.2 CP anterior a la reforma, **tal idoneidad no es precisa, en cambio, para el tipo básico de provocación al odio, hostilidad, discriminación o violencia**. Basta con que la conducta sea adecuada para provocar alteración de la paz o sentimiento de inseguridad, sin que se precise, en cambio, la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses.

C. *Pena de inhabilitación y medidas interdictivas*

En el art. 510.5 CP se prevé la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de determinadas profesiones.

En el **art. 510.6 CP** se prevé la **medida interdictiva** consistente en la posible **inutilización o destrucción judicial** del material resultante de la comisión del delito o la del medio a través del cual haya sido cometido. En el caso de que se trate de medios tecnológicos, el nuevo precepto permite el bloqueo del acceso al servicio o su interrupción, siempre que en él se difundan los contenidos a los que se refiere el art. 510 CP de forma **«exclusiva o preponderante»**.

D. *Responsabilidad penal de personas jurídicas*

El **nuevo art. 510 bis CP** prevé la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** por los delitos previstos en el art. 510 CP, de acuerdo con las vías de imputación previstas en el art. 31 bis CP.

5.6.4. *Escenario anterior a la LO 1/2015*

A. *Delito de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP)*

Disponía el art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 que «*[l]os 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*».

A.1. Algunas preguntas

a) ¿Debía ser interpretada la «provocación» del art. 510.1 CP en estricta correspondencia con el art. 18.1 CP?

Antes de la LO 1/2015, uno de los principales problemas hermenéuticos que planteaba el art. 510.1 CP residía en el empleo del término **provocar** para la descripción de la conducta típica. Mediante este término, el legislador estaría haciendo referencia a un concepto, el de la *provocación*, que ya se encuentra definido en el Código Penal, y al que el art. 510.1 CP no puede sustraerse. Una **interpretación sistemática del art. 510.1 CP con el art. 18.1 CP**,²²⁶ permitiría concluir que en el primero de los dos preceptos se encuentra tipificado un acto prepara-

226. De conformidad con lo dispuesto en este precepto, «*[l]a provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*».

torio punible: la provocación a la comisión de delitos de discriminación, de odio o con violencia contra grupos o asociaciones por los motivos previstos por el legislador.²²⁷

Tal circunstancia conducía a una **doble inconsecuencia**:

- Por una parte, la técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 510.1 CP obligaría a preguntarse cuáles son los delitos en preparación recogidos en el precepto. Este se refiere a la provocación «*a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones [...]*». Aunque los «*delitos de discriminación*» no se encuentran expresamente recogidos en el Código Penal bajo una rúbrica específica, no resulta en absoluto imposible identificar cuáles son los delitos que podrían ser clasificados bajo tal denominación. Se trata, además del previsto en el art. 510.1 CP, de los recogidos en los arts. 314 (delito de discriminación grave en el trabajo), 510.2 (difusión de informaciones injuriosas por motivos discriminatorios), 511 (denegación de servicio público por motivos discriminatorios), 512 (denegación de servicio por motivos discriminatorios en el marco de actividad profesional o empresarial) y 515.5 (asociación ilícita promotora de la discriminación) CP. Lo mismo ocurre con lo que podría denominarse delitos que admitan medios violentos de comisión, que no serían otros que todos aquellos para los que dicha posibilidad se encuentre prevista en el Código Penal. Sin embargo, pese a la existencia de algún intento *de lege lata*²²⁸ y de alguna demanda inculpativa *de lege ferenda*, la referencia a la provocación a la comisión de

227. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 76; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», cit., pp. 2426 y s.; CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, cit., p. 1028; JUDEL PRIETO, A., «Comentario al artículo 510 CP», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal*, PE, II, 3ª ed., 2005, p. 637; TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al artículo 510 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal*, PE, III, 5ª ed., 2008, p. 937; TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al art. 510 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, 2009, p. 1967; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18ª ed., 2010, p. 841.

228. COLINA OQUENDO, P., «Comentario al artículo 510 CP», en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.); MARTÍNEZ GUERRA, A. (coord.), *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., 2009, p. 1364, que, siguiendo la SAP Barcelona, 3ª, de 5 de marzo de 2008 (primera sentencia firme en el caso de la librería Europa), interpreta la provocación al odio pre-

«delitos de odio» resulta mucho más problemática, ya que en el Código Penal español dicha categoría no existe.²²⁹

- Por otra parte, concebido como un delito de provocación para cometer un delito de discriminación o con violencia (esto es, como un acto preparatorio), la pena prevista en el art. 510.1 CP (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses) vulneraría de forma evidente el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este punto de vista, si la regla general del CP español es que los actos preparatorios punibles (la provocación lo es, de conformidad con lo previsto en el art. 18 CP) sean castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente, tal regla no se cumpliría, por ejemplo, cuando el delito objeto de provocación tuviera señalada una pena leve. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de daños, castigado con una pena de multa de seis a veinticuatro meses (art. 263 CP). Además, cuando el delito provocado llegue a cometerse, la provocación se convertirá en inducción, de acuerdo con lo previsto en el art. 18.2, párr. 2 CP («[s]i a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción»). Con ello, la desproporción de la pena prevista en el art. 510 CP se haría todavía más evidente. Por ejemplo, en el caso del delito de daños ya mencionado, el inductor deberá ser castigado, como máximo, con la pena prevista para el autor del delito (multa de seis a veinticuatro meses).²³⁰

b) ¿Era la redacción del art. 510.1 CP suficientemente taxativa?

Frente a la redacción del art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 se objetaba, además, que el precepto resulta dudosamente compatible con algunos de los más elementales principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho.

vista en el art. 510 CP como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de un delito de injurias.

229. En este sentido BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 81 y s.; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al art. 510 CP», cit., p. 1275; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 2428.

230. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 84 y s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997, p. 34.

- Concretamente, solía afirmarse que la *expresión* «*provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia*» adolecería de un **contenido altamente indeterminado**, que resulta difícilmente compatible con el **mandato de determinación de la Ley penal**.²³¹
- Se sostenía, además, que la referencia expresa en el art. 510.1 CP al «*antisemitismo*» tampoco se compadece bien con el principio de intervención mínima del derecho penal: paradójicamente en un tipo que protege precisamente el derecho fundamental a la no discriminación, tal expresión parece dotar de protección injustificadamente privilegiada (probablemente por razones históricas) a la comunidad judía frente a otros colectivos.²³²
- Por fin, se destacaba que el precepto preveía una consecuencia jurídica común para la tres modalidades delictivas, a pesar de que el contenido de injusto de las conductas de provocación a (delitos de) discriminación será, por lo general, sensiblemente inferior al que corresponde a las conductas de provocación a (delitos de) violencia (homicidio, lesiones, delitos contra la libertad, etc.). Se incurriría, con ello, en una contradicción axiológica aparentemente vulneradora del principio de proporcionalidad.²³³

c) ¿Era el delito previsto en el art. 510.1 CP un exponente de derecho penal de autor?

Según defiende una parte de la doctrina, puesto que el tenor literal del art. 510.1 CP no exigía que la provocación lo sea a actos o delitos de discriminación, odio o violencia, sino solo a estas tres últimas, de dicho tenor literal se desprende que lo que ha querido sancionar el legislador penal no es sino la incitación a terceros para que muestren una actitud interna de discriminación, odio o violencia hacia determinados colectivos minoritarios. De acuerdo con este último argumento, el art. 510.1 CP parecería prohibir, literalmente la conducta consistente en despertar en terceros una actitud interna de rechazo

231. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 34.

232. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 32; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 81 y s.; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 127; DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español, PE*, 2ª ed., 2005, p. 1055; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, cit., p. 840.

233. DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 1055.

hacia personas de otra raza u orientación sexual, sin necesidad de que tal actitud interna acabe traducéndose en la comisión de delito discriminatorio o violento alguno. Según esta posición, sin perjuicio de que desde un punto de vista moral dicha incitación, o los sentimientos o actitudes internas objeto de ella puedan ser merecedores del más severo de los reproches, su prohibición bajo amenaza de pena podría ser entendida como una muestra de derecho penal de autor protector de intereses exclusivamente morales.²³⁴

A.2. Algunas respuestas

a) Sobre los límites del concepto de derecho penal de autor

En el debate sobre si el delito previsto en el art. 510.1 CP constituye o no un exponente de derecho penal de autor, quienes defienden la primera de estas dos posturas suelen partir, de forma prácticamente apriorística, de la premisa de que la conducta típica (provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra colectivos minoritarios) no constituye, en realidad, un hecho, sino una actitud interna discriminatoria. Ciertamente, si tal premisa fuera correcta, no cabe duda alguna de que la tipificación como delito de las conductas previstas en el art. 510.1 CP debería ser declarada inconstitucional, por contrario al principio de culpabilidad. Sin embargo, que esta conclusión sea correcta no es algo incuestionable.

La estricta aplicación de esta doctrina al delito previsto en el art. 510.1 CP conduce a afirmar que el precepto que ahora nos ocupa **no castigaba con pena a quien se limitara a mostrar una actitud interna de discriminación, odio o violencia hacia determinados grupos minoritarios**. Aunque ciertamente las más elementales reglas de la experiencia indican que quien trate de fomentar en otro una actitud discriminatoria o de odio hacia determinados colectivos lo hará impulsado por una actitud interna xenófoba, homófoba, etc., lo que se halla tipificado en el art. 510.1 CP no es la actitud interna de quien realiza la provocación, sino la incitación a que otros acaben mostrándola. El objeto de la prohibición penal no es, por tanto, como exige el concepto de derecho penal de autor expuesto *supra*, una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino la **realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto**.

234. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81; DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 1056.

Por una parte, el llamado ***discurso del odio***, entendido como incitación a la discriminación, odio o violencia racial, xenófoba, homófoba, etc., no queda amparado, por principio, por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Recuérdese, a este respecto, lo ya mencionado *supra* sobre los límites del derecho a la libertad de expresión: las manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o las que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro.²³⁵

235. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», *RAD*, 6, 2010, p. 1. También la STEDH de 17 de diciembre de 2013 (caso Perinçek contra Suiza), recuerda en su fundamento nº 46 que los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados democráticos. Debe recordarse, a este respecto, que el discurso del TEDH ha experimentado una evolución en torno al tratamiento que ha dado a los diferentes casos que se han ido sucediendo y que han tenido como objeto de tratamiento el discurso del odio. En un primer momento, el TEDH entendió que el discurso del odio cabía apreciarlo en aquellos supuestos en los que se estaba incitando a la violencia; pero, posteriormente, modificó tal consideración, varió los presupuestos de su propia jurisprudencia sobre libertad de expresión y disminuyó el grado de protección atribuido a la expresión política; y puede determinarse como punto de inflexión de todo ello el año 2009. Así, en la STEDH de 16 de julio de 2009, del caso Féret contra Bélgica –que examinaba el supuesto en el que los inmigrantes eran objeto de insultos y vejaciones por parte del candidato político Féret–, se consideró irrelevante el criterio de incitación a la violencia y se apreció que en el caso de tratarse de víctimas susceptibles de configurar grupos vulnerables o categorías sospechosas, el discurso de odio existe sin necesidad de concurrir tal criterio (formulándose tres votos particulares). Concluye el TEDH que las condenas a Féret son acordes con el art. 10 CEDH, por cuanto *«el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral. La incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos»*. Tal interpretación se consolida posteriormente con la STEDH de 9 de mayo de 2012 (Vejdeland y otros contra Suecia), en la que ya no hay voto particular alguno. Aquí el TEDH reconoció que la propaganda emitida en una escuela secundaria por varios escolares en contra de personas homosexuales a las que se culpó de ser causantes del sida y el VIH disponía contenidos inaceptables. En esta resolución se destaca la necesidad de proteger a un sector de la población amenazado a consecuencia del discurso del odio declarando: *«La incitación al odio no necesariamente implica un llamado a la violencia y otros*

Por otra, difícilmente puede afirmarse razonablemente que castigar la realización de manifestaciones que atenten gravemente contra la dignidad, libertad o seguridad de los individuos o colectivos a los que se dirigen equivaldría, por principio, a sancionar una mera actitud interna moralmente reprochable o una simple expresión ideológica éticamente censurable. Poner en peligro la dignidad, libertad o seguridad de un colectivo de modo típicamente relevante mediante la expresión de manifestaciones xenófobas u homófobas es algo más que mostrar una mera actitud interna de xenofobia u homofobia. Desde la perspectiva liberal del derecho penal del hecho, no es legítimo intervenir penalmente para sancionar personalidades moralmente censurables, como, por ejemplo, la personalidad racista, la homófoba, etc. No es admisible sancionar penalmente al racista o al homófobo por el mero hecho de mostrar una actitud interna de desprecio hacia quienes son de otra raza u orientación sexual. Sin embargo, nada impide al Estado intervenir penalmente si dicha personalidad discriminatoria se traduce en la realización de actos del mundo exterior que menoscaban derechos fundamentales del individuo y que, por ello, no son merecedores de la cobertura que en otro caso sí brinda el derecho fundamental a la libertad de expresión.

b) El delito de provocación discriminatoria como *delictum sui generis*

Las insatisfactorias consecuencias derivadas del carácter eventualmente accesorio del elemento «*provocación*» del art. 510.1 CP con respecto al concepto previsto en el art. 18 CP pueden ser evitadas si se concibe el delito de provocación del art. 510.1 CP no como un caso particular de provocación como acto preparatorio punible recogido en el art. 18.1 CP específicamente previsto en la Parte Especial del Código Penal, sino como un ***delictum sui generis autónomo del art. 18.1 CP***.²³⁶ De acuerdo con esta idea, en el art. 510 CP el legislador habría pretendido tipificar, de forma autónoma al art. 18 CP, una conducta dis-

actos criminales. El ataque a personas cometido mediante el insulto, exponiendo al ridículo o a la difamación de grupos específicos de la población es suficiente razón para que las autoridades combatan el discurso racista de frente a la libertad de expresión ejercida en una manera irresponsable».

236. En la jurisprudencia, esta postura fue defendida por el AAP Barcelona, 8ª, de 5 de septiembre de 2012 (caso García Albiol). Sobre el concepto *delictum sui generis* y su capacidad de rendimiento en la dogmática actual, véase, por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., «LA DOCTRINA DEL "DELICTUM SUI GENERIS": ¿QUEDA ALGO EN PIE?», *RECPC*, 7 (2005), con amplias referencias bibliográficas.

tinta, dotada de un contenido de injusto propio, con sustantividad propia. Resultaría contraria a la voluntad del legislador, por tanto, la restricción teleológica del precepto realizada por el sector doctrinal apuntado *supra*. La ley pretende castigar la provocación a la discriminación, la violencia y el odio discriminador, no la provocación a la comisión de delitos de discriminación, con violencia o de odio. De acuerdo con esta tesis, el delito de incitación al odio del art. 510 CP no sería un delito de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminación y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas.²³⁷

A.3. Jurisprudencia destacable

Las sentencias más importantes que afectan a la aplicación del art. 510 CP centran su análisis en los límites de los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE. En este manual se dedica un apartado específico en el punto 2.12 «*discurso del odio*», donde se analiza la jurisprudencia nacional e internacional más relevante al respecto.

STS de 12 de abril de 2011

Absuelve a todas las personas condenadas en su día por la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2009, en la que se les condena por delitos de provocación al odio, la violencia y la discriminación del art. 510 CP, por delito de difusión de ideas que justifican el genocidio del art. 607.2 CP y por delito de asociación ilícita del art. 515.5.

237. De esta opinión, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp.134 y s.; LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, 1996, pp. 250 y ss. En idéntico sentido se pronuncian las dos sentencias dictadas en apelación respecto al caso de la librería Europa: las SSAP Barcelona, 3^a, de 5 de marzo de 2008, y 2^a, 259/2010, de 26 de abril. Las resoluciones confirmaron la condena por el delito de justificación del genocidio (art. 607.2 CP) y revocaron la relativa al delito previsto en el art. 510.1 CP, por entender que, en todo caso, los hechos no fueron objetivamente idóneos para provocar el inicio de procesos agresivos y de hostilidad contra las víctimas del genocidio justificado.

En la sentencia se absuelve a los acusados sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) No es aplicable el art. 607.2 CP si la difusión de ideas que justifiquen conductas discriminatorias no va acompañada del propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso propio del genocidio, y no se desarrollan, o se debieran desarrollar, mediante la ejecución de las conductas típicas del art. 607.1 CP.
- b) No basta para incurrir en la conducta punible prevista en el art. 607.2 CP con difundir ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio, o que mediante afirmaciones u opiniones favorables simplemente lo disculpen o lo vengan a considerar un mal menor. Es preciso, además, que, bien por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o sus integrantes.
- c) El art. 510 CP requiere una incitación directa a la comisión de hechos delictivos concretos, es decir, una provocación conforme al art. 18 CP.
- d) Prevalencia del derecho de libertad de expresión: tal y como señala Manuel-Jesús Dolz, fiscal del Tribunal Supremo,²³⁸ *«la opinión mayoritaria de la Sala, fuertemente condicionada por la interpretación que hace de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su Sentencia 235/2007, se ha inclinado por entender que las innegables manifestaciones de esta ideología del odio contra el pueblo judío y homosexuales están amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión, dado que según este parecer, no existen evidencias de actos concretos que pongan en peligro real el bien jurídico protegido aunque sí consideran que puede haberse vulnerado el derecho al honor de estos colectivos, insinuando una reparación por la vía civil. El voto particular, por el contrario, estima que los hechos, que nadie niega, encajan en los delitos por los que fueron condenados al exlramitarse del derecho a la libertad de expresión y poner en peligro los bienes jurídicos protegidos»*.

238. Diario *La Ley*, nº 7721, de 24 de octubre de 2011.

Entre los *hechos probados* de la sentencia de la Audiencia de Barcelona destacaban los siguientes:

«[...] O. P. G. mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de propietario y administrador del establecimiento “Librería Kalki”, Barcelona, local que tenía arrendado, entre los meses de enero y julio de 2003 procedió a la distribución y venta de todo tipo de publicaciones en las que se disculpan los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen del Tercer Reich de la Alemania nazi contra el pueblo judío y otras minorías, con exaltación y justificación del régimen nazi, así como otras publicaciones que incitan a la eliminación del pueblo judío y que tienen por finalidad generar discriminación, odio e incitar a la violencia tanto contra el pueblo judío, y se propugna la reinstauración de regímenes totalitarios basados en la supremacía de una raza disculpando el exterminio o la exclusión de las demás, propugnando asimismo la discriminación e incitando al odio contra otros grupos de personas como los negros, los homosexuales, los enfermos y dementes.»

En los libros intervenidos por la policía en la citada librería se reflejaban textos del siguiente tenor:

«¡Tomad las armas en la mano! Porque los judíos depredan horriblemente en la Patria Alemana.»

«Luchamos por Hitler, por trabajo y pan. ¡Alemania despierta! ¡Y a Judá la muerte! ¡Pueblo al fusil!»

«¡La cruz gamada es la bandera, para la cual vivimos, morimos! La llevamos orgullosos como máximo galardón un memento mori es casi para los judíos especuladores, criminales, esbirros!»

«Se repite una y otra vez el mitológico infundio de los seis millones de víctimas judías ejecutadas en cámaras de gas, que ni aun sus inventores se atreven a aceptar ya como plenamente verosímil y demostrable, ante la ausencia de verdaderas pruebas, la imposibilidad de fabricarlas, y la existencia de numerosos testimonios, evidencias y demostraciones fehacientes en su contra. Todavía grupos de activistas y terroristas judíos asesinan o golpean en calles oscuras y apartadas a quienes opinan lo contrario y tienen el valor de decirlo públicamente.»

«Una primera condición se impone: eliminar a los judíos.»

«Una nación que no elimina a los judíos acaba tarde o temprano, siendo devorada por ellos [...].»

«[...] los judíos se acentúan ciertas taras debido a los numerosos cruzamientos consanguíneos, a la endogamia: alto porcentaje de individuos con pies planos; tendencia al encorvamiento; labio inferior colgante,

orejas grandes; fimosis y parafimosis, y olor conocido científicamente como foetor judaicus (hedor de judío).»

«Las condiciones artificiales de vida que ha creado permiten la supervivencia de individuos biopsíquicamente inferiores que, en otros tiempos, habrían desaparecido. La medicina, si se le ocurre, a veces, salvar... a seres de valor, víctimas de accidentes biológicos, más a menudo sostiene a los débiles, los tarados y los degenerados, permitiéndoles así vivir, lo que no tendría demasiada importancia, pero también procrear y corromper las generaciones venideras.»

«El político negro que posee un transistor, viaja en avión y se viste en una elegante sastrería de Londres se imagina, con un infantilismo al que reconocemos su buena fe, que se ha convertido en nuestro igual. Tal puerilidad anima la oratoria utilizada para estuprar a nuestras embrutecidas masas, y oímos que son gente como nosotros, que ya come con educación y hasta se lava los dientes. Pero aunque la mona se vista de seda [...] No cabe ninguna duda de que si nosotros, los blancos de Europa, debiéramos abandonar totalmente África a su suerte, dentro de muy pocas generaciones volvería al estado primitivo de donde la hemos sacado.»

«[...] Luchamos, como nacionalsocialistas y hombres de la SS por una vida conforme a nuestra especie, contra toda intrusión psíquica extranjera y contra la mezcla de las razas [...].»

«[...] estos niños-niñas, adoptados por maricones y tortilleras, suelen acabar ya de niños, adolescentes y adultos en las camas de sus padres-madres duplicados, o prostituidos por estos en esas direcciones.»

«[...] EL MALTRATO A LAS MUJERES Y LAS MUJERES MALTRATADAS. Vaya coñazo de paliza mediática que nos están dando y nos toca soportar. Lo que se trata es de cantar derechos para unas y amenazas para otros que viven ya acojonados ante la posibilidad de que la mujer, el putón de turno, la haragana, la concubina y demás compañeras sentimentales, se rasguen el vestido, se den un golpe, o que por maltratos psicológicos –como decirle que no tiene razón o que se calle de una puñetera vez– se vayan a la comisaría donde una mujer enfistolada las atenderá y el pobre hispanicus macho o manso, denunciado habrá bebido aceite y hasta puede que cárcel [...] como si las mujeres fueran negros, deficientes, inválidos o subnormales –por decreto en este caso– incapaces de ser y valerse, por sus méritos, condición y propia valía... ¿Qué pretenden las marimachos, feministas, femine-ras y sus mansos, acabar de manera definitiva con la feminidad?»

«[...] El homosexualismo es una desviación producida normalmente por una enfermedad sexual de la persona [...].»

«[...] los judíos son una raza tan pestilente, leprosa y públicamente peligrosa que merecen ser arrancados de raíz y destruidos antes incluso de su nacimiento.»

La citada sentencia, única hasta el momento sobre el art. 510 CP, hace una interpretación restrictiva del citado precepto. La sentencia contaba con un interesante voto particular del magistrado Martínez Arrieta en el que discrepaba de la decisión mayoritaria y exponía abundantes argumentos basados en fundamentos de derecho internacional público para sostener su posición a favor de condenar a los acusados.

STS de 10 de mayo de 2011 (caso Blood & Honour)

Sigue una doctrina muy diferente a la anterior: confirmaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2010 en la que condenaba a varias personas que formaban la sección en España del grupo internacional Blood & Honour por delito de asociación ilícita del art. 515.5 CP, es decir, asociarse para provocar al odio, la violencia o la discriminación.

En la sentencia se dice que Blood & Honour, desde el punto de vista de su ideario, *«enlaza directamente con el nacionalsocialismo de la Alemania Hitleriana con una absoluta devoción para quien fuera su máximo representante, promoviendo tanto la superioridad de la raza aria, entendido como raza blanca, como la inferioridad de las otras razas y en particular del mestizaje, así como el rechazo fóbico y la violencia hacia el inmigrante, y la maldad intrínseca de la raza judía a la que se presenta como el enemigo invisible que debe ser combatido, negando activamente la comisión del genocidio judío por parte del III Reich alemán»*.

También se declara probado que organizaban «conciertos en los que intervenían grupos de música Oi! y RAC, correspondiendo esta última a *Rock Against Communism (Rock Contra el Comunismo o Rock Anticomunista)*, corriente musical nacida al amparo de la formación política *National Front*, que reunía a un amplio aspecto de nacional-socialistas ingleses, caracterizándose las letras por incluir referencias a las ideologías nacionalsocialista, fascista y racista con explícita incitación a la violencia frente a los inmigrantes o a los judíos, vendiéndose igualmente discos con dicha música».

La sentencia de la Audiencia, confirmada esta vez por el Tribunal Supremo, declara que concurren los requisitos materiales, además de los formales, para conceptuar a la organización enjuiciada como una asociación con existencia real y efectiva, cuya actividad tiene pleno encaje en el tipo penal recogido en el art. 515.5 CP 1995, que establece unos límites al derecho de asociación no en sí mismo considerado, pero sí en sus manifestaciones, y que resulta plenamente acorde con lo dispuesto en el art. 16.1 CE, al establecer como límite a las manifestaciones de la libertad ideológica el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, y en el art. 20 CE, como límite

a la libertad de expresión, el respeto a los demás derechos reconocidos en el título I, los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

El Tribunal Supremo, en la referida sentencia, siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, señala que: «*No se trata de establecer una democracia militante, que imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico, y en primer lugar a la Constitución, STC 48/2003, de 12 de marzo, pero sí de excluir de la garantía que supone el artículo 20.1 de la CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, STC 214/1991, de 11 de noviembre.*».

STS de 28 de diciembre de 2011 (caso Hammerskin)

En la misma línea que la anterior, confirmaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2010, en la que condenaba a varias personas que formaban la sección en España de la asociación internacional Hammerskin por delito de asociación ilícita del art. 515.5 CP, es decir, asociarse para provocar al odio, la violencia o la discriminación.

El Tribunal Supremo señala que la asociación difunde el «**discurso del odio**» y recuerda las SSTS 372/2011, de 10 de mayo, denominada Skin Heads Blood and Honour España, y 224/2010, de 3 de marzo, con relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

Los condenados formaban parte de la asociación denominada Hammerskin España, no legalmente constituida, de ideología nacional-socialista, que cree en la supremacía de la raza blanca, y tiene por finalidad extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la *organización de conciertos de música* en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología, con distribución de discos y publicaciones a tal fin.

Las letras de las canciones que se interpretaban en los conciertos tienen, respectivamente, como tema la supremacía del hombre blanco; en contra del comunismo y el sionismo financiero; la lucha

contra la inmigración; la lucha hasta la muerte, a semejanza de la División Azul; la defensa de la raza aria; la fidelidad a la raza europea; el enfrentamiento a la policía; el poder blanco; en contra del mestizaje racial con el lema del Ku Klux Klan: «*Debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para los niños blancos*» (lo que se conoce como las 14 palabras); el odio contra el sistema o –con relación a la penúltima canción– con un claro contenido violento contra anarquistas y comunistas y que anima a hacer deporte, estimando como tal poner a un *sharp* contra el suelo y patearle con las botas y los tirantes. La última canción citada es el himno de HSE que comienza con las palabras «*es la furia del pasado, el orgullo de lo olvidado, el poder de la raza, dos martillos y a la caza*».

En los conciertos se contrataban los locales y se convocaba a los asistentes a través de los medios, para incitar a que acudiera un importante número de personas. Se procuraba que los grupos no fueran conocidos, con el fin de evitar suspensiones administrativas; se cobraba la entrada y se vendía a los asistentes productos, que, al tiempo que les permitía obtener ingresos, de este modo se financiaba la organización y les servía para difundir sus ideas.

SAP Barcelona, secc. 5ª, de 29 de junio de 2012

Haciendo prevalecer la libertad de expresión y la libertad ideológica, se revoca la condena derivada de sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa de 11 de noviembre de 2011, por la que se condenaba a un exconcejal de la localidad de Vic y candidato en las elecciones generales de la formación política Plataforma per Catalunya por delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación del art. 510 CP al difundir en dicha población folletos ofensivos contra el colectivo de ciudadanos de origen magrebí, en particular inmigrantes y personas que profesan la religión musulmana.

SAP Barcelona, secc. 3ª, de 1 de febrero de 2013

Se condena al presidente del partido nacionalsocialista ENE (Estado Nacional Europeo) por delito de difusión de ideas que justifica el genocidio del art. 607.2 CP, para lo cual se valía de revistas que constituían el órgano de expresión del citado partido y que se difundían a través de Internet. La sentencia confirma sustancialmente la previamente dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona y amplía el relato de hechos probados a petición del Ministerio Fiscal para incluir el ideario de la citada formación política. La sentencia fue comunicada, a instancias del Ministerio Fiscal, a la Fiscalía General del Estado para valorar en su caso la ilegalización de dicho partido político.

En la sentencia del Juzgado de lo Penal ya se absolvió a los tres acusados del delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación del art. 510 CP, siguiendo las pautas interpretativas de la sección 2ª de la Audiencia de Barcelona, en sentencia de 26 de abril de 2010, y del Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de abril de 2011. La citada sentencia contiene una novedad importante y es que por primera vez se tiene constancia de que en este tipo de delitos la juez acuerde la clausura de una página web al considerarla instrumento de la comisión del delito, tal y como solicitaba el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía al amparo de lo dispuesto en el art. 127 con relación a los arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 julio, reguladora de los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. La Fiscalía ha presentado recurso por la inaplicación del art. 510 CP.

SAP Barcelona, secc. 2ª, de 22 de julio de 2014

Dictada en fase de apelación y que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona en la que se absolvía en un procedimiento iniciado por la interposición de una querrela presentada por SOS Racisme contra un concejal del Ayuntamiento de dicha localidad, actualmente alcalde tras las pasadas elecciones municipales, por difundir entre la población un folleto con alusiones presuntamente racistas y xenófobas dirigidas contra el colectivo de gitanos rumanos. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, si bien confirma la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal, contiene un relevante voto particular efectuado precisamente por la magistrada ponente y que constituye un magnífico y completo análisis, por primera vez en España en una resolución judicial, sobre el artículo 510.2 CP y en el que, además de analizar en profundidad sus requisitos, se aportan referencias a normas de derecho internacional público y jurisprudencia internacional.

SJP nº 7 Barcelona de 19 de febrero de 2014

Se condena a una persona por delitos de provocación a la violencia, el odio y la discriminación del art. 510.1 CP y delito de difusión de ideas que justifican el genocidio del art. 607.2 CP como responsable de la dirección, administración, gestión, control y mantenimiento de la página web en formato de blog personal www.denunciascivicas.com, creada expresamente con la finalidad de difundir masiva e indiscriminadamente entre todos aquellos usuarios de Internet que la consultasen (contabilizadas al menos 21.240 visitas hasta el 10 de mayo de 2010) documentos, imágenes, vídeos, noticias y opiniones de carácter ofensivo, denigrante y vejatorio contra las personas que profesan la re-

ligión musulmana, los judíos, inmigrantes y personas afrodescendientes, entre otras minorías; y de defender a ultranza la supremacía de la «*raza aria*» sobre las demás, y dirigida a crear entre la población sentimientos de hostilidad, animadversión, agresividad y trato desigual injustificado contra dichos colectivos, así como a difundir ideas que pretenden la rehabilitación de regímenes que han practicado el genocidio contra minorías étnicas, raciales, sexuales o religiosas, como lo fue el III Reich en Alemania en los años treinta y cuarenta, justificando los crímenes genocidas cometidos y alabando su realización sobre los creyentes musulmanes.

La página web estaba diseñada de forma que, bajo el control del acusado, los usuarios que la consultaban pudieran introducir comentarios y opiniones de igual contenido humillante que el referido en el párrafo anterior.

SJP nº 6 Barcelona de 11 de marzo de 2014

Se condena a una persona por delitos de provocación a la violencia, el odio y la discriminación del art. 510.1 CP y delito de difusión de ideas que justifican el genocidio del art. 607.2 CP, el cual era administrador de una página de la red social Facebook en la que insertó comentarios de tipo xenófobo y antisemita con referencias permanentes al mundo del nacionalsocialismo, con expresiones de carácter ofensivo, denigrante y vejatorio contra judíos, inmigrantes y personas afrodescendientes, entre otras minorías, y defendía a ultranza la supremacía de la «*raza aria*» sobre las demás, y que estaba dirigida a crear entre la población sentimientos de hostilidad, animadversión, agresividad y trato desigual injustificado contra dichos colectivos, así como a difundir ideas que pretenden la rehabilitación de regímenes que han practicado el genocidio contra minorías étnicas, raciales, sexuales o religiosas, como lo fue el III Reich en Alemania en los años treinta y cuarenta, justificando los crímenes genocidas cometidos y alabando su realización.

El perfil creado por el acusado constaba de tres partes: una pública de libre e ilimitado acceso a todas las personas, ya que carecía de filtros como registro previo con usuario y contraseña; una segunda parte denominada de Amistad, donde solo podían acceder al perfil personas aceptadas tras una sola solicitud de amistad y cuyos mensajes se exponen en un «*muro*», visible para cualquier persona que consulte el perfil; y una tercera parte privada, de acceso restringido.

En fecha de 26 de julio de 2012, la parte segunda de dicho perfil, destinada a recoger los «*amigos*» del perfil, contaba con 408 seguidores, muchos de ellos personas físicas, pero también un grupo de peñas de colectivos radicales vinculados al fútbol, por lo que su difu-

sión era mucho mayor. Y en dicha fecha la parte pública del perfil de Facebook del acusado, de acceso libre e indiscriminado al público en general, tenía fotografías, comentarios y varios vídeos enlazados a través de la página web Youtube que homenajearon a la División Azul y a los soldados españoles que formaron parte del ejército alemán de las Waffen SS y vídeos y enlaces con imágenes de campos de concentración nazis o del III Reich.

SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de marzo de 2014

- **Supuesto:** publicación en un diario de un poema con contenido xenófobo.
- **Condena:** delito de provocación al odio del art. 510 CP.
- **Fundamentos:**
 - Remisión a la STC 235/2007 en cuanto afirma que el art. 20.1 CE (libertad de expresión) ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica.
 - Remisión a la STC 214/1991 al declarar que *«la libertad ideológica y de expresión no pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales»*.
 - Se entiende que el autor del poema ha rebasado el límite del respeto a la dignidad de toda vida humana al comprender alusiones xenófobas (*«oleada negra, oleada de cimarrones, intrusos invasores»*) y llamamientos a la violencia en legítima defensa (*«como canarios vamos a defendernos», «Compraremos mosquetones, pistolas, fusiles y cañones y hasta un barco cañonero, con ellos dispararemos y estos intrusos invasores que regresen por donde vinieron»*).
 - Se interpreta que la intención del autor de los versos es la de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante una supuesta situación de emergencia, lo que va más allá de la mera

expresión de opiniones despectivas o humillantes respecto de un grupo social.

SJP nº 2 Lleida de 16 de noviembre de 2006

- **Supuesto:** creación de una web –que se prolonga en el tiempo durante varios años– donde se introducen datos e imágenes de contenido xenófobo y racista, con textos e imágenes que provocan a la discriminación y el odio contra grupos por razón de la etnia, raza, origen nacional o condición de emigrante (imagen de una persona con estética *skin* agrediendo a un inmigrante o indigente; simbología nazi y bélica; textos como «*La inmigración destruye tu futuro*», «*sangre y fuego os merecéis putos demócratas de mierda*»...; se incita a la lucha en favor de los valores de «*Fuhrer*» y por una «*Nación Europea*»; bajo el título «*Héroes*» aparecen personajes relacionados con el Holocausto nazi, el racismo y la ultraderecha española...).
- **Condena:** delito continuado contra los derechos fundamentales y libertades públicas del art. 510.1 y 2 CP.

SJP nº 2 Logroño de 2 de abril de 2004

- **Supuesto:** difusión de pasquines de contenido racista y xenófobo. En un modelo se indicaba: «*estamos condenados a vivir con la basura de inmigrantes que terminarán de destruirnos*», «*moros, sudamericanos, países del este, paquistaníes, hindúes, africanos, toda esta gentuza tiene más derechos que cualquier riojano*», «*lucharemos por defendernos aunque sea con explosivos*». En otro tipo se leía: «*Más viviendas para inmigrantes, más trabajo para inmigrantes, más ayudas para inmigrantes. Riojanos autónomos y obreros hay que pagar más impuestos, hay que pagar más seguros contra robos, atracos, violaciones asesinatos; Riojano, ¿a ti quién te ayuda?*»).
- **Condena:** delito de provocación a la discriminación del art. 510.1 CP.
- **Fundamento:** en los pasquines se difunden dos mensajes: en el primer modelo, el mensaje es claramente racista y xenófobo e incita a los receptores a rebelarse contra la presencia de extranjeros, invitando incluso al empleo de la violencia. En el segundo se critica la concesión de ayuda social a los inmigrantes, y se les injuria.

B. Delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP)

B.1. Libertad de expresión frente a revisionismo histórico

Como es sabido, la **libertad de expresión** se encuentra contemplada, en su condición de derecho subjetivo constitucionalmente reconocido como fundamental, en el **art. 20 CE**. 18De conformidad con este precepto, «[s]e reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». No obstante, del mismo modo que ocurre con cualquier otro derecho subjetivo, incluso fundamental, el derecho a la libertad de expresión **no se encuentra exento de límites**.²³⁹ Así lo dispone, de hecho, el propio art. 20 CE cuando dispone en su apartado 4 que «[e]stas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la juventud y de la infancia».

En un *esfuerzo* de concreción de lo dispuesto en este precepto, la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** ha venido declarando de forma reiterada que el derecho fundamental a la libertad de expresión no permite dar cobertura, en cualquier caso, a manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro (p. ej., mediante actos de promoción del delito).²⁴⁰

239. Sobre el carácter necesariamente limitado de todo derecho fundamental, véase, por todas, la trascendental STC 206/2007, de 24 de septiembre, relativa a intervenciones corporales. Mencionan tal resolución como punto de referencia ineludible en lo que a limitación de derechos fundamentales atañe, entre otros autores, HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, 1998, *passim*; HERRERO-TEJEDOR, F., «Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 1890 y ss.; MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, 2008, pp. 61 y s.; PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros y otros métodos de investigación en el proceso penal*, 2009, p. 121.

240. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituyen punto de referencia ineludible en relación con este extremo, entre otras resoluciones, las fundamentales SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) y 176/1995 (caso Makoki). Se afirma en ellas que «ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter

Particularmente destacable resulta, en este contexto, la problemática que plantean aquellas manifestaciones que, en el marco de una **actividad política o científica**,²⁴¹ pueden llegar a constituir un atentado contra la dignidad de los miembros de determinados colectivos minoritarios, o, incluso, una incitación a la discriminación o a la acción violenta contra aquellos colectivos.

Habitual es, a este respecto, la duda sobre si el pronunciamiento de **expresiones provocadoras** (*Fighting Words*), el **discurso del odio** (*Hate Speech*),²⁴² la **publicación o difusión de material bibliográfico o publicitario de contenido xenófobo** o las **manifestaciones vertidas por un político en el fragor de un acto electoral** pueden quedar o no cubiertos por el derecho fundamental a la libertad de expresión, o resultan subsumibles, en cambio, en alguno de los preceptos previstos en el Código Penal sobre delitos de discriminación o xenofobia. En cuanto a esta constelación de supuestos, basta con recordar que son ya varias las querellas presentadas contra algunos actores de la escena política española por la supuesta comisión de un delito de incitación al odio racial como consecuencia de la realización de discursos hipotéticamente xenófobos.²⁴³

racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE. La dignidad por rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias». Lo recuerda oportunamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», cit. p. 1. También se refiere recientemente a tales límites el fiscal coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código Penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales*, original inédito, 2011, p. 7, trabajo todavía no publicado del que he podido disponer por amable deferencia de su autor.

241. Sobre el conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa, véase, por todos, el trabajo de PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», *RGDCDEE*, 19, 2009.

242. La expresión fue acuñada por la STEDH de 8 de julio de 1999, Ergogdu e Ince contra Turquía, y empleada por nuestra jurisprudencia constitucional por las SSTC 214/1991 (caso Violeta Friedman), 176/1995 (caso Makoki) o 235/2007. En todas estas resoluciones se define el discurso del odio como aquel que contiene una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación y que de ninguna forma está amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad ideológica o de conciencia. Sobre este concepto, AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510...*, cit., p. 7, n. 2.

243. Especialmente llamativo es el caso de la querrella interpuesta por la asociación SOS Racismo y la Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña (FAGIC) por el repar-

Idénticas dudas suelen asaltar en el ámbito de la **libertad científica** a quienes se enfrentan al análisis de aquellos supuestos en los que se produce la difusión de material histórico revisionista sobre la existencia o no de un genocidio.²⁴⁴ Ríos de tinta han corrido entre nosotros, a este respecto, en relación con el caso de la **librería Europa**.²⁴⁵

En el Código Penal español, los supuestos que acaban de ser planteados suelen reconducirse, fundamentalmente, a dos preceptos: el ya expuesto art. 510.1 CP y el **art. 607.2 CP**. De acuerdo con este último precepto, «*[l]a difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*».

B.2. La STC 235/2007, de 7 de noviembre: el caso de la librería Europa

Según el **Tribunal Constitucional**, el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende, como es lógico, el derecho a la libertad de crítica, también cuando tal crítica pueda desagradar a su

to de folletos supuestamente xenófobos en la ciudad de Badalona (Barcelona). La querrela ha sido recientemente inadmitida a trámite mediante Auto de fecha 28 de febrero de 2011. Sobre este caso, véase AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510...*, cit., p. 1.

244. Sobre el revisionismo o negacionismo como corriente historiográfica filonazi, véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 165.

245. Sobre este caso, y sin pretensión de exhaustividad, véanse, por ejemplo, los trabajos de LANDA GOROSTIZA, J.M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510.1 CP) a luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», AP, 1999, pp. 689 y ss.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, nº 4790, 1999, pp. 1 y ss.; SUÁREZ ESPINO, M.L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», *CDP*, 30, 2007, pp. 175 y ss.; TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *RVAP*, 80, 2008, pp. 233 y ss.; BILBAO UBILLOS, J.M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 299 y ss. En general, sobre el delito previsto en el art. 607.2 CP, véase BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, 1999, *passim*.

destinatario. Los principios informadores de toda sociedad democrática y plural impondrían al destinatario de la crítica un cierto deber de tolerancia frente a dicha crítica, so pena de vaciar de contenido la **libertad de expresión entendida como libertad de crítica**.

En palabras de la STC 235/2007, FJ 4: «*Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’*».²⁴⁶

Tal es la cobertura que el modelo democrático proporciona a la libertad de expresión que –pese a la aparente paradoja que ello representa– incluso brinda protección a la manifestación de ideas contrarias al propio modelo, esto es, a la **declaración de formas de pensamiento no democráticas**.

Según el Tribunal Constitucional: «*Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan”. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población*».²⁴⁷

De todo ello se deduce lógicamente que el modelo democrático español no impone al ciudadano su adhesión positiva a dicho modelo. No se trata, por tanto, de una **democracia militante**. A diferencia de lo que sucede con la realización de actividades contrarias a la Constitución, la mera manifestación de ideas e ideologías queda plenamente

246. Esta tesis puede encontrarse también, entre otras muchas resoluciones, en la STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4.

247. STC 235/2007, FJ 4. En idéntica línea, ya anteriormente, 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2; STEDH de 24 de febrero de 1997, De Haes y Gijssels contra Bélgica.

cubierta por el derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque se trate de ideas antidemocráticas, esto es, contrarias al modelo democrático mismo.

Este planteamiento se encuentra extensamente expuesto en la STC 235/2007, FJ 4: *«Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».*²⁴⁸

Cuestión relacionada con la anterior, aunque no exactamente coincidente, es la relativa a si el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende el derecho a formular con relación a hechos históricos incuestionablemente ocurridos manifestaciones que vengan a poner en tela de juicio su existencia. Para el Tribunal Constitucional español, tales manifestaciones negadoras de la evidencia no serían sino opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos, y, como tales, quedarían amparadas por el manto del derecho a la libertad de expresión, en su dimensión de **búsqueda de la verdad histórica**.

248. Véase, además, STC 48/2003, de 12 de marzo, FFJJ 7 y 10.

Señala el Tribunal Constitucional a este respecto: «En ocasiones anteriores hemos concluido que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. Esta misma perspectiva ha llevado al TEDH, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo».²⁴⁹

Aunque, como se ha afirmado, el modelo democrático de sociedad vendría a imponer en el ciudadano un cierto **deber de tolerancia** frente a mensajes ofensivos e incluso antidemocráticos, tal **deber no es en absoluto ilimitado**.

Se refiere a los límites de tal deber de tolerancia el Tribunal Constitucional: «*El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución –y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada– a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de*

249. STC 235/2007, FJ 4. Véase también, en la misma línea, STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), FJ 8; SSTEDH de 29 de junio de 2004, Chauvy y otros contra Francia, párr. 69; y de 21 de septiembre de 2006, Monnat contra Suiza, párr. 57.

convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos».²⁵⁰

Los tres principales límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos son, según el Tribunal Constitucional:

- **Respeto por la igualdad (art. 1.1 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE).**
- **Innecesaridad de la ofensa** para la exposición de las opiniones que pretenden defenderse.
 - **Incitación directa a la violencia** contra los destinatarios del mensaje.

En relación con los dos primeros límites, el Tribunal Constitucional indica que: *«Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito».*²⁵¹ Prosigue el TC afirmando que *«En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir*

250. STC 235/2007, FJ 4.

251. STC 235/2007, FJ 4. Véanse, además, las SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4.

*que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)».*²⁵²

Según la STC 235/2007, FJ 5, «[d]e este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas.²⁵³ Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista.²⁵⁴ Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en aplicación del apartado segundo del **art. 10 CEDH**. En concreto, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “**discurso del odio**”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular».²⁵⁵

Partiendo de tales premisas, la STC 235/2007 acaba concluyendo que «[d]e acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, **el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio**».²⁵⁶

252. SSTC 235/2007, FJ 4. Véase también STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8.

253. STC 176/1995, FJ 5.

254. SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7.

255. Véase a este respecto, la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Asimismo, las SSTEDH de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía, párr. 41; de 8 de julio de 1999, Ergogdu e Ince contra Turquía.

256. STC 176/1995, FFJJ 5 y 9. En idéntico sentido se pronuncian, además, las SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8.

B.3. Los votos particulares de la STC 235/2007

La STC 235/2007 **no fue en absoluto unánime**. Fueron formulados *cuatro votos particulares*: los emitidos por los Sres. Roberto García-Calvo y Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez.²⁵⁷ Las líneas argumentales sobre las que descansan estos cuatro votos particulares son, a su vez, **tres**:

- Por una parte, se afirma que la negación de hechos de tanta gravedad e históricamente tan incuestionables es claramente reveladora de que la intención de quien de tal modo niega la evidencia no es otra que humillar a las víctimas del genocidio e incitar indirectamente a la colectividad a la repetición de hechos similares. También se pone de relieve que no es solo que los negacionistas actuaran con un evidente ánimo de menospreciar a aquellas víctimas, sino que objetivamente la negación del genocidio lleva intrínseca la humillación de sus víctimas. La negación del genocidio sería, en sí misma, vejatoria para las víctimas de este.

Estos argumentos se hallan claramente expuestos en los votos particulares formulados por los **Sres. Rodríguez Arribas, Rodríguez-Zapata Pérez, Sala Sánchez y García-Calvo Montiel**. Según el voto particular del primero de ellos, «[...] *no se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición*». Por lo que respecta al voto particular del Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, se mantiene que «[e]n efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedman, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que

257. Una exposición resumida de estos votos particulares puede encontrarse en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23, 2009, p. 132, n. 65-68.

reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el F. 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social». Por fin, en el voto particular del Sr. Sala Sánchez, «[r]esulta clara, pues, la existencia en el caso aquí examinado del elemento tendencial tantas veces mencionado, que dotaba de sustantividad punitiva tanto a la conducta de difusión de doctrinas negativas de los delitos de genocidio, como a los necesarios elementos distintivos de esta forma delictiva en relación con la modalidad de provocación definida con carácter general en el art. 18 CP o con las específicas de los artículos 615 y 510 del mismo cuerpo legal, que en último término, y como se ha apuntado antes, podían suponer a lo sumo un problema concursal para cuya resolución la Sala a quo no precisaba del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna». Especialmente interesante resulta el voto particular del Sr. García-Calvo Montiel, en el que se destaca que el carácter objetivamente ultrajante de la negación del genocidio y la constitucionalidad del art. 607.2 en relación con este particular se debe a que dicho precepto no castiga la mera negación de hechos, sino de delitos de genocidio: «[e]l precepto pena la negación o justificación “de los delitos”, no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no está en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas (“información veraz”, art. 20.1.d] CE). Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas».

Se menciona, además, que difícilmente puede ampararse en la libertad científica como dimensión de la libertad de expresión la negación de hechos acreditadamente ciertos. Tal circunstancia convertiría la negación en una manifestación abiertamente mendaz, y la mendacidad no puede quedar cubierta por la libertad de expresión.

Tal postura es defendida, en especial, desde el voto particular del Sr. García-Calvo y Montiel: *«las ideas y doctrinas criminalizadas en el art. 607.2º CP son las genocidas. No se trata de propagar doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Tampoco se trata de la pura negación de unos hechos, como puede ser el exterminio de unos seis millones de judíos por el régimen criminal que gobernó el Reich alemán entre 1933 y 1945. El precepto pena la negación o justificación “de los delitos”, no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no está en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas (“información veraz”, art. 20.1.d] CE). Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas».*

Por último, el voto particular del Sr. Sala Sánchez defiende que la STC 235/2007 incurre en una importante incoherencia interna. En el caso de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, el Tribunal Constitucional salva la conformidad del precepto con la Constitución afirmando que la tipificación como delito de la justificación del genocidio sería plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio. En cambio, la STC 235/2007 no hace lo propio con la negación.

En palabras del voto particular de referencia: *«Quiere indicarse con esto que si “justificación”, como dice la Sentencia aprobada, equivale a “incitación indirecta” a la comisión de delitos de genocidio, de tal forma que así se produciría, “en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o cuando, en segundo lugar, “con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (F. 9), no se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “negación”. Y es que lo que el*

precepto cuestionado castiga en las dos conductas –no se olvide, legislativamente equiparadas– no es la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (F. 9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión».

5.7. Delitos de denegación discriminatoria de prestaciones de servicios (arts. 511 y 512 CP)

Bien jurídico protegido:

En los tipos penales recogidos en los arts. 511 y 512 CP el bien jurídico protegido está constituido por el *derecho a no ser discriminado* por razón de ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, en conexión con la proclamación de igualdad contenida en el art. 14 CE.

Algunos autores consideran que hay más de un bien jurídico implicado en estos tipos penales (incluyendo el previsto en el art. 510 CP), entendiendo que el objeto inmediato de tutela es la dignidad humana (Portilla Contreras lo afirma basándose en la STC 176/1995 –que resuelve el recurso de amparo formulado contra la Audiencia Provincial de Barcelona que condena a un editor por delito de injurias graves y de escarnio previsto en el CP anterior como consecuencia de la publicación en España del álbum *Hitler-SS*–, refiriendo que el uso de la libertad de expresión que niegue la dignidad humana se sitúa fuera de la protección constitucional).

Establece el art. 511 CP:

«1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o con-

tra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. *Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.*

4. *En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.»*

Características:

- Es un **delito especial impropio**, ya que solo pueden ser sujetos activos del delito las personas que en el momento de la acción ostentan una determinada condición: el sujeto activo puede ser un particular (art. 511.1 CP) encargado del servicio público, o bien un funcionario público (art. 511.3 CP).
 - La controversia puede aparecer con relación a los casos en los que un particular, no encargado directamente de un servicio público, realiza prestaciones de un servicio público, sin hacerlo por orden del encargado y sin actuar en su nombre y representación.
 - **Sujeto pasivo:** persona a la que se deniega la prestación no obstante «*tener derecho*» a ella (se excluyen los supuestos en los que el trato diferenciado se encuentre amparado normativamente, como, por ejemplo, en los extranjeros no regularizados que no tienen reconocidas todas las prestaciones del sistema público sanitario).
 - **Prestación:** toda actividad de dación derivada del ejercicio de la función prestacional propia de los sectores calificados normativamente como públicos.
- Machado Ruiz (*Discriminación*, 2004) describe el servicio público como la actividad de titularidad pública de obligada prestación, por organización pública, por organización o por cualquier otra fórmula equivalente, que permite la satisfacción regular y continua de servicios de interés general y que genera un derecho a recibir la prestación.

No aparecen incluidos expresamente los supuestos en los que el servicio formalmente se presta, pero en condiciones injustificadamente inferiores por razones discriminatorias.

- **Concurso con el delito de prevaricación** (SAP Palencia de 11 de febrero de 1999): en caso de concurrir un posible delito del art. 511 CP y un delito de prevaricación del art. 404 CP, se resuelve como concurso de leyes aplicando el principio de especialidad (art. 8.1 CP), en favor del delito de prevaricación.

Por otro lado, determina el **art. 512 CP**: *«Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.»*

Características:

- Se trata de un delito cuyo sujeto activo solo pueden ser personas que actúen en el marco de una actividad empresarial o profesional: los profesionales, empresarios o sus delegados (se excluye a los particulares).
- En SAP Valencia de 23 de febrero de 2010, que confirma SJP nº 12 Valencia de 30 de julio de 2009, se condena a una persona por denegar el acceso a una discoteca a un grupo de personas con síndrome de Down. Se recoge en la decisión que el hecho de que se acredite que la condenada tiene cualidades humanas solo demuestra que no observó el mismo comportamiento discriminatorio en otras ocasiones con discapacitados físicos o psíquicos, pero no se le condena *«por lo que es»*, sino por haber denegado en una ocasión una determinada prestación a personas que tenían derecho a ella, a causa de su discapacidad psíquica.
- Se exige que se trate de una actividad profesional o empresarial, por tanto, que se ejerza de manera habitual, excluyéndose la oferta de bienes o servicios aislada o puntual.
- Se determina un catálogo cerrado de motivos de la denegación de la prestación que constituye el delito.

- En SJP nº 6 Barcelona, de 13 de marzo de 2014, confirmada por SAP Barcelona de 8 de julio de 2014, se condena al vigilante de acceso a una discoteca que niega la entrada a varias personas aludiendo a su condición de transexuales. Mención a la STS de 21 de mayo de 2001: la decisión de denegar la prestación del servicio debe tomarse por alguna las razones expuestas en el tipo penal.
- El art. 512 CP no se basa en una prestación sobre la base de un derecho abstracto o poco preciso, es conducta típica aquella en que existe un derecho del particular a una prestación, derecho que no puede entenderse como la libertad genérica de adquirir un producto o alquilar un piso, sino como una expectativa concreta (STS de 21 de mayo de 2001).
- El empresario no puede ampararse en el derecho de reserva de admisión (Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, y art. 26 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia).
- En los supuestos de archivo del procedimiento penal por no concurrir los elementos del tipo, así como en los supuestos de sentencia condenatoria, debe remitirse testimonio a la Administración a fin de que el expediente administrativo que se haya abierto como consecuencia de los hechos se resuelva.
- La intención de discriminar admite prueba indiciaria y prueba directa. Así, en STS de 29 de septiembre de 1998 se confirma la condena a un vendedor de coches que niega la venta de un automóvil a una persona manifestando *«yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros»*, que reitera ante agentes de la Guardia Civil que *«no vendía a gitanos ni a moros»* y que *«era racista»*. La intención de discriminar se deriva en este caso, no de indicios (admitiéndose la posibilidad de prueba indiciaria con relación a tal intencionalidad), sino de prueba directa (las declaraciones testificales referidas a las expresiones escuchadas tanto por el comprador como por los agentes de la Guardia Civil).
- Respecto a la consumación del delito, esta se produce con la acción de denegar la prestación por parte del sujeto acti-

vo, no obstante, posteriormente, se acceda a la prestación por intervención de terceros. En STS de 21 de mayo de 2001, que confirma SAP Alicante de 11 de junio de 1999, se condena la denegación de entrada en un establecimiento de varias personas de raza negra, a los que después, y tras protestar, sí se les permite entrar. Se afirma que se consuma el delito con la prohibición de entrada en el local *ad limine* por ser ciudadanos de color, aunque posteriormente se les permitiera el acceso al establecimiento.

- En el ámbito de la responsabilidad civil debe tenerse en cuenta que (SAP Barcelona de 15 de enero de 2010):
 - La aseguradora del local el acceso al cual ha sido denegado a alguien por las razones mencionadas en el art. 512 CP ostenta la cualidad de responsable civil directa no obstante tratarse de un delito doloso, y sin perjuicio de la acción de repetición que puede ejercer contra el asegurado (en virtud del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro).
 - La empresa titular del negocio ostenta la cualidad de responsable civil subsidiaria aunque los que actuaron dolosamente fueron sus empleados, sin perjuicio de la acción de recuperación contra dichos empleados (en virtud del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro).

Supuesto: retirada del carné de un gimnasio a dos varones que se besan en la cara al saludarse como amigos en el interior de las instalaciones del centro, por parte del director del centro, diciéndoles «no quiero maricones en este gimnasio»:

- La justificación objetiva de la retirada del carné es la orientación sexual de los clientes.
- Art. 10 de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas: el ejercicio del derecho de admisión no puede conllevar discriminación por razón de género o cualquier otra circunstancia personal o social de los usuarios de los establecimientos y los espacios abiertos al público tanto en lo relativo a las condiciones de acceso como a la permanencia en los establecimientos y al uso y goce de los servicios que se prestan en ellos.

5.8. Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio (art. 515.4 CP)

La LO 1/2015, de 30 de marzo, modifica la redacción y la ubicación del art. 515.5 CP con relación a las asociaciones ilícitas que persiguen cometer un delito de discriminación de determinados grupos o colectivos.

Art. 515 CP: *«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: [...] 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza, o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».*

En la redacción anterior, la tipificación aparecía en el punto 5 con la siguiente redacción: «5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello».

- La **sanción** para cada uno de los componentes de la asociación ilícita (arts. 517 y 518 CP) se diferencia según se trate de fundadores, directores y presidentes, o de miembros activos de la asociación. La pena de estos últimos es la misma que la prevista para los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de la asociación.
- El **bien jurídico protegido** (SSTS de 25 de noviembre de 2008 y de 2 de mayo de 2001) está constituido por el derecho de asociación como garantía constitucional, el orden público y la propia institución estatal, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos de los de aquella.
- El **elemento objetivo** se proyecta en los verbos activos de promover, fomentar e incitar directa o indirectamente.
- El **elemento subjetivo** estaría constituido por la intención de menospreciar y discriminar a personas o grupos

por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social.

- No es exigible para que concurra el tipo penal que la promoción o incitación sean actividades *programáticas* de la asociación conforme a su objeto social, y se exige un enjuiciamiento global de la actividad de la asociación en orden a determinar si esta, en su actuación práctica, contradice lo que declaran los estatutos o normas fundacionales internas, posiblemente dirigidos a ocultar sus verdaderos fines.
- Los **requisitos exigidos en la asociación ilícita** del art. 515 CP se recogen, entre otras, en STS de 19 de enero de 2007:
 - Debe tratarse de una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.
 - Es necesario apreciar la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.
 - Consistencia o permanencia; en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero (exclusión de la transitoriedad).
 - La finalidad de la asociación ha de corresponderse con los elementos contenidos en el art. 515.4 CP (antes 515.5 CP): discriminación, odio o violencia contra personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social.
 - En atención a sus **componentes**, cabe hacer la siguiente distinción (STS de 19 de enero de 2007 con relación al art. 517.2 CP):
 - Miembros activos: aquellos cuya participación en las actividades de la asociación va más allá de la mera pertenencia a esta.
 - Directores o presidentes: aquellos que realizan cometidos orgánicos y desempeñan cargos dirigentes y de responsabilidad en el seno de la asociación.
 - La **distinción respecto de la coautoría** es clara, ya que se requiere una mínima permanencia, si bien no es necesario alcanzar el nivel de una organización estable y puede concurrir en supuestos de una organización constituida para una operación específica (STS de 16 de julio de 2001).

5.8.1. Relación concursal entre organización criminal y asociación ilícita. Grupo criminal

De acuerdo con el art. 570 bis CP una organización criminal es *«la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.»*

Según SSTs de 25 de mayo de 2010, de 16 de diciembre de 2013 y de 9 de julio de 2009, son exigencias típicas de una organización criminal:

- una pluralidad de sujetos (tres o más personas);
- la existencia de una organización (que no tiene por qué responder a un esquema jerárquico y puede ser horizontal);
- su vocación de permanencia;
- una funcionalidad vinculada a la realización de una secuencia de acciones criminales.

Por su parte, el art. 570 ter CP expone que es un grupo criminal *«la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas»*. Conectando el contenido de los arts. 570 bis y 570 ter, cabe concluir que no hay una definición positiva del grupo criminal: ante la ausencia de alguno de los elementos que configura la organización criminal, estamos ante un grupo criminal.

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el art. 570 bis. Esta cuestión no se plantea en relación con el grupo criminal del art. 570 ter CP, dado que la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita exige la concurrencia de las notas de existencia de estructura organizativa y de permanencia o consistencia del acuerdo asociativo, que ha de ser duradero, y no puramente transitorio, para apreciar la existencia de asociación ilícita; por tanto, no cabe aplicar el art. 515.1 en caso de que no concorra alguno de estos elementos, y sí el tipo del art. 570 ter CP.

En relación con el resto de los supuestos de asociación ilícita tipificados en el art. 515 CP, entre ellos el de aquellas que promueven a la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, esto es, supuestos de asociaciones ilícitas que no tienen por finalidad originaria y directa la comisión de delitos, ni se han constituido especialmente con tal objeto, hay que considerar que dichas conductas delictivas presentan características diferentes a las que configuran el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP. Ante cada supuesto concreto deberán valorarse, pues, las circunstancias concurrentes en orden a apreciar la existencia de los elementos definidores de uno u otro tipo penal, el previsto en el art. 570 bis o los recogidos en el art. 515 en relación con el art. 517 CP.

El legislador ha previsto en el art. 570 quáter 2 in fine CP que *«[e]n todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8»*.

La aplicación del criterio de alternatividad es la solución por la que opta la circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado para resolver el conflicto de normas. De conformidad con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia de que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de una apariencia de legalidad, que normalmente será un factor que favorezca el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización.

Tal y como expone la STS de 12 de diciembre de 2013, la asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio del art. 515 CP actúa como **tipo residual** respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los arts. 570 bis a 570 quáter CP. En este sentido, cabe hacer referencia a la STS de 2 de julio de 2012, que señala (tras la tipificación de las organizaciones y grupos criminales en los arts. 570 bis a 570 quáter) que *«la introducción en el Código Penal de los nuevos artículos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II (“De las organizaciones y grupos criminales”) comporta la reinterpretación de los parámetros del art. 515 CP, debiendo primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por este delito; no pudiendo concep-*

tuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito».

5.8.2. Jurisprudencia destacable

STS de 10 de mayo de 2011, caso *skinheads Blood & Honour España*

Hechos:

- La asociación cultural Blood & Honour se constituía como la facción española de una asociación de igual nombre creada en el Reino Unido en el año 1987, que se engloba dentro del movimiento *skinhead* (cabezas rapadas) nacionalsocialistas (NS), y cuyos miembros se distinguían por una vestimenta paramilitar o de camuflaje, con predominio del negro, botas de combate y cazadoras *bomber*. La utilización como anagrama distintivo del emblema de la 3ª SS Panzer División Totenkopf de la Alemania nazi, consistente en una calavera, así como de las cruces celtas y esvástica, y de las runas.
- Desde el punto de vista del ideario, el movimiento *skinhead* NS enlaza directamente con el nacionalsocialismo de la Alemania hitleriana con una absoluta devoción para quien fuera su máximo representante, promoviendo tanto la superioridad de la raza aria, entendido como raza blanca, como la inferioridad de las otras razas y en particular del mestizaje, así como el rechazo fóbico y la violencia hacia el inmigrante, y la maldad intrínseca de la raza judía a la que se presenta como el enemigo invisible que debe ser combatido, negando activamente la comisión del genocidio judío por parte del III Reich alemán.
- La asociación Blood & Honour España confeccionaba y distribuía, mediante su venta, una revista que pretendía ser bimensual y constituirse en el medio de difusión y promoción de la ideología *skinhead* nacionalsocialista, y venía organizando desde el primer momento conciertos y distintos eventos en aras a obtener la divulgación de su ideología, así como ingresos, procedentes de las entradas y de la venta de todo un *merchandising* vinculado con la asociación o a su imaginario nacionalsocialista, tales como toallas, cazadoras, sudaderas, camisetas, jarras de cerveza, carteras, etc.,

con el anagrama Blood & Honour España, la frase «*Heil Hitler*», la imagen de Adolf Hitler o de Rudolf Hess, las llamadas 14 palabras o signos gráficos referentes a su ideología, tales como runas, libros de contenido nacionalsocialista o que negaban el Holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial, efectos todos ellos que también se distribuían a través de Internet o de los apartados de correos de los que disponía la asociación.

- En los conciertos intervenían grupos de música Oi! y RAC, correspondiendo esta última a *Rock Against Communism* (Rock Contra el Comunismo o Rock Anticomunista), corriente musical nacida al amparo de la formación política Nacional Front, que reunía a un amplio aspecto de nacional-socialista ingleses, caracterizándose las letras por incluir referencias a las ideologías nacionalsocialista, fascista y racista con explícita incitación a la violencia frente a los inmigrantes o a los judíos, vendiéndose igualmente discos con dicha música.

Condena por delito de asociación ilícita del art. 515.5 en relación con el art. 517.2 CP.

Fundamentos jurídicos:

- Se promueve toda una sistemática y planificada actividad, al amparo o cobijo de una forma asociativa y bajo una apariencia de un discurso artístico e intelectual antiglobalización, con la que se pretende glorificar a los verdugos y justificar sus hechos, defendiendo activamente la superioridad de la raza blanca, que sustituiría a la raza aria, frente a las otras razas que, simplemente por ello, son inferiores y deben ser despreciadas e incluso objeto de violencia física para su expulsión del territorio europeo, de tal suerte que al enemigo sionista, que se mantiene como herencia del pensamiento nacionalsocialista, se le suma el trabajador inmigrante, causa de todos los males y que debe ser exterminado hasta la aniquilación.
- No se trata de establecer una democracia militante, que imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico, y en primer lugar a la Constitución, STC 48/2003, de 12 de marzo, pero sí de excluir de la garantía que supone el art. 20.1 de la CE un pretendido de-

recho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STS de 12 de abril de 2011, caso librería Kalki

- **Absolución:** por entender que no se acredita que se contara con una estructura, personal y medios que permitiera a los acusados orientar realmente su actividad a la realización de actos concretos de promoción de la discriminación (es decir, no puede deducirse no solo que su ideología es discriminatoria, sino que se organizaban para promover esa discriminación, ya que no se describe una organización estructurada con medios que permitan transformar la orientación ideológica en promoción de la discriminación).
- **Voto particular del magistrado Sr. Martínez Arrieta:** la conformación penal de la asociación no exige de una estructura y organización muy complejas, pues basta con el agrupamiento de varias personas que se diferencie de la individualidad de los miembros que lo componen; y tampoco es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico (cita de SSTs de 23 de enero de 2002; de 23 de octubre de 2006; y de 27 de junio de 2007).

STS de 28 de diciembre de 2011, caso Hammerskin

- **Supuesto:** asociación denominada Hammerskin España, de ideología nacionalsocialista, que organiza conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología, con distribución de discos y publicaciones. Las letras de estas canciones tienen como tema la supremacía del hombre blanco, en contra del comunismo y el sionismo financiero, lucha contra la inmigración, la lucha hasta la muerte, a semejanza de la División Azul, la defensa de la raza aria, la fidelidad a la raza europea, el enfrentamiento a la policía,

el poder blanco, en contra del mestizaje racial con el lema del Ku Klux Klan: «*Debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para los niños blancos*» (lo que se conoce como las 14 palabras), el odio contra el sistema o –con relación a la penúltima canción– con un claro contenido violento contra anarquistas y comunistas y que anima a hacer deporte, estimando como tal poner a un *sharp* contra el suelo y patearle con las botas y los tirantes. La última canción citada es el himno de HSE que comienza con las palabras «*es la furia del pasado, el orgullo de lo olvidado, el poder de la raza, dos martillos y a la caza*».

- **Hechos probados:** «*La asociación denominada Hammerskin España (HSE) la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacionalsocialista, creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo que sienten, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con la distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas [...]*

[...] Para la propagación de sus ideas consistentes en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, impulsando con ello el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, que conlleva su ideología, Hammerskin España tiene diferentes medios de difusión, entre los que encuentra en primer lugar la celebración de conciertos de música con la actuación de grupos que a través de sus canciones transmiten las referidas ideas, entre los que destaca el grupo Odal [...] Dicho grupo canta canciones con un claro contenido discriminatorio xenófobo y racista, siendo un medio idóneo para la difusión de las ideas de la organización entre otras personas y para alentar en las mismas sentimientos de odio y de violencia [...]

[...] En dichos conciertos se produce por los miembros de la organización la venta a los asistentes de los productos realizados para, además de obtener dinero para la financia-

ción de la asociación, realizar propaganda de la misma, difundir sus ideas y conseguir la captación de nuevos miembros, como camisetas u otras prendas con símbolos de Hammerskin España, de otras organizaciones análogas a la misma, de los grupos que actúan en los conciertos, o de simbología o lemas de carácter nazi o racista, CD's de los grupos musicales o publicaciones de la organización o de algunas de las denominadas "supporters" [...].»

- **Condena** por delito de asociación ilícita del art. 515.5 en relación con el art. 517.1 CP.
- **Razonamientos:**
 - Se trata de una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011, de 10 de mayo, Skin Heads Blood and Honour España, que promueve el odio o la violencia, o incita a ello.
 - Es tan patente el «*discurso del odio*» que predica HSE que incluso el término *odio* aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de sus miembros.
 - Los documentos, banderas y otros efectos ocupados en los domicilios de los acusados son explícitos en el ensalzamiento de la doctrina nacionalsocialista y promueven el racismo y la xenofobia.

SAP Barcelona de 20 de marzo de 2014, que confirma la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de Vilanova i la Geltrú de 13 de julio de 2013

- **Hechos:** la Asociación Frente Joven Obrero, con página web donde aparecen fotografías que reflejan la ideología nazi del grupo y su pertenencia al colectivo *skinhead*, rechaza la inmigración y el multiculturalismo, y culpabiliza a los inmigrantes de quitarles la vivienda y el trabajo a los jóvenes españoles, ser portadores de delincuencia y droga y constituir un peligro para la integridad de la nación. Se muestran pasquines con eslóganes como «*Las calles nos pertenecen*», «*Europa blanca*», «*Zona protegida por skin heads, todo aquel que no sea buen ciudadano español será condenado a abandonar la ciudad*», «*Fuera latin kings*», «*Stop inmigración*», «*Contra el separatismo, contra la inmigración, contra el capitalismo*». Se proyectan video-composiciones con su logo donde se emiten mensajes a través de canciones e imágenes que incitan al odio y a la

violencia contra los inmigrantes: «una bala en tu cabeza y un putito negro menos», «yo odio al latin king, escupo en tu cara»; se ejecutan ejercicios de defensa en que se exhiben diversos tipos de armas y emblemas del nazismo, esvásticas y cruces célticas.

— **Razonamientos:**

- *Se distingue entre el discurso del odio y el discurso ofensivo o impopular (de los cuales solo el último está protegido por la libertad de expresión, STEDH 97/1999). El art. 20 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social (STC 214/1991, de 11 de diciembre).*
- Las posturas que evidencian el genocidio nazi suponen una incitación racista (STC 214/1991, de 11 de noviembre, y 13/2001, de 29 de enero).
- No es preciso que se hayan ejecutado actos de promoción, basta con que la asociación se dedique a ello (promover = iniciar, impulsar).
- No solo es ilícita la asociación que incita a la discriminación, sino también la que simplemente la promueve (STS de 12 de abril de 2011).
- Es irrelevante que los vídeos fueran realizados o no en su totalidad por miembros de la asociación, ya que la exhibición de tales imágenes promueve la discriminación, el odio o la violencia independientemente de la identidad del autor.
- No se acoge la alegación de la defensa referente a que se trata de vídeos colgados en Internet únicamente para visionado propio, ya que: *a)* tanto la web de la asociación como la web Youtube tenían carácter público y podían ser visitadas por multitud de personas, y *b)* en la web de la asociación se incluía un foro sin limitación en cuanto a su inscripción o registro, lo que lo equiparaba a un foro de acceso público.
- Se conocía la existencia de un apartado en la web de la asociación donde se incluían carteles y pasquines que los usuarios de la web podían descargar y distribuir (con eslóganes como «Europa blanca», «Stop inmigración», «Zona protegida por skinheads», «Todo aquel que no sea

buen ciudadano español será condenado a abandonar la ciudad» y similares) con actividad de propaganda.

- Se condena a uno de los acusados que firmó el acta de constitución de la asociación, aunque en la última época apenas mantenía contacto con el resto de miembros, atendiendo a que el art. 517.1 CP castiga a los fundadores de la asociación ilícita.
 - La conducta que se considera punible es la pertenencia a la asociación ilícita, con independencia de las conductas delictivas que la asociación o cada uno de sus miembros de manera individual puedan cometer, ya que se trata de un delito de peligro que trata de arbitrar una tutela anticipada frente a eventuales lesiones de bienes jurídicos (mención a la STS de 19 de enero de 2007).
- **Criterios de determinación de la pena:**
- Tiempo por el que se prolongó la asociación (dos años).
 - La publicidad conseguida de sus ideas, que alcanzó nivel nacional a la vista de los participantes en el foro de la web de la asociación.

SAP Barcelona de 23 de febrero de 2015, banda White Rebels Barcelona (WRB)

- **Supuesto:**
- Banda integrada por jóvenes *skinheads* de ideología nacionalsocialista, cuya composición era variable, con vocación de permanencia.
 - La banda se confrontaba con grupos ideológicamente rivales; buscaba objetivos seleccionados por su origen, raza, etnia u orientación sexual; difundía proclamas de carácter ofensivo y vejatorio contra musulmanes, judíos, inmigrantes y afrodescendientes, entre otras minorías, y en defensa de la supremacía de la raza aria sobre las demás; y se dirigía a crear entre la población sentimientos de hostilidad, animadversión, agresividad y trato desigual injustificado contra dichos colectivos.
 - Uso de la violencia para conseguir los objetivos de la banda.
 - Se incautan, en poder de uno de sus miembros, documentos en que se establecen los principios de acción y se dan pautas para la creación y organización del grupo, así como criterios de comportamiento y método de selección de los candidatos a formar parte de él.

- Se incauta asimismo un documento en que se programa una actividad en apoyo del librero Pedro Varela (encarcelado por la difusión de ideas que justifican el genocidio).
 - Entre las actividades marcadas se encontraban actos de ataque a tiendas de inmigrantes o centros de culto como sinagogas, y las «*noches de caza*» o «*cacerías*» (agresiones contra personas que se consideran rivales o enemigos), empleando armas blancas e instrumentos peligrosos incautados en los domicilios de los acusados.
 - Miembros del grupo agredieron a un exmiembro que decidió abandonarlo y frecuentar personas de ideología contraria, con amenazas en persona y en las redes sociales; y agredieron también a una persona que acudió en su ayuda en el momento de ser golpeado.
- **Fallo:** condena por diversos tipos penales:
- Delito de asociación ilícita de los arts. 515.5 y 517.1 CP en concurso de normas con el art. 570 bis CP, resuelto conforme al art. 8.1 CP en relación con el art. 570 quáter 2 in fine CP (es decir, con aplicación de las normas del art. 515.5 CP).
 - Delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución en su modalidad de provocación a la discriminación, el odio o la violencia del art. 510.1 CP.
 - Delito de lesiones de los arts. 147 y 148 CP, en concurrencia de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 CP y de discriminación por motivos ideológicos del art. 22.4 CP, y falta de lesiones del art. 617.1 CP.
 - Delito de tenencia de armas prohibidas del art. 563 CP.
 - Delito de amenazas del art. 169.1.2 CP, en concurrencia de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 CP y de discriminación por motivos ideológicos del art. 22.4 CP.

5.9. Delitos que afectan a los sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP)

El **marco constitucional** que se proyecta como base de los tipos penales previstos en los arts. 522 a 525 CP y que se pueden englobar bajo el concepto de *delitos que afectan a los sentimientos religiosos* se corresponde con los arts. 16.1 CE y 20.1 CE:

- Art. 16.1 CE: garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
- Art. 20.1 CE: recoge el derecho a la libertad de expresión, en virtud del cual una persona tiene derecho a no compartir y a discrepar de las creencias religiosas que los demás pueden tener.

Para hacer **efectiva** la protección contenida en el art. 16 CE, se tipifican en los arts. 522 a 525 CP **dos categorías diferentes de delito**:

- Delitos contra los sentimientos religiosos (imposición violenta de actuaciones que impiden u obligan a la práctica religiosa, o perturbación violenta de actos de culto u otras manifestaciones) (arts. 522 y 523 CP).
- Conductas de profanación religiosa o escarnio (arts. 524 y 525 CP).

5.9.1. Delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522 y 523 CP)

El **art. 522 CP** castiga dos supuestos:

- *«1º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a ellos.»*
- *«2º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión o a mudar la que profesen.»*

Bien jurídico protegido: en este ámbito cabe distinguir dos bienes jurídicos diferentes, de manera que, directamente, lo que se protege por el tipo penal es la libertad individual de conciencia; e, indirectamente, se está tutelando la institución religiosa a la que el individuo pertenece (en tanto en cuanto el hecho religioso es un fenómeno comunitario e institucionalizado).

Elementos del tipo penal: desde la perspectiva del tipo objetivo, el punto de conexión de todas las acciones previstas en el pre-

cepto lo encontramos en el empleo de la violencia física o moral, pudiendo distinguirse tres variantes:

- El empleo de la violencia física o moral para impedir a un miembro de una confesión religiosa practicar o asistir a actos propios de las creencias que profesa.
- El empleo de la violencia física o moral para forzar a otros a practicar o concurrir a actos de culto o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión.
- El empleo de la violencia física o moral para forzar a otros a mudar la religión que profesan.

En cuanto al **tipo subjetivo**, se trata de un delito doloso que acepta el dolo en todas sus modalidades, excluyendo la imprudencia.

Características

- La confesión religiosa contenida en el precepto no exige para que este sea de aplicación la inscripción en el registro público creado por la Ley de libertad religiosa en su art. 5.
- En el supuesto de cometerse el delito contra una pluralidad de personas con una misma acción, no se distinguen tantos delitos como personas lesionadas en su libertad de conciencia; solo cabrá apreciar uno.
- Se trata de un supuesto específico y privilegiado de coacciones, que da lugar a un concurso de leyes por criterio de especialidad del art. 8 CP.

El **art. 523 CP** contempla la interrupción o perturbación de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones religiosas: *«El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior.»*

Bien jurídico protegido: el tipo penal del art. 523 CP tutela tanto la libertad religiosa de los individuos como la libertad religiosa de las confesiones, si bien con la característica de que no queda cubierto por el precepto el supuesto de confesiones religiosas no inscritas en el registro público.

Elementos del tipo: el **tipo objetivo** estaría cubierto por todas aquellas acciones dirigidas a impedir, interrumpir y perturbar de-

terminados actos religiosos de aquellas confesiones que gocen de protección penal.

La interrupción no ha de ser momentánea y la perturbación debe alcanzar un nivel notorio de trascendencia, y las «*manifestaciones*» a que se refiere el precepto pueden corresponderse con procesiones y otras ceremonias estrictamente religiosas que se celebran en la vía pública.

Con relación al **tipo subjetivo**, se trata de un delito doloso que acepta el dolo en todas sus modalidades, excluyendo la imprudencia.

Penalidad

- La pena es más grave –de prisión– si la acción se comete en un lugar de culto que en el resto de los casos –de multa.
- No se especifica si se excluyen del concepto «*lugar de culto*» los que no tengan carácter permanente, y de acuerdo con la STC de 15 de febrero de 2001 debe interpretarse que una de las manifestaciones esenciales de la libertad religiosa es la determinación de los lugares de culto.

Problemas concursales: se aprecia una relación de especialidad con el art. 559 CP (precepto que sanciona la acción de perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguien ejercer sus derechos cívicos); el art. 169.2 CP (tipo penal que recoge la amenaza no condicional); y el art.172 CP (que castiga a aquel que actúa para impedir a otro con violencia lo que la ley no prohíbe).

5.9.2. *Conductas de profanación religiosa o escarnio (arts. 524 y 525 CP)*

El **art. 524 CP** tipifica la actividad de profanación, y castiga al que: «*en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutar actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados.*»

Bien jurídico protegido: se tutelan por el tipo penal los sentimientos religiosos, y un acto de profanación ejecutado en la intimidad o en secreto es atípico por falta de idoneidad para ofender sentimientos religiosos de otros.

Elementos del tipo penal

El **tipo objetivo** del art. 524 CP está integrado por tres elementos:

- Deben ejecutarse actos de profanación (interpretando el verbo *profanar* como tratar una cosa sagrada sin el debido respeto o aplicarla a usos ajenos a aquel para el que fue creada).
- Dichos actos deben ser ejecutados en el templo, en lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas; si bien es de posible aplicación si se trata de una ceremonia religiosa celebrada en algún emplazamiento que no sea un templo.
- Dichos actos deben ser idóneos para ofender y objetivamente graves, y no es necesario para la consumación del delito que se hayan visto efectivamente lesionados los sentimientos de alguna persona o de una colectividad.

Desde el punto de vista del **tipo subjetivo**, nos encontramos ante un tipo doloso, que comprende el ánimo de ofender los sentimientos religiosos (STS de 25 de marzo de 1993).

Problemas concursales

- Si tras el acto de profanación se lleva a cabo una acción de apoderamiento de la cosa sagrada, deberá apreciarse un concurso real con el delito de robo o hurto que constituya la sustracción.
- En el supuesto de que la cosa sagrada se destruya o deteriore con el acto de profanación, entra en juego la figura del concurso ideal con un delito de daños.
- Si el delito de profanación se comete durante un acto o ceremonia religiosa que se interrumpe o se perturba, cabrá aplicar las normas de concurso (normalmente ideal) con los delitos previstos en los arts. 523 y 524 CP.

El **art. 525 CP** tipifica penalmente la ofensa de los sentimientos de los miembros de una religión o el escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna. Se castigan dos supuestos diferentes en el precepto: *1º Escarnio público, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o que vejen públicamente a quienes los profesen o practican, para ofender*

los sentimientos de una confesión religiosa. 2º Escarnio público, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

Bien jurídico protegido: la norma está tutelando de una forma directa la libertad de conciencia en el ámbito religioso e, indirectamente, también protege la dignidad de las confesiones religiosas, así como los sentimientos de las personas que no profesan ninguna religión.

Elementos del tipo penal:

La acción comprendida en el **tipo objetivo** permite distinguir tres modalidades:

- Escarnio del que profesa una religión (escarnio interpretado como la mofa, la burla o la ridiculización para ofender a otro).
 - El escarnio ha de tener por objeto dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa.
 - La acción ha de realizarse públicamente (debe tener, por tanto, trascendencia) aunque no sea en un lugar sacro.
- Acción vejatoria hacia el que profesa una religión (en el sentido de trato molesto y perjudicial): la acción debe ser pública aunque no sea en un lugar sacro. Los destinatarios de la acción se caracterizan por su condición de miembros o practicantes de una confesión religiosa.
- Escarnio público de quien no profesa religión alguna.

Con relación al **tipo subjetivo**, este es doloso, con necesaria presencia de un *animus iniuriandi*.

Problemas concursales

- En el supuesto de que el escarnio o la acción vejatoria constituya a su vez una injuria, se aprecia una concurrencia normativa con el delito de injurias que se resuelve con la aplicación del art. 525 CP en virtud del principio de especialidad.
- Si se trata del caso en que la acción vejatoria va acompañada de una agresión, el delito que esté constituido por la agresión concurrirá en concurso real con el delito del art. 525 CP.

5.9.3. *Jurisprudencia destacable*

STS de 25 de marzo de 1993

Se confirma la sentencia absolutoria entendiendo que no concurre el tipo penal en el supuesto de la emisión en un programa de televisión musical de un vídeo donde aparecía la figura de un crucificado con la cabeza de un carnero, y se argumenta que falta en la conducta la intención de ofender, siendo la finalidad de la emisión la de dar a conocer tendencias musicales de vanguardia.

SAP Valladolid de 21 de octubre de 2005

No concurre si la finalidad de la acción enjuiciada es expresar una opinión discrepante con una creencia religiosa: persona que pasea con la fotografía de la Virgen María y Jesucristo con la leyenda «*adúltera y bastardo*», que explica a los transeúntes que discrepa del dogma de la virginidad de María (la conducta se califica de «*extravagante*», pero sin intención de lesionar sentimientos religiosos ajenos).

AAP Valladolid de 9 de junio de 2011

Confirmada por el TS: no concurre en la obra La revelación de Leo Bassi en la que el cómico se disfrazaba de Papa telepredicador (“no creer en los dogmas de una religión y manifestarlo públicamente entra dentro de la libertad ideológica y de expresión”). Se interpreta que se imita al Papa de la Iglesia Católica parodiándolo pero sin contener elementos denigrantes o humillantes.

AAP Madrid de 26 de junio de 2007

No concurre en el programa de televisión que informa acerca de los dogmas de fe de una creencia religiosa, y de aspectos adyacentes como su financiación.

SJP nº 8 Madrid de 8 de junio de 2012

No concurre en el programa de televisión que emitió un fragmento de un cortometraje realizado por Javier Krahe (*La cristofagia*) en el que una persona manipula un crucifijo, separa la imagen de Cristo de la cruz, lo introduce en una fuente con lecho de patatas, la unta de mantequilla y la introduce en el horno; con un diálogo entre Javier Krahe y el presentador del programa en que se describe la situación. Razোনamientos de la absolución:

Se trata de la emisión de un programa de entretenimiento, desvinculado de cualquier práctica religiosa y no dirigido específicamente a los fieles de una confesión, sino al público en general.

La intención era tratar la publicación de un producto discográfico que la productora consideró un tema de actualidad.

Las imágenes y opiniones carecen del sentido ofensivo que exige el tipo penal, se trata del empleo de la sátira como recurso artístico para hacer crítica social y mostrar la oposición del autor a determinados modelos. El sentido del cortometraje es satírico, provocador y crítico, pero carece de la naturaleza de burla tenaz que constituye el escarnio.

5.9.4. Resoluciones destacables con relación a la libertad religiosa cuando entra en contradicción con otros derechos y libertades

STEDH de 1 de julio de 2014 (caso SAS contra Francia, demanda contra el Estado de Francia por la ley de prohibición de uso del burka y el niqab en espacios públicos)

Según la sentencia, la ley francesa no vulnera los arts. 8 (derecho al respeto a la privacidad), 9 (derecho al respeto a la libertad de pensamiento o religión) ni 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Argumentos:

- La finalidad de la ley francesa es el respeto a la convivencia común (el velo integral impide la interacción entre las personas).
- El Estado francés tiene un amplio margen de apreciación para aplicar la norma (la sanción adoptada está entre las más ligeras que podían considerarse, ya que se trata de una multa de 150 euros como máximo, con la posibilidad de que el juez decida que se realice un curso de ciudadanía junto con la multa o en sustitución de esta).
- Otras SSTEDH anteriores que declaran la legalidad de normas que afectan a elementos religiosos:
 - Cubrimiento de la cabeza con un pañuelo en instituciones educativas de Turquía (STEDH 46/2004).
 - Obligación de retirar un elemento de vestimenta con connotación religiosa en un control de seguridad (STEDH de 11 de enero de 2005, Phull contra Francia).
 - Obligación de aparecer con la cabeza descubierta en la foto identificativa destinada a documentos oficiales (STEDH de 11 de junio de 2007, Mann Singh contra Francia).

- Posiciones encontradas frente a la postura de prohibición general del uso del burka o niqab:
 - Opinión de Thomas Hammaberg –excomisionado de Derechos Humanos en el Consejo de Europa– (*Derechos humanos en Europa: la complacencia no tiene lugar*, Ediciones del Consejo de Europa, 2011 pp. 44-48): la prohibición puede agravar en las sociedades europeas la alienación de mujeres oprimidas y no se corresponde con los valores europeos (diálogo multicultural y respeto a los derechos humanos).
 - Recomendación nº 5 de política general de la ECRI, de 16 de marzo de 2000: se recomienda a los Estados miembros en los que las comunidades musulmanas están asentadas y viven en una situación de minoría que aseguren que no se las discrimine en lo que respecta a las circunstancias en las que organizan y practican su religión.
 - Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1743 (2010) y Recomendación 1927 (2010): las consecuencias de la prohibición pueden ser el confinamiento de las mujeres en sus hogares.
 - La STS de 14 de febrero de 2013 anula la sentencia del TSJ de Cataluña que consideró ajustada a derecho la ordenanza municipal del Ayuntamiento de Lleida que limitaba o prohibía el acceso a espacios o dependencias municipales de servicio público a personas con velo integral. Argumentos: los derechos fundamentales (en este caso, el derecho relativo a la libertad de expresión, religión y culto) solo pueden limitarse mediante una ley; no se demuestra que el uso del velo integral afecte a intereses de paz social, seguridad pública u orden público; no es posible limitar una libertad constitucional basándose en la suposición de que las mujeres que lo usan lo hacen bajo amenaza; y generaría una discriminación contra las mujeres que lo emplean, lo cual es contrario al objetivo de integración social de los inmigrantes.

STEDH 20/09/94, caso de la Asociación Otto Preminger contra Austria

Supuesto: la asociación austríaca Otto Preminger, que gestionaba una sala de proyecciones cinematográficas en Innsbruck, anunció en medios de comunicación la proyección en aquel local de la

película *El concilio del amor (Das Liebeskonzil)*, dirigida por Werner Schoeter, basada en una obra de teatro de final del s. XIX por la que su autor, Oskar Panizza, fue condenado por delito de blasfemia. En la publicidad se avanzaba un extracto de la película en que se indicaba que no era apta para menores de 16 años; y se advertía un carácter agresivo contra los dogmas y figuras sagradas de la Iglesia Católica: presentaba al Dios cristiano como un idiota senil e impotente, a Jesucristo como un hijo malcriado y a la Virgen María como una desvergonzada.

Fallo: se considera ajustada a la legalidad la decisión de la autoridad judicial austríaca de secuestrar y confiscar la película entendiéndose que el derecho a la libertad de expresión se ha extralimitado en su ejercicio (el tribunal austríaco precisa que la indignación es legítima cuando procede de un acto capaz de ofender los sentimientos religiosos de una persona normal con una sensibilidad religiosa también normal). Voto particular de tres magistrados disidentes.

Razonamientos:

- La libertad de expresión (art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) ampara la posibilidad de manifestar críticas de confesiones o dogmas religiosos, pero existe la obligación de evitar en la medida de lo posible aquellas expresiones gratuitamente ofensivas para los demás, atentatorias a sus derechos y que, además, no contribuyen en forma alguna a enriquecer el debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos propios del género humano.
- El respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes (art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, libertad religiosa) ha sido violado por la exhibición de imágenes profanadoras de objetos de veneración religiosa (imágenes que se consideran una «malévola violación del espíritu de tolerancia que debe caracterizar una sociedad democrática»).

STEDH de 4 de noviembre de 2003, caso contra Turquía

Supuesto: la autoridad judicial turca impone al dirigente de una secta islamista una pena de dos años de privación de libertad y una multa de 600.000 libras turcas por atacar en un programa de debate de una televisión privada el sistema impuesto en Turquía por Kemal Atatürk (el kemalismo, sistema político instaurado en 1923 que convierte en un principio constitucional decisivo el de la laicidad del Estado) y

defender la pretensión de instaurar un régimen basado en la Sharía (la ley islámica).

Fallo: se aprecia una desproporción en la reacción de Turquía y se estima que este Estado no debió sancionar, de modo que Turquía incumplió su compromiso de respetar la libertad de expresión.

Razonamientos:

- En la emisión, unas opiniones se contrapesaban con las otras.
- La propuesta de introducir la Sharía no iba acompañada de ninguna referencia al uso de la fuerza.
- El debate pluralista debe permitir las voces diferentes y disidentes.

ST de 13 de febrero de 2003, Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía

Supuesto: la autoridad judicial turca impone un sanción al Refah Partisi por haber declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la ley islámica, dejando planear la duda sobre su posición en cuanto al uso de la fuerza a fin de acceder y permanecer en el poder.

Fallo: se considera la sanción ajustada a la legalidad,

Razonamientos:

- La sanción responde a una «*necesidad social imperiosa*».
- Aunque el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, siendo el pluralismo de las ideas y de los partidos inherente a la democracia, el Estado implicado puede impedir la realización de un proyecto político incompatible con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que pueden comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país.

STEDH de 3 de noviembre de 2011, caso Lautsi contra Italia

Supuesto: demanda contra Italia por permitir que en una escuela pública se exhibiera un crucifijo.

Fallo: se condena a Italia por violación del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

Razonamientos:

- El CEDH garantiza tanto la libertad positiva como la negativa.
- Las aulas deben favorecer la tolerancia y el pluralismo.
- Principio de neutralidad de los Estados: el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o de sus modalidades de expresión.

STEDH de 23 de septiembre de 2010, caso Schüth contra Alemania

Supuesto: en aplicación de los principios fundamentales de la Iglesia Católica, que consagra los lazos indisolubles del matrimonio, una parroquia católica despide a la persona contratada como organista y músico porque se separó de su esposa y dos años después tuvo un nuevo hijo con otra mujer. La autoridad judicial alemana consideró que el despido se ajustaba a la legalidad entendiendo que la parroquia no podía seguir empleando al trabajador sin perder su credibilidad en cuanto al carácter obligatorio de sus prescripciones religiosas y morales, y porque su actividad estaba en estrecha relación con la misión de proclamación de la Iglesia.

Fallo: el TEDH concluye que el Estado alemán no proporcionó al trabajador la protección necesaria y se violó el art. 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar de cada persona); la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que constituyen legalmente medidas necesarias en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de los demás.

Razonamientos:

- El trabajador, al firmar el contrato laboral, aceptó un deber de lealtad hacia la Iglesia Católica que limitaba hasta cierto punto su derecho al respeto de su vida privada; tales limitaciones contractuales están autorizadas por el Convenio si se aceptan libremente.

- Sin embargo, no se puede interpretar la firma del contrato como un compromiso personal de vivir en abstinencia en caso de separación o divorcio, ya que esta interpretación afectaría al corazón mismo del derecho al respeto a la vida privada de la persona; además, este trabajador no estaba sometido a elevadas obligaciones de lealtad.

STEDH de 27 de junio de 2000, caso Cha'are Shalom contra Francia

Supuesto: las autoridades francesas deniegan a una asociación religiosa judía ortodoxa un permiso administrativo especial para acceder a los mataderos y efectuar sacrificios rituales de animales conforme a las prescripciones de su religión.

Fallo: la medida adoptada por las autoridades francesas no constituye una interferencia desproporcionada sobre el derecho a la libertad religiosa ni representa un trato discriminatorio frente a la asociación religiosa.

Razonamientos:

- El sacrificio ritual de animales constituye una manifestación esencial de la religión judía.
- Se justifica el establecimiento por parte de los Estados de condiciones restrictivas para la concesión de permisos en esta materia en aplicación de los principios que impiden causar sufrimiento innecesario a los animales y el interés general en mantener un control sobre las condiciones de higiene en el procesamiento de la carne.
- Los miembros de la asociación religiosa pueden obtener fácilmente en Francia productos cárnicos certificados por otra asociación judía ultra-ortodoxa radicada en Bélgica.

6. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS

6.1. ¿Una clase especial de víctimas?

Los delitos de odio consisten en la realización de una conducta legalmente definida como delito mediante la cual el autor expresa odio o discriminación hacia un grupo social. Una **característica esencial de esta clase de delitos es que la víctima es seleccionada por el autor como consecuencia de una adscripción social que la vincula a un determinado grupo**. Es esa adscripción, derivada de su origen nacional o étnico u otras circunstancias relacionadas con su identidad, como el género o la orientación sexual, la que convierte a la víctima en un objetivo atractivo para el autor. La victimización, en tanto en cuanto experiencia siempre condicionada socialmente, no puede ser adecuadamente comprendida sin tener en cuenta este elemento. Asimismo, es necesario reconocer que el **grupo social** al que, desde la percepción social que condiciona la conducta del autor, está vinculada la víctima directa **es también destinatario del mensaje discriminatorio y puede considerarse de algún modo víctima indirecta del hecho**.

La investigación criminológica sobre los delitos de odio ha señalado que un elemento intrínseco a esta experiencia de victimización es el mensaje intimidatorio, en que las características individuales de la víctima no son relevantes en comparación con el significado social que esta tiene. El objeto de la agresión por odio no es lo que la víctima es individualmente, sino lo que representa.²⁵⁸ Según algunos enfoques, las ideas de jerarquía y dominación son inherentes a la victimización por odio, pues la violencia se ejerce como expresión de la actitud social hegemónica que perpetúa la subordinación de ciertos grupos y es una violencia «*punitiva*» que tiene una función de recordar a los miembros

258. Véase, en este sentido, GARLAND, J., «Difficulties in defining hate crime victimization», *International Review of Victimology*, vol. 18 (1), 2011, pp. 25-37.

de estos grupos la posición que les corresponde en la sociedad.²⁵⁹ Esta perspectiva ha sido discutida con el argumento de que responde a ciertas formas de victimización por odio, como la de tipo racista, pero no se adecúa a la violencia y los abusos que tienen como objeto personas con discapacidad, ancianas o sin hogar, en que su selección como objetivos de acciones delictivas tiene que ver con el hecho mismo de su vulnerabilidad y de que responden en mayor medida a la imagen social de la «víctima ideal».²⁶⁰

Según pone de manifiesto la Fundación Rais,²⁶¹ dedicada a la atención a personas sin hogar, ningún delito es inofensivo para quien lo sufre, pero una **característica diferencial de los delitos de odio es que suponen una manifestación clara del rechazo a la identidad de la víctima**. El mensaje que subyace a este tipo de delitos es «*no eres digno o digna de mi respeto por quién eres o lo que representas*». ¿Quién puede mantenerse indiferente frente a este mensaje? En este sentido, **los delitos de odio generan más daño que un delito de carácter ordinario e incrementan la sensación de vulnerabilidad, en la medida que la víctima poco puede hacer para cambiar la característica por la que el agresor ha decidido cometer el delito**.

Y añade dicha fundación que más allá de los potenciales daños de carácter físico que algunos tipos de delitos de odio pueden provocar por la propia naturaleza de la agresión, el impacto más importante tiene que ver con las **consecuencias psicológicas de estos delitos**. En todo caso, no hemos identificado ningún estudio que haya recogido información sistemática sobre las consecuencias físicas de este tipo de delitos, independientemente del colectivo afectado. Los síntomas más habituales observados en personas que han sufrido delitos de odio son **ansiedad, depresión y miedo a que se vuelva a repetir**. Así, por ejemplo, los resultados de una investigación llevada a cabo por el Leicester Centre for Hate Studies (Chakraborti, Garland y Hardy, 2014) ponen de manifiesto que el 91% de las personas entrevistadas víctimas de algún delito de odio, por distintos motivos, informaban que el miedo les había afectado a su calidad de vida en alguna medida. De hecho, observaron que un 46% de personas con problemas de salud mental y un 38% de personas transgénero que habían sido víctimas de

259. Así PERRY, B., *The victims of hate crime*, Londres, Greenwood Publishing Group, 2009.

260. Véase GARLAND, «Difficulties in defining hate crime victimization», cit.

261. RAIS FUNDACIÓN, *Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, Rais Fundación, 2015. http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf?utm_source=Empleados_RAIS_2015&utm_campaign=a7c0625835-informeHatento5_26_2015&utm_medium=email&utm_term=0_2c34d19c82-a7c0625835-103534249.

delitos de odio habían tenido ideas de suicidio a partir de sufrir estas experiencias.

Los delitos de odio se caracterizan por tener un profundo impacto en la víctima, pero no solo sobre la víctima inmediata, sino también sobre el grupo con el que la víctima se identifica, ya que suponen una amenaza dirigida a atemorizar y amedrantar al colectivo al que pertenece, y ello afecta muy directamente tanto a la cohesión de la comunidad como a la estabilidad social.

Debe distinguirse la victimización por odio del riesgo de victimización inherente a determinados grupos sociales. Esta teorización parte de la constatación de que el riesgo de victimización no se distribuye de modo uniforme entre la población, sino que hay circunstancias como la edad o el estilo de vida que determinan diferencias relevantes. Las personas con discapacidad y la población inmigrante son dos colectivos sobre los que la investigación criminológica ha apreciado que existe un riesgo diferencial de victimización. Por ello estas personas son calificadas como víctimas de riesgo. En menor medida se ha detectado un riesgo diferencial en personas que pertenecen a ciertas minorías étnicas o religiosas, así como en la población homosexual masculina en ciertos ámbitos, como el escolar, penitenciario o militar.

Las **personas con discapacidad psíquica o cognitiva** presentan un riesgo de victimización que se sitúa muy por encima de la población general, hasta el punto de que algunos estudios han señalado que tienen entre cuatro y diez veces más probabilidades de ser victimizadas que el resto de personas. Las causas que se apuntan de este elevado riesgo tienen que ver, según algunos estudios, con las relaciones de dependencia respecto de sus cuidadores, las limitaciones comunicativas o su conducta conformista, aspectos que no tienen relación con la dinámica de los delitos de odio sino con el hecho de ser objetivos fáciles. Pero existen estudios que vinculan el riesgo diferencial de victimización con la motivación propia de los delitos de odio. La victimización por odio puede afectar tanto a las personas con discapacidad psíquica o cognitiva como a las que están afectadas por una discapacidad física o sensorial.

Además de víctimas de riesgo, las personas con discapacidad son especialmente vulnerables a los efectos de la victimización. En relación con las personas con discapacidad psíquica o cognitiva es necesario superar los prejuicios que consideran que son personas que tienen menor capacidad de sufrimiento psíquico. Por el contrario, se ha llegado incluso a constatar que la experiencia de ser víctima puede tener un grave impacto en su estado mental, con manifestaciones de depresión o ansiedad que inciden en su vida cotidiana y en la relación con

las personas de su entorno. Los sentimientos de indefensión y de pérdida de confianza pueden ser particularmente negativos para la vida social de estas personas, dada su dificultad para comunicarse y solicitar apoyo.

Por otra parte, diversos estudios han revelado que las **personas inmigrantes**, de modo especial las que presentan rasgos físicos no europeos, son víctimas de más delitos contra bienes jurídicos personales que la población autóctona. La Encuesta nacional de victimización de EEUU de 2006 hizo aflorar diferencias raciales o étnicas en el delito de robo: si la media de robos es de 2,9 por 1.000 habitantes, en el caso de la minoría afroamericana la ratio se eleva a 3,8 y en los hispanos a 4,9.²⁶² En esta y en otras encuestas se ha constatado que la diferencia aumenta a medida que se incrementa la distancia cultural y racial con la población mayoritaria del país receptor. El elevado riesgo de victimización de las personas inmigrantes ha sido explicado por el hecho de tener un estatus jurídico diferenciado respecto al de la población nacional, o por factores relacionados con el estilo de vida o por sus características étnicas diferentes a las de la mayoría que hacen más fácil su identificación. Estas explicaciones se confirmarían por el hecho de que la mayor victimización se detecta entre las personas que se encuentran en situación ilegal y en los hombres que hacen más vida en la calle. Agresiones, amenazas y vandalismo son los delitos que más se acostumbra a cometer por motivos racistas.²⁶³

En Europa destaca el Informe EU-MIDIS de 2009, promovido por la FRA, en el que se analizó la discriminación y la victimización de diversas minorías en veintisiete Estados europeos, entre los cuales se encuentra España. El promedio del índice de victimización en todos los colectivos examinados en este estudio es del 24% en el período de doce meses, muy por encima de la población autóctona, si se comparan estos resultados con las encuestas de victimización realizadas en los diferentes países. Así, por ejemplo, la última gran encuesta europea de victimización, efectuada en 2005 en dieciocho países arrojó una media de un 14%.²⁶⁴ En todas las tipologías delictivas analizadas, el grupo minoritario con una mayor prevalencia es el subsahariano (el 33%), seguido de cerca por el colectivo gitano (32%). Según manifiestan las víctimas,

262. Véase KARMEN, A., *Crime victims. An introduction to Victimology*, Belmont, 7ª ed., 2010.

263. Véase SALISBURY, H.; UPSON, A., *Ethnicity, victimization and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03 British Crime Surveys*, Londres, Home Office 2004.

264. Véase VAN DIJK, J., *et al.*, *The Burden of crime*, 2005.

a menudo las agresiones están relacionadas con motivos racistas. La encuesta pone de relieve también el bajo índice de denuncia. Entre el 57% y el 74% de los delitos de agresiones y amenazas no fueron denunciados a la policía, aun cuando gran parte de estos hechos fueron calificados como serios por las víctimas (entre el 60% y el 75%). Más reducida resultó aún la tasa de denuncia en los casos de asalto grave, en que son tan solo entre un 10% y un 30% los casos denunciados a las autoridades.

También se ha apreciado la existencia de una especial vulnerabilidad en las personas inmigrantes, dado que la experiencia de victimización interacciona con los factores de estrés propios del hecho migratorio. La victimización con motivación racista puede provocar un importante malestar psíquico, emocional y social, efectos que a menudo no son adecuadamente reconocidos por los profesionales. El mensaje de exclusión social o de carácter degradante propio de la victimización racista daña la autoestima y los vínculos sociales de la víctima y puede verse agravado si esta se encuentra aislada y no recibe apoyo por parte de su entorno.

La formulación criminológica y jurídica de los delitos de odio como categoría conceptual remite al problema de la construcción de la victimidad. La definición de los delitos de odio presupone una selección de las víctimas cuyas características las hacen acreedoras de una especial protección penal, lo cual conduce a la problemática de la «*víctima ideal*» o de las «*jerarquías de víctimas*». Por esta razón, algunos autores advierten que los grupos de víctimas susceptibles de recibir tal especial protección no deberían limitarse a aquellos que tienen una tradición histórica de discriminación o que disponen del apoyo de grupos organizados dispuestos a luchar por sus intereses, como, por ejemplo, homosexuales, mujeres o minorías étnicas o religiosas. Según esta concepción, la victimidad propia de los delitos de odio debería definirse a partir de las notas *vulnerabilidad y diferencia* en lugar de centrarse en las ideas de identidad y pertenencia a un grupo.²⁶⁵ De este modo, las personas sin hogar pueden ser consideradas víctimas de ataques «*de odio*» en la medida que tales ataques expresen un rechazo de su diferencia o una reafirmación de su vulnerabilidad. Lo que caracterizaría la agresión a una persona sin hogar, a una persona con discapacidad o a un inmigrante sin papeles como delito de odio no es propiamente el abuso de su vulnerabilidad como medio para facilitar al autor la comi-

265. Véase, en este sentido, CHAKRABORTI, N.; GARLAND, J., «Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and difference», *Theoretical Criminology*, n° 16 (4), 2012, pp. 499-514.

sión del delito, sino que el agresor conciba su acto precisamente como forma de hacer patente a la víctima su vulnerabilidad.²⁶⁶

6.2. **Victimización primaria: el impacto diferencial de la victimización por odio**

La investigación criminológica muestra que las agresiones físicas, el acoso verbal y las amenazas por teléfono o mediante Internet son las formas más frecuentes de delitos de odio denunciados a la policía. Es menor la frecuencia con que se producen otra clase de hechos, como ataques a viviendas, actos de vandalismo, robos o colocación de signos o eslóganes de odio en sitios próximos al lugar de residencia o de trabajo de las víctimas.

Es habitual reconocer que en esta clase de hechos existe un **elevado porcentaje de delitos no conocidos oficialmente**, dada la resistencia de las víctimas a denunciarlos. La baja tasa de denuncia puede explicarse por diversas razones, como la falta de conciencia de la víctima del carácter delictivo del hecho sufrido, la desconfianza en la policía y en el sistema judicial, o las barreras lingüísticas o culturales. La desconfianza es en esta clase de delitos un elemento importante a tener en cuenta, dado que en gran parte se basa en una percepción que identifica a los policías, jueces y fiscales como representantes de la mayoría social en nombre de la cual se cometió el delito y perpetuadores de los prejuicios racistas, homófobos o discriminatorios, por lo cual no es fácil que las víctimas crean que serán sensibles a sus necesidades.

Para conocer y medir la dimensión real de los delitos de odio debe tenerse en cuenta también que las encuestas de victimización normalmente no recogen preguntas específicas sobre estos delitos o sobre la motivación discriminatoria o de odio de las agresiones, ame-

266. Por otra parte, otros autores advierten la necesidad de poner límites a la selección de los colectivos de víctimas susceptibles de la protección especial propia de los delitos de odio. Como ejemplo, las conductas hostiles contra pedófilos protagonizadas por personas o grupos movidos por actitudes de exclusión social o de caza de brujas contra estas personas –que han despertado la lógica preocupación de muchos liberales y defensores de los derechos humanos especialmente ante los actos de represalia que a menudo han tenido como destinatarios a personas meramente sospechosas de posibles abusos sexuales contra menores– no podrían ser entendidos propiamente como delitos de odio, ya que el colectivo de pedófilos no puede ser considerado un grupo que realiza una actividad social como expresión de su diferencia (Mason). Los ataques a estas personas no serían, por tanto, ni menos ni más graves por el hecho de estar motivados por una hostilidad hacia este grupo.

nazas u otros delitos convencionales. Existen, además, pocas encuestas específicas. El instrumento más consolidado en el ámbito español, la Encuesta de seguridad pública de Cataluña, no incluye referencias de este tipo.

Concepto: entendemos por *victimización primaria* el daño físico, psíquico, emocional o material derivado directa o indirectamente de un hecho delictivo. En los delitos de odio, el impacto directo se produce sobre la persona que sufre la agresión o el acto con motivación discriminatoria, pero puede existir una *victimización refleja*, que afecta a otros miembros del colectivo al que pertenece, que pueden sentirse intimidados como consecuencia del mensaje de odio inherente al acto.

En lo que concierne al impacto directo, la investigación victimológica ha examinado si existen evidencias de que los delitos de odio dañan más que otros. Según algunos estudios, *la motivación discriminatoria o de odio añadiría un sufrimiento adicional para la víctima*. Un análisis de Iganski y Lagou elaborado a partir de la encuesta británica de victimización revela que muchas víctimas de delitos de odio sufren un mayor impacto emocional que las de similares delitos sin esta clase de motivación. Sin embargo, ello no puede afirmarse en todos los casos, lo cual es importante de tener en cuenta para evitar respuestas jurídicas o institucionales estereotipadas basadas en presunciones y que no se adecuan a la heterogeneidad y diversidad de las situaciones reales. Por ello, estos autores defienden la conveniencia de una agravación de la pena para los delitos con motivación discriminatoria o de odio, pero rechazan que esta deba aplicarse de modo generalizado y automático. Frente a un modelo legislativo caracterizado por la rigidez penológica, como el español, estos autores advierten que una necesaria discrecionalidad judicial puede actuar como garantía de que la pena sea proporcional a la afectación concreta al bien jurídico.

Estudios basados en entrevistas en profundidad o mediante técnica de grupos focales a víctimas de estos delitos han revelado que estas, en su mayor parte, **expresan haber experimentado miedo**. El miedo se concreta en el temor a la revictimización o a que puedan sufrir daños familiares o personas allegadas. Otras respuestas emocionales son parecidas a las que sufren víctimas de delitos consistentes en agresiones físicas o sexuales, como rabia, impotencia, tristeza o depresión. Algunas víctimas han revelado que la experiencia les ha inducido a adoptar cambios de comportamiento y conductas de evitación. Estas alteraciones de su vida diaria pueden consistir en cambiar de domicilio, disminuir la participación en actividades sociales o adoptar medidas de seguridad para la autoprotección o la de miembros de su familia. Algunos estudios realizados en los EEUU ponen de manifiesto el

potencial de conflicto que entrañan estos delitos al revelar que algunas víctimas temen los efectos que puede tener su preparación para posibles represalias y la mayor disposición a usar armas para su defensa.

En comparación con víctimas de otros delitos sin motivación discriminatoria, las víctimas de delitos de odio muestran **mayor propensión a sufrir miedo, niveles elevados de depresión, ansiedad, pérdida de confianza, insomnio y reducción de los niveles de bienestar**. Para comprender este impacto diferencial del delito de odio debe tenerse en cuenta la dimensión social inherente a la victimización. A modo de ejemplo, para una persona que sufre un ataque racista por sus orígenes subsaharianos, el delito no significa tan solo la agresión en sí misma y las lesiones que pueda haber provocado, sino el recordatorio doloroso de la herencia cultural de discriminación y estigmatización que han sufrido las personas del respectivo grupo social. Algo parecido sucede respecto a personas de etnia gitana, homosexuales o transexuales.

Un fenómeno observado en algunos estudios es el de la **multivictimización**. Este fenómeno refleja que algunos colectivos no solo presentan un mayor riesgo de ser el objetivo de acciones delictivas, sino que suelen estar afectados por diversas formas de victimización, como agresiones, amenazas, agresiones sexuales o ataques a su patrimonio. Ello plantea la problemática de la revictimización y también los efectos psíquicos y sociales que para las víctimas puede tener la repetición de ataques en sus diversas manifestaciones, que incrementan sus sentimientos de vulnerabilidad, indefensión y desamparo.

Estudios de carácter etnográfico han revelado que además de los daños físicos, psíquicos y emocionales, la victimización producida por los delitos de odio tiene una dimensión social y afecta de modo diferente a los diversos individuos. Las víctimas de ataques racistas experimentan procesos de pérdida y deterioro de la identidad personal en su contexto doméstico y de vecindario, incluyendo un efecto de «*desposesión de rol*». La victimización afecta a la actividad cotidiana de las personas que han sufrido estos ataques, y altera y daña los roles sociales incluso en el ámbito doméstico.

Un estudio de victimización llevado a cabo entre colombianos residentes en Cataluña en 2010 mostró una elevada victimización, que se sitúa en una prevalencia de un 27% en diez meses y un 57% en cinco años. Las cifras son más elevadas que las de la población general reflejadas en la Encuesta de seguridad pública de Cataluña, que se sitúan entre un 15% y un 19% en un año. La victimización afecta a todos los ámbitos examinados: delitos patrimoniales, relacionados con los vehículos y de carácter personal. Un hecho destacable es que para mu-

chas personas migrantes, especialmente mujeres, el lugar de trabajo es una fuente de riesgo de victimización de carácter personal. La motivación racista o discriminatoria es un factor relevante en el riesgo diferencial que padece la población migrante respecto a agresiones, amenazas y delitos violentos y de carácter sexual. Según este estudio, la tasa de denuncia es solo de un 25%, muy por debajo de la que aparece habitualmente en encuestas a la población general, lo cual confirma la invisibilidad de la victimización a inmigrantes y el escaso contacto de estos con las instituciones.²⁶⁷

6.3. **Victimización secundaria: las necesidades especiales de protección de las víctimas en el proceso penal**

La investigación victimológica ha revelado la existencia de un trato objetivamente discriminatorio contra la población inmigrante por parte del sistema de justicia penal. Un estudio realizado en España por M. Calvo halló que las **personas migrantes participan en el proceso penal más como denunciados que como denunciantes**, lo cual no se corresponde con la elevada victimización que sufren.²⁶⁸ El sistema estaría así reproduciendo el estereotipo social que asocia el inmigrante a la condición de infractor y no a la de víctima. Ello no implica afirmar que por parte de las autoridades judiciales se adopten decisiones con voluntad discriminatoria, pues existen indicios de que el propio funcionamiento normal del sistema genera discriminación. Dos ejemplos de ello son la prisión provisional y la conformidad. La valoración del arraigo social del imputado propicia que la población inmigrante, especialmente la que no tiene residencia legal, soporte una tasa de encarcelamiento mucho más elevada que la población autóctona. Por otra parte, la conformidad es una muestra de cómo las diferencias culturales y las barreras sociales y lingüísticas conllevan dificultades de comprensión del funcionamiento del sistema que tienen como consecuencia la imposición de penas más graves en comparación con las que padece la población autónoma.

267. Véase TAMARIT, J., *et al.*, «La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, vol. 10 (13).

268. Véase CALVO, M.; GASCÓN, E.; GARCÍA, J., *El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la Administración de Justicia*, 2004. http://www.unizar.es/sociologia_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf.

Las personas con discapacidad sufren las consecuencias de las barreras comunicativas y de acceso propias del sistema de justicia penal. Los servicios de atención a las víctimas en ocasiones no tienen en cuenta las necesidades especiales de estas personas.

La Ley 14/2014, de 10 de octubre, del Parlamento de Cataluña, comúnmente denominada contra la Homofobia, introduce en las definiciones una referencia a la victimización secundaria, entendida como el *«maltrato adicional ejercido contra lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros o intersexuales que se encuentran en alguno de los supuestos de discriminación, acoso o represalia como consecuencia directa o indirecta de los déficits de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, y también por las actuaciones de otros agentes implicados»*.

La prevención de la victimización secundaria ha sido uno de los objetivos de la Directiva europea de octubre de 2012. En su art. 7.1 dispone que los Estados miembros velarán por que a las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate se les facilite, si así lo solicitan y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente, interpretación gratuita, al menos durante las entrevistas o las tomas de declaración en los procesos penales, ante las autoridades de instrucción y judiciales, incluso durante los interrogatorios policiales, e interpretación para su participación activa en las vistas orales del juicio y cualquier audiencia interlocutoria. Por otra parte, establece en su art. 22 que los Estados deben garantizar que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si, y en qué medida, podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso penal, por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias. Esta evaluación individual debe tener especialmente en cuenta las características personales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del delito.

En este contexto, la Directiva alude a las víctimas de los delitos de odio al señalar que se deberá prestar atención especial a las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación. De modo más concreto se dispone en el art. 22.3: *«A este respecto, serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad»*.

La Directiva y su adaptación al derecho interno por parte del Estatuto de la víctima exigen de las autoridades judiciales una actitud

atenta a las particularidades del caso concreto, que permita superar la concepción tradicional sobre el rol de estas autoridades judiciales como meros órganos de aplicación de la ley. Para ello, deben tener un papel fundamental las evaluaciones individuales, cuyo alcance podrá adaptarse en función de la gravedad del delito y del grado de daño aparente sufrido por la víctima. La individualización implica la necesidad de tomar decisiones basadas en la detección de las necesidades de la víctima, una receptividad respecto a los resultados de los informes técnicos criminológicos o de otros profesionales y, en último término, una disposición para encontrar la decisión más adecuada que permita ofrecer protección a las víctimas que la necesiten y preservar las garantías del proceso.

6.4. Victimización terciaria

La victimización terciaria consiste en el impacto causado por la intervención del sistema penal en otras personas que no han sido víctimas del delito que ha suscitado esa intervención. Las personas que padecen estos efectos son ante todo los condenados como responsables del delito. El concepto de victimización terciaria supone tomar conciencia del sufrimiento derivado del recurso a la justicia penal, que es en parte inherente a su misma existencia, pero que conlleva manifestaciones de aflicción adicional o suplementaria sobre el condenado o sobre terceras personas no responsables del hecho delictivo, como, por ejemplo, sus familiares o allegados, a menudo personas en situación de riesgo o especialmente vulnerables a la victimización, como los menores de edad.

Algunos de los **colectivos afectados por los delitos de odio son particularmente sensibles a la victimización terciaria**. Ha sido examinada la situación de las personas migrantes, especialmente de aquellas en situación irregular, y los efectos discriminatorios que sobre ellas pueda tener el proceso de expulsión. También cabe tener en cuenta la victimización en el ámbito penitenciario de los hombres homosexuales, como consecuencia de la homofobia presente en la subcultura carcelaria. Otra forma de victimización es la que sufren las personas con discapacidad psíquica que son condenadas a penas privativas de libertad como consecuencia de una deficiente valoración de la imputabilidad por parte del sistema de justicia penal, de lo que es muestra la amplia problemática psiquiátrica existente en los centros penitenciarios, en parte producida por el encarcelamiento, pero, en buena medida, derivada de una situación previa no adecuadamente detectada y tratada.

6.5. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

La Directiva 2012/29, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, ha establecido unas **normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**, en las que se superan los estándares fijados por la Unión Europea mediante la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo. Esta norma obliga a revisar las legislaciones de los Estados miembros y exige un cuidadoso examen que permita conocer las peculiaridades «*nacionales*» y en qué medida son compatibles con las nuevas directrices europeas. La Directiva se centra fundamentalmente en el desarrollo de los derechos de la víctima en el ámbito del proceso penal, aunque aborda también de modo parcial aspectos de carácter extraprocesal.

La Directiva declara en su art. 1.1 que su finalidad es *garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo, protección y puedan participar en procesos penales*. El contenido sustancial de la Directiva aparece dividido en tres capítulos: en el capítulo 2 se regulan los derechos de información y apoyo, el capítulo 3 está dedicado al derecho a la participación en el proceso penal y el capítulo 4, a la protección de las víctimas, con particular incidencia en aquellas necesitadas de protección especial.

Respecto al **derecho a la información**, la Directiva establece que las víctimas serán informadas sobre sus derechos desde el primer contacto con la autoridad competente para recibir la denuncia (art. 3). Se prevé también el derecho a recibir información de su caso si lo desean (art. 4), lo cual trae consigo el derecho a no ser informado si esta es la voluntad de la víctima. Como aspecto novedoso se reconoce el derecho a ser informado de que el procesado o condenado es puesto en libertad.

En lo que atañe a los **derechos de participación**, la Directiva reconoce el derecho a ser oído (art. 9), así como el derecho a entender y a ser entendido (art. 6), que da lugar a una regulación pormenorizada de las prestaciones que deben satisfacer los servicios de interpretación y traducción. Un aspecto innovador son los derechos que se establecen en caso de no persecución (art. 10), de modo que la víctima pueda pedir una revisión de esta decisión y sea informada del derecho a efectuar tal petición. La Directiva es respetuosa con las diferencias de los

sistemas nacionales respecto a las formas admitidas de participación en el proceso penal, pero establece unas mínimas exigencias comunes respecto al derecho a recibir información sobre su causa (art. 6), derecho a ser oído (art. 10), derecho a una revisión de la decisión de no continuar el procedimiento (art. 11), derecho a la justicia gratuita (art. 13), al reembolso de gastos (art. 14) y a la restitución de bienes incautados en el proceso (art. 15).

Un aspecto importante a tener en cuenta respecto a los derechos procesales de las víctimas es que *su reconocimiento no puede estar condicionado a que la víctima tenga reconocido estatuto de parte en el proceso penal*, lo cual en el caso español constituye un importante reto, dado que las amplias facultades que el sistema penal español atribuye a las víctimas y otros ciudadanos para actuar como parte procesal ha llevado a entender que es este básicamente el modo mediante el cual sus derechos deben ser ejercidos.

En cuanto al **derecho a la asistencia**, la Directiva establece el derecho de acceso gratuito y confidencial a los servicios de apoyo a las víctimas que puedan cubrir las necesidades de información, asesoramiento, apoyo emocional y, cuando sea posible, psicológico, sea a través de entidades públicas o privadas (arts. 7 y 8). Además, introduce el derecho de acceso a servicios competentes y seguros de justicia restaurativa según los principios de voluntariedad y confidencialidad, con un mandato de prevenir los riesgos de victimización secundaria que pudieran existir para la víctima (art. 12).

El aspecto en el que la Directiva es más ambiciosa es el relativo a los **derechos de protección de las víctimas**, que ha sido objeto de un mayor desarrollo, mucho más allá de lo previsto en la Decisión Marco de 2001. La Directiva reconoce el derecho a la protección frente a la victimización secundaria y la revictimización, con el fin de que se adopten medidas respecto a la toma de declaraciones y para evitar el contacto con el infractor (arts. 19 y 20). Asimismo prevé el derecho a la protección de la intimidad (art. 21) y una evaluación individual de las víctimas para establecer en cada caso las necesidades especiales de protección en el proceso penal, mediante prueba anticipada y evitación de contacto visual con el imputado (arts. 22 y 23).

La Directiva incide además en aspectos fundamentales para una buena praxis que permita satisfacer los derechos y las necesidades de las víctimas, como la necesidad de que los **Estados garanticen una formación adecuada de los profesionales** que deben entrar en contacto con víctimas (art. 25), la coordinación de los servicios que presten atención a las víctimas para mejorar que estas puedan ver efectivamente respetados sus derechos (art. 26).

Uno de los aspectos que reciben menor atención es el relativo a la **reparación**, en que se reconoce el derecho a obtener una indemnización a cargo del infractor en el proceso penal (art. 16), pero no se incide en aspectos relativos a las formas de reparación del daño ni a los sistemas de indemnización pública, ya abordados anteriormente mediante otras normas de la UE y del Consejo de Europa. Los aspectos referidos al derecho a la reparación quedan sistemáticamente vinculados al capítulo de participación, como sucede con la justicia restaurativa, la restitución de bienes o el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización, que son concebidos en función de las exigencias del proceso penal.

La Directiva opta por un **enfoque individualizador**, que obliga a revisar los planteamientos predominantes hasta el momento en la concepción de las necesidades de las víctimas y el diseño y aplicación de las fórmulas legislativas y las prácticas adecuadas para dar satisfacción a los intereses de aquellas. El principio de individualización parte de un fundamento victimológico. La diversidad de las víctimas, de sus experiencias, vivencias y reacciones emocionales desaconseja adoptar fórmulas generalizadoras y exige una concepción flexible de la respuesta. Ello **requiere en ocasiones un cambio cultural por parte de las autoridades judiciales y los profesionales** que deben contactar con las víctimas y obliga a poner el foco en la detección de las necesidades individuales. El paradigma que se abre paso se basa en la idea de la vinculación entre el ejercicio de los derechos y la identificación de las necesidades. De ahí la importancia de la labor de formación y sensibilización de las personas que desempeñan algún rol relacionado con la atención de las víctimas.

A lo largo de la Directiva, la idea de individualización tiene diversas manifestaciones. En el segundo párrafo del art. 1.1 se advierte a los Estados que las víctimas sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria. En relación con los derechos de información, las comunicaciones con las víctimas deben tener en cuenta sus «*circunstancias personales*» (art. 3.2) y se exige a las autoridades competentes que evalúen si las víctimas necesitan interpretación o traducción (art. 4.7). Asimismo el acceso a los servicios de apoyo se concibe en función de las «*necesidades específicas*» de las víctimas y sus familiares (art. 8.3), por lo que se reclama a los Estados una especial atención a las «*necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito*» (art. 9.2). Tal como sucede con los servicios de apoyo, la concepción de los servicios de justicia restaurativa (art. 12) se fundamenta en el «*interés de la víctima*» (art. 1.a), no en una visión estereotipada que

condiciona la validez de las prácticas restaurativas a la tipología delictiva o a otras consideraciones abstractas que no sean la valoración de las circunstancias del caso concreto.

La Directiva adopta un planteamiento abierto en la pretensión de abarcar a todas las víctimas, sin distinciones respecto a la forma de victimización o a la tipología legal según la cual aparezca definida en las legislaciones penales nacionales. Ello es consecuente con el principio de individualización, a tenor del cual son las características del caso concreto y las circunstancias de la víctima concreta las que determinan el modo en que pueden garantizarse efectivamente sus derechos. Sin embargo, en la redacción de la Directiva, particularmente en su largo preámbulo, se han incluido referencias a diversos colectivos de víctimas respecto a los que el legislador ha querido mostrar una especial sensibilidad o atención a su problemática.

El **preámbulo alude a las víctimas de delitos por odio** y afirma que tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria, intimidación o represalias (párr. 57). Por ello advierte que *se deberá poner especial cuidado a la hora de evaluar si están expuestas a tales riesgos*. En relación con las evaluaciones individuales, la Directiva precisa que se deberán tomar en consideración las características personales de la víctima, como edad, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia de él y experiencia anterior si ha sufrido otros delitos. También alude a la necesidad de valorar la naturaleza del delito y sus circunstancias, haciendo referencia expresa, a título ejemplificativo, a si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación.

Las **evaluaciones individuales** son una de las novedades que aporta la Directiva respecto a la anterior Decisión Marco. Responden al hecho de que el delito no impacta por igual a todas las víctimas y que las necesidades de estas son distintas. Por ello deberá ser una valoración de cada caso concreto y de las circunstancias de la víctima y su relación con el infractor la que determine cuáles de las medidas de protección previstas en la Directiva deberán adoptarse. En este sentido, el mandato de la Directiva consiste en obligar a los Estados a que hagan las reformas legales y tomen las decisiones necesarias para que la adopción de tales medidas sea posible. La voluntad de prestar atención a las necesidades de las víctimas se expresa también en la relevancia que se atribuye al consentimiento de la víctima a la hora de garantizar su derecho a la información, que incluye tanto el derecho a recibirla como a no recibirla. El consentimiento es también una de las garantías

fundamentales establecidas en relación con la participación de las víctimas en los programas de justicia reparadora. Estos aspectos son todos ellos aplicables a las víctimas de delitos de odio y, por ello, resulta necesario que los profesionales puedan conocer los resultados de la investigación victimológica respecto a los diversos modos en los que puedan verse afectados por las consecuencias del hecho delictivo, en forma de victimización primaria, secundaria o terciaria, según posteriormente se desarrolla.

La Directiva, siguiendo el criterio establecido ya en otras normas internacionales y nacionales, asume que la *calificación de una persona como víctima es independiente de que haya sido identificada, detenida, acusada o condenada la persona responsable del hecho delictivo*, así como de la relación que pueda existir entre esta y aquella. Con ello se quiere hacer patente que las necesidades de las víctimas son en gran medida independientes de las respuestas social y del Estado contra el victimario, y que en los supuestos en los que este no pueda ser hallado, juzgado o condenado, por las razones que sean, las instituciones también están comprometidas con las víctimas y con sus derechos.

Otro aspecto de la Directiva que resulta novedoso si se tienen en cuenta las prácticas existentes en muchos países, es el relativo a que *el derecho de las víctimas a recibir apoyo no puede estar condicionado a que estas denuncien el hecho delictivo* (art. 8.5). El apoyo a la víctima no se fundamenta en un pago que el Estado hace a esta por su colaboración con la justicia, sino que emana de un derecho originario vinculado a deberes de solidaridad y a un deber de prevención y protección por parte del Estado. Los servicios de apoyo deben funcionar de modo autónomo respecto al proceso penal, estando a disposición de la víctima antes, durante y después del proceso, si es necesario.

6.6. El Estatuto español de la víctima del delito, aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril

6.6.1. Importancia de la Ley 4/2015

Mediante la Ley 4/2015, el Parlamento español ha aprobado el Estatuto de la víctima del delito, por el que se introducen y desarrollan en el derecho interno las previsiones de la citada Directiva. El Estatuto no hace referencia explícita a las **víctimas de los delitos de odio**, a diferencia de lo que sucede con otras clases de victimización, como, por ejemplo, las víctimas de violencia de género (art. 7.3). Como única

muestra de una atención singular cabe destacar el **art. 23.2**, el cual, al regular la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de atención, señala que **se valorarán especialmente las circunstancias individuales** de las víctimas de una serie de delitos, entre los que se encuentran aquellos cometidos 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, enfermedad o discapacidad*». A diferencia de lo previsto en relación con las víctimas menores de edad, esta referencia no implica una presunción de la existencia de estas necesidades. El sentido de la norma no es otro que el de llamar la atención de las autoridades judiciales respecto a los mayores riesgos que pueden existir para las víctimas de esta clase de delitos, sin predeterminar la decisión sobre si es necesario en cada caso concreto adoptar alguna de las medidas de protección previstas por la ley.

6.6.2. *Derechos de las víctimas en la Ley 4/2015*

Por otra parte, la Ley 4/2015 desarrolla diversos aspectos que pueden tener una especial incidencia en las víctimas de estos delitos. En el art. 3 la ley prevé los diversos derechos, que pueden sistematizarse distinguiendo los siguientes ámbitos:

- a) El derecho a la información, que se desarrolla en el título I (derechos básicos), concretamente en los arts. 5 y 7.
- b) El derecho a la participación en el proceso penal, desarrollado en el título II.
- c) El derecho a la protección, desarrollado en el título III.
- d) El derecho al apoyo (o asistencia), desarrollado en el art. 10 y en el capítulo I del título IV.
- e) El derecho de acceso a servicios de justicia restaurativa, con las garantías previstas en el art. 15.

Además de estos derechos desarrollados a lo largo de la ley, el art. 3.1 declara el derecho a recibir un **trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios**, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal, aquí concretado en los servicios de asistencia y de justicia restaurativa. Asimismo se prevé expresamente una fase «*post-procesal*», en aquellos casos en los que el contacto de las víctimas con esta clase de servicios se produzca tras la conclusión del proceso. La

ley se refiere a un «*tiempo adecuado*», concepto indeterminado del que no cabe deducir efecto alguno en cuanto a la posible limitación de los referidos derechos, pese a que no puede descartarse que el contacto se produzca mucho tiempo después de haber concluido el proceso penal, como, por ejemplo, en un proceso restaurativo iniciado en fase de ejecución de una pena a una pena privativa de libertad de larga duración.

A. *Derechos básicos*

A.1. Derecho a la información

- El capítulo I, consagrado a los derechos básicos, dedica una atención especial al **derecho a la información**, ya reconocido en la Declaración Internacional de 1985, en la Decisión Marco europea de 2001 y en la Directiva de 2012. Su carácter básico es evidente, dado que es condición previa para el ejercicio de otros derechos y responde a una necesidad básica de la víctima, cual es la posibilidad de conocer las consecuencias de un hecho que le afecta personalmente y de poder ejercer un control sobre ellas. El derecho a la información ha sido concebido desde la Decisión Marco de 2001 en su doble dimensión de derecho a recibir o no recibir información, según cuál sea la voluntad de la víctima, algo que no había sido reconocido explícitamente en el Derecho español hasta el momento respecto a las víctimas, sino tan solo en el ámbito sanitario, mediante la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Un aspecto que en la práctica deberá cuidarse especialmente en relación con las víctimas de delitos de odio es el **derecho de estas a entender y ser entendidas**. En la concepción y regulación de este derecho se manifiesta una de las habituales preocupaciones referidas a la situación de las personas que se ven obligadas a contactar con autoridades y funcionarios, particularmente del sistema de justicia penal, y padecen los efectos de las barreras de tipo lingüístico o las inercias burocráticas que les llevan a recibir una comunicación estereotipada, no personalizada y difícilmente comprensible. Mediante el uso del len-

guaje oficial, legal o propio de la jerga forense, el sistema transmite a las víctimas un mensaje de distancia incompatible con el apoyo que la ley quiere garantizar. De ahí que el art. 4.a establezca que las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, «*se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad*». El éxito en la aplicación de esta norma y otras de parecida naturaleza depende en gran medida de las habilidades personales de los distintos actores, para lo cual es muy importante la labor de formación y sensibilización prevista en el capítulo II del título II. Ante este reto puede ser necesaria la elaboración de recomendaciones de buenas prácticas.

El Estatuto es sensible a la problemática de las *víctimas con discapacidad visual o auditiva* y a la necesidad que estas tienen de medidas que permitan superar las barreras de tipo sensorial, para lo cual establece un mandato a las autoridades y a las oficinas de asistencia a las víctimas para que faciliten el apoyo necesario que les permita hacerse entender mediante interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y medios de apoyo a la comunicación oral de personas con discapacidad auditiva y sordociegas. La referencia a las autoridades debe entenderse que afecta tanto a las policiales como a las judiciales.

- Un aspecto fundamental ya previsto en la Directiva es el **derecho de las víctimas a estar acompañadas de una persona de su elección**, derecho que, según el art. 4.c, se garantiza a las víctimas desde su primer contacto con las autoridades y funcionarios. Este derecho se fundamenta en la necesidad de apoyo que tienen las víctimas dados los sentimientos de soledad, incomunicación, desconfianza y desamparo que suelen producirse cuando tienen que participar en diligencias en sedes policiales o judiciales. La elección del acompañante es una medida que permite garantizar que el apoyo sea el más adecuado en cada caso a elección de la víctima, sin que deba tener necesariamente ninguna relación familiar con ella, como es lógico si se tiene en cuenta la dificultad que ello podría suponer en los casos de victimización intrafamiliar.

- Otra garantía orientada a vencer las dificultades de comunicación que incrementan los sentimientos de desconfianza y desamparo es el **derecho a la traducción e interpretación** previsto en el art. 9. La norma incluye el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda, a la traducción gratuita de resoluciones y de información esencial para el ejercicio de sus derechos de participación, y a ser informada de la fecha, hora y lugar de la celebración de juicio. La referencia a una lengua que comprenda tiene el lógico sentido de evitar una norma de muy difícil cumplimiento si se pretendiera atender a todas las personas en su propia lengua, de modo que la obligación de las autoridades de esforzarse por hallar un intérprete o hacer una traducción termina ahí donde la víctima sea capaz de comprender una lengua de más fácil acceso. No puede ignorarse en cualquier caso que el art. 9 resulta muy exigente con la Administración, que, en el contexto de globalización y de creciente presencia de personas de muy diversas nacionalidades, deberá superar una situación en la que se partía de una idea de lengua oficial que comportaba una presunción según la cual el ciudadano que contactaba con la Administración debía estar obligado a entender el castellano o, a lo sumo, otras lenguas oficiales en algunos territorios. La práctica del apoyo a víctimas en diversos países europeos ya ha llevado a superar la mentalidad limitadora de derechos propia de la lengua oficial en aras a un interés por facilitar el acceso de las víctimas y compensarles así por el daño sufrido por el delito y por el que puede comportarles tener que contactar con el sistema de justicia.

A.2. Derecho a la participación

El título II de la Ley 4/2015 está dedicado a la regulación de la participación de la víctima en el proceso penal. Ante todo debe tenerse en cuenta la peculiaridad que supone, en el contexto europeo, la posibilidad que tienen las víctimas en España de mostrarse parte en el proceso penal, mediante la acusación particular, además de la posibilidad de ejercer las acciones civiles, lo cual se sitúa por encima del umbral mínimo de derechos de la Directiva. Por ello, la Ley 4/2015 lo que hace primordialmente es **desarrollar una serie de derechos de las**

víctimas que no han optado por ser parte en el proceso. Ello es un importante avance si se tiene en cuenta que la posibilidad de personarse como parte requiere la contratación de un abogado, lo cual supone un límite de tipo económico, y el sistema de justicia gratuita que se ha desarrollado favorece solo a ciertos tipos de víctimas, entre los que no se incluyen las víctimas de delitos de odio.

- El art. 12 del Estatuto dispone la **obligación por parte de la Administración de Justicia de comunicar la resolución de sobreseimiento a las víctimas directas** denunciando así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento. Se prevé también la comunicación a las víctimas indirectas en caso de muerte o desaparición de la víctima directa. Además, se reconoce a las víctimas el derecho a recurrir la resolución de sobreseimiento, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso.
- Uno de los aspectos más discutidos del Estatuto ha sido el **derecho de participación de las víctimas en la ejecución.** Concretamente se les reconoce la posibilidad de recurrir una serie de resoluciones pese a no ser parte en la causa, con el único requisito de que hayan solicitado previamente que les sean notificadas tales resoluciones. Las resoluciones recurribles, de acuerdo con lo previsto en el art.13.1, son:
 - a) El auto por el que el juez de vigilancia autoriza la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena (según lo previsto en el art. 36.2 CP), cuando la víctima lo fuere por algunos delitos que pueden tener mayor afectación para las víctimas, entre los que se incluyen homicidio, lesiones, delitos contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual y contra la integridad moral.
 - b) El auto por el que el citado juez acuerde que los beneficios penitenciarios se refieran al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas (conforme a lo previsto en el art. 78.3 CP), en los delitos anteriormente indicados o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
 - c) El auto por el que se concede al penado la libertad condicional, cuando se trate de los delitos anteriormente

referidos, siempre que la pena impuesta sea de más de cinco años de prisión.

d) Además, en el art. 13.2 de la ley se otorga a las víctimas legitimación para solicitar que, en caso de haberse acordado la libertad condicional del penado, se le impongan reglas de conducta que sean necesarias para garantizar su seguridad, cuando el delito objeto de condena pueda suponer un peligro para la víctima. Deben tenerse en cuenta en este sentido las reglas de conducta previstas en el art. 83.1 CP según la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la libertad condicional prevista según la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Entre tales medidas se encuentra la prohibición de aproximación a la víctima o la prohibición de contacto con ciertos grupos u organizaciones, que pueden constituir medidas oportunas con relación a la problemática de los delitos de odio. También se reconoce legitimación a las víctimas para facilitar al juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles del delito o el comiso (art. 13.2.b).

- La Ley 4/2015 prevé también el **derecho al reembolso de gastos**, devolución de bienes, justicia gratuita y las modalidades para el ejercicio de los derechos de participación respecto a víctimas de delitos cometidos en otros Estados de la Unión Europea.

A.3. Derecho a la protección

La mayor parte de la Ley 4/2015 está dedicada a regular diversos aspectos del derecho a la protección de las víctimas en el proceso penal que integran el título III. La importancia de este aspecto deriva de la necesidad de proteger a las víctimas de las consecuencias que puede comportarles su participación en el proceso judicial, lo cual lleva al legislador a hacer también modificaciones relevantes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como antecedente, a partir de la Ley 14/1999, de 9 de junio, de reforma de la LECrim, el juez puede adoptar medidas que impidan la confrontación visual directa entre el acusado y el testigo, si este es me-

nor de edad o incapaz (art. 455). Asimismo se prohíben, como regla general, los careos entre testigo y acusado. Posteriormente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, estableció que toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del fiscal, además de los representantes legales, salvo que estén imputados (art. 433). También se prevé que el juez pueda acordar la grabación de la declaración. Esta norma introdujo además un párrafo en el art. 448 LECrim, por el que se dispone que la declaración de los testigos menores de edad se lleve a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Mediante esta ley orgánica, orientada en general a la protección de la víctima, se reformó la Ley de responsabilidad penal del menor, en cuyo art. 4 se incluyó una serie de derechos de las víctimas, que, debe recordarse, en muchos de estos supuestos son menores de edad.

El colectivo de los menores de edad ha recibido en general una mayor atención que el de las personas con discapacidad tanto en el desarrollo normativo como en su aplicación. Buena muestra de ello es la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre protección de los menores víctimas y testigos, que reclama un firme compromiso de los fiscales en la protección de los menores en el seno del proceso penal y fija una serie de criterios de actuación. Esta misma tendencia se ha puesto de manifiesto en la Directiva 2012/29, en que las personas con discapacidad psíquica o cognitiva habían quedado fuera del núcleo de víctimas beneficiarias del estándar más exigente de protección, sin que hayan quedado abarcadas por la presunción de especial vulnerabilidad ni sea aplicable a los Estados la obligación de disponer de las medidas propias del nivel más alto de protección. Sin embargo, no debe olvidarse que la Directiva ha fijado un umbral de derechos mínimos, por lo que los Estados que establezcan un nivel más elevado de protección de las personas con discapacidades de esta clase, equiparado al de los menores de edad, no incumplen la Directiva y pueden ir más allá de ella en el desarrollo de los derechos. Así lo hace en diversos aspectos la LEVID, la cual, en lugar de referirse al concepto «*incapaz*», recurre a la expresión «*persona con discapacidad necesitada de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*», siguiendo el criterio adoptado en la LO 1/2015 de reforma del Código Penal.

En la versión finalmente aprobada de la Ley 4/2015 se ha elevado la protección de las personas con discapacidad necesitadas de protección, respecto a las iniciales previsiones del Proyecto de Ley y más allá del umbral mínimo establecido por la Directiva. Ello no supone una equiparación plena con el estatuto de las víctimas menores de edad. La equiparación se produce tan solo en algunos aspectos, entre

los que destaca la previsión de la posibilidad de adoptar las medidas adicionales propias del umbral máximo de protección previsto en la Directiva para los menores, cuando sean necesarias para limitar, en la medida de lo posible, los perjuicios que la investigación o el juicio puedan suponer para la víctima. Estas medidas adicionales pueden consistir en la grabación por medios audiovisuales de las declaraciones prestadas en la fase de investigación y su posterior reproducción en el juicio y que la declaración sea recibida por medio de expertos (art. 26.1). También se prevé la posibilidad de nombrar un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tengan un conflicto de intereses con esta, o cuando dicha víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares (art. 26.2). Asimismo en el procedimiento de evaluación de las necesidades de protección, el art. 24.2 señala que si las víctimas son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial atención se tomarán en consideración sus opiniones o intereses, y se asimila estas personas a los menores en la advertencia sobre la necesidad de impedir la difusión de informaciones que puedan facilitar su identificación, en aras a la protección de su intimidad (art. 22).

Más allá de lo previsto respecto a los menores de edad y a las personas con discapacidad, la Ley 4/2015 introduce ciertas previsiones relativas al procedimiento para la elaboración de la **evaluación individual**, que deberá efectuarse según las características personales de la víctima, la naturaleza del delito, la gravedad de los perjuicios causados y las circunstancias del delito (art. 23).

La valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección corresponderá al juez de instrucción durante la fase de investigación del delito, al juez o Tribunal sentenciador durante la fase de enjuiciamiento (art. 24) y también al fiscal investigador en el curso de las diligencias de investigación previstas (art. 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Una limitación importante de la ley es que no se hace referencia al modo en que pueden participar los profesionales especializados en el proceso de evaluación de las necesidades individuales, lo cual dependerá del desarrollo reglamentario y de los acuerdos entre la Administración de Justicia y la Administración que tenga la competencia respecto a los equipos técnicos de apoyo a la Administración de Justicia o los servicios especializados de apoyo a la víctima.

El art. 23.2 de la ley, al referirse a la naturaleza del delito, así como a la gravedad de los perjuicios causados a la víctima y el riesgo de

reiteración del delito, establece una lista de tipologías delictivas respecto a las cuales se deberán **valorar especialmente las necesidades de protección**, entre las que incluye los delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de los miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad. Ello no implica una presunción de vulnerabilidad en estos casos pero la ley reclama de los jueces una especial atención a la problemática que puedan tener estas víctimas, a cuál sea la posible relación que tengan con los imputados, considerando si estos pertenecen a un grupo con ideología y actitudes que puedan hacer temer intimidación o represalia o el impacto psíquico que haya podido tener el delito para la víctima. A la hora de valorar sus necesidades se deberá tener en cuenta las que ellas mismas hayan manifestado y la voluntad que expresen (art. 24.2).

A.4. Derecho al apoyo

Un aspecto en el que el Estatuto habría podido ser más ambicioso es la regulación de los servicios especializados de apoyo a la víctima. La ley dedica un capítulo dentro de las disposiciones comunes a las **oficinas de asistencia a las víctimas** e incorpora un aspecto clave de la normativa: el acceso a los servicios no se condicionará a la presentación previa de denuncia (art. 28.3), lo cual obliga a revisar alguna de las normas y prácticas existentes en España, especialmente en ámbitos como la violencia de género. Sin embargo, no se incide en un aspecto fundamental, cual es la garantía de accesibilidad. La facilidad de acceso afecta sobre todo a ciertos colectivos de víctimas que tienen un menor contacto con estos servicios a causa de barreras culturales y sociales, como sucede con frecuencia con las víctimas de los delitos de odio. La práctica de las instituciones deberá por ello estar especialmente atenta a las dificultades de acceso en cuanto a los espacios, horarios de atención o adaptación a las circunstancias lingüísticas y culturales de las víctimas.

En el art. 28 de la Ley se regulan las **funciones de las oficinas de asistencia** a las víctimas de delitos. El precepto establece una distinción de aquellas entre dos clases. En el número primero se incluyen las funciones que constituyen el contenido mínimo de la prestación asistencial. En el art. 28.2 se alude a otra clase de prestaciones que tan solo tendrían como beneficiarias a aquellas víctimas respecto a las cuales se determine la existencia de una necesidad, previa valoración

de sus circunstancias personales que tenga especialmente en cuenta lo previsto en el art. 23.2, que se refiere particularmente a las víctimas menores de edad, con discapacidad, con relación de dependencia respecto del supuesto autor del delito y con factores especiales de vulnerabilidad.

En el art. 28.1 se prevén los **contenidos mínimos** que con carácter general deberá tener el apoyo a las víctimas. En la redacción de este apartado el legislador se ha limitado en lo esencial a reproducir el contenido del art. 9.1 de la Directiva, aunque con algún aspecto que ha quedado fuera y ha pasado al art. 28.2, como la asistencia psicológica. En general, se trata de prestaciones limitadas a una primera intervención, relativas sobre todo a información o asesoramiento. Las prestaciones son las siguientes:

- a) **Información general sobre los derechos de las víctimas y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización.** Cabe entender que entre estas informaciones se encuentra la relativa a la posibilidad de denunciar el hecho delictivo y al modo de hacerlo, si no lo han hecho ya, y de mostrarse parte en el proceso penal en los términos previstos por la ley. La información sobre indemnizaciones públicas debe referirse a las ayudas previstas en la Ley 35/1995, además de otros derechos previstos en la legislación especial sobre terrorismo, violencia de género u otras normas de carácter autonómico.
- b) **Información sobre los servicios especializados** que puedan prestar asistencia a la víctima, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito de que pueda haber sido objeto. Un aspecto de gran importancia en la práctica es el criterio que deben seguir las oficinas a la hora de seleccionar los servicios objeto de información. Al no distinguir la ley entre servicios públicos y privados, está claro que no deberá distinguirse por vía interpretativa, de modo que no hay ningún fundamento para restringir la información a recursos de carácter público.
- c) **Apoyo emocional.** Dado el carácter de prestaciones de primera intervención que se ha conferido al art. 28.1, es preciso tener presente que este apoyo emocional debe distinguirse del «*apoyo o asistencia psicológica*» a que se refiere el art. 28.2, reservado a las víctimas con necesidades especiales de atención.

- d) **Asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso**, en particular sobre el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y el derecho a acceder a la justicia gratuita. La alusión al proceso cabe interpretarla como una referencia implícita al proceso penal, aunque el asesoramiento deberá incluir también información sobre la posibilidad de reclamación por vía civil. El derecho al asesoramiento va más allá de la mera información, lo cual supone la necesidad de que las Oficinas cuenten con profesionales especializados, con titulación en Criminología o Derecho, que puedan facilitar a las víctimas esta clase de asistencia.
- e) **Asesoramiento sobre el riesgo y la forma de prevenir la victimización secundaria o reiterada, o la intimidación o represalias**. Esta clase de asesoramiento presupone también una adecuada formación por parte de las personas que deben prestarlo y, en concreto, la necesidad de poseer conocimientos sobre prevención terciaria de la victimización, la que afecta a los comportamientos que pueden adoptar las personas que han sido víctimas del delito para reducir el riesgo de revictimización. En algunos países las entidades de apoyo a víctimas tienen también programas de protección de testigos que les ofrecen apoyo ante los riesgos para su seguridad y para su bienestar psíquico en caso de tener que declarar en un proceso penal.

En el **art. 28.2 se incluyen los siguientes** servicios que las oficinas pueden prestar, previa valoración de las circunstancias particulares de las víctimas:

- a) **Apoyo o asistencia psicológica**. Esta prestación está prevista en el punto 9.1.c de la Directiva, que, a diferencia de otros contenidos mínimos, solo obliga a los Estados a prestarlo «*cuando se disponga de él*». El legislador español ha optado por prever este derecho tan solo respecto a las víctimas con necesidades especiales de protección. Una duda que se plantea es si tiene sentido que las propias oficinas presten la asistencia psicológica, dada su larga duración, o si su función sería más bien garantizar que la asistencia se lleve a cabo, por parte de entidades especializadas

o de recursos ya existentes en la comunidad. La Ley 4/2015 deja abierta esta posibilidad.

- b) **Acompañamiento a juicio.** Esta es una forma de apoyo que tiene un gran sentido y que algunas oficinas han estado ya realizando antes de la aprobación de la Ley con aquellas víctimas con mayor vulnerabilidad. La oportunidad de este apoyo requiere valorar la situación de la víctima y los recursos de apoyo que esta pueda tener en su entorno inmediato. Aunque la ley solo alude al juicio, no debe descartarse la posibilidad de que el acompañamiento pueda hacerse extensivo a otras declaraciones judiciales o actos que supongan un riesgo para la víctima. Esta es una función para la que las entidades de apoyo a las víctimas podrían contar con equipos de voluntarios que puedan actuar con la necesaria formación y en contacto con los profesionales.
- c) **Información sobre los recursos psicosociales y asistenciales disponibles** y, si la víctima lo solicita, derivación a dichos recursos. No se comprende bien el sentido que puede tener la referencia específica a esta clase de información, que podría haberse incluido en la referencia que hace el art. 28.1.b a la información sobre servicios especializados disponibles.
- d) Las **medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias cuando se trate de una víctima con necesidades especiales de protección.** Esta cláusula abierta reclama de los servicios de apoyo a víctimas una planificación y un conocimiento de los recursos propios y existentes en la comunidad respecto a los diversos grupos de personas a las que en general se refieren estas necesidades. En este sentido, cabe tener en cuenta la previsión del art. 9.3.a de la Directiva, sobre refugios que puedan ofrecer protección a víctimas que se encuentren bajo intimidación o con riesgo de represalias, como los existentes respecto a víctimas de trata de personas o de violencia de género. También deberían tenerse presentes las necesidades de apoyo y acompañamiento en casos de menores de edad o personas con discapacidad. De modo especial deben valorarse aquellos casos en los que estas personas sufren victimización por parte de personas de su entorno, o en los que no les prestan apoyo, lo cual obliga a las oficinas a actuar en coordinación con las entidades que asu-

men las funciones de guarda y tutela y complementar las posibilidades de apoyo que les pueden ofrecer, al objeto de garantizar que estas víctimas puedan ejercer derechos como el de ir acompañados de personas de su elección de un modo que pueda suponerles un apoyo eficaz en función de sus necesidades.

- e) **Derivación a servicios de apoyo especializados.** Igualmente, este supuesto parece superfluo habida cuenta de lo previsto en el art. 28.1.b, y, por lo tanto, es posible interpretarlo como una advertencia sobre la importancia que puede tener para esta clase de víctimas una labor más activa de las oficinas a la hora de derivar casos a servicios especializados en víctimas con necesidades singulares.

6.7. Reparación

Entre los derechos de las víctimas ocupa un lugar central el derecho a obtener una reparación. En la concepción tradicional, este derecho se ha entendido que se agotaba en la acción que los perjudicados por un delito pueden ejercer ante los tribunales para obtener, por vía de responsabilidad civil *ex delicto*, una compensación económica a cargo de las personas criminalmente responsables del delito o de otras personas previstas en el Código Penal. La evolución de la sensibilidad social hacia las víctimas ha llevado a una concepción más amplia de la reparación, en dos sentidos. Por una parte, mediante la creación de sistemas de reparación económica a cargo de fondos públicos. Este sistema trata de evitar que la obtención de una indemnización por parte de la víctima esté condicionada a que el autor del delito haya sido identificado, enjuiciado y condenado y que sea económicamente solvente.

En España este sistema se concreta en la **Ley 35/1995**, que establece ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y la **Ley 29/2011** de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo, que prevé unas indemnizaciones económicamente más elevadas para esta clase de víctimas.

Por otra parte, el derecho a la reparación ha evolucionado en el sentido de reconocer la necesidad de atender a necesidades derivadas del daño psíquico producido por la victimización y a la insuficiencia de los mecanismos de compensación económica de esta clase de daño, como la indemnización por daños morales. La justicia restaurativa ha surgido, así pues, como un conjunto de respuestas que tratan de proveer justicia, no en sentido punitivo, sino reparador, a las víctimas

del delito. El proceso restaurativo más conocido en España es la mediación, pero hay otras formas más complejas, como las basadas en el modelo de *conferencing* o los círculos de pacificación, que permiten satisfacer en mayor medida las expectativas de justicia restaurativa respecto a los tres actores implicados en la victimización: el infractor, la víctima y la comunidad. No debe olvidarse que la dimensión comunitaria desempeña un papel fundamental en la percepción social del hecho delictivo y en el proceso de victimización y un encuentro restaurativo de carácter judicial conducido por un facilitador imparcial puede contribuir a restaurar los vínculos sociales de confianza.

En relación con la víctima, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los beneficios de un proceso restaurativo no pueden entenderse limitados al resultado reparador que de este pueda derivarse, sino que en buena parte consisten en el hecho de permitirle participar de modo directo en un asunto que le afecta, lo cual le puede aportar beneficios en términos de «*justicia procedimental*». Según algunos estudios, esta aportación es frecuentemente más valorada por las víctimas que la reparación material y otros resultados que hayan podido alcanzarse.²⁶⁹

En relación con los **delitos de odio** se han planteado en ocasiones ciertas dudas respecto a la **viabilidad de los procesos de justicia restaurativa**. Una dificultad estaría en la situación de desigualdad entre agresor y víctima. Esta circunstancia es un importante obstáculo a tener en cuenta, dado el riesgo de que el proceso pueda producir daños en la víctima y reproducir la relación de dominación, aunque es al mismo tiempo una oportunidad para la transformación, especialmente si lo que se plantea no es una pura mediación entre víctima e infractor sino un proceso más complejo, en el que intervengan miembros de la comunidad. En los delitos de odio resulta necesario tener en cuenta el modelo reparador de tipo transformativo, que trata de evitar que el proceso sirva para reproducir los prejuicios y los roles sociales que están en la raíz del conflicto. El rol de la comunidad en el proceso debe estar orientado a reforzar la posición de la víctima y a generar una transformación hacia unas relaciones sociales igualitarias y no discriminatorias que tenga efectos sobre el agresor, la víctima y las personas de su entorno.

Existen ejemplos de prácticas restaurativas llevadas a cabo en diversos países en relación con delitos de odio, como las de Minnesota (EEUU) en un caso de tensiones raciales producidas en el seno de una escuela; o en Israel y los territorios ocupados, ante conflictos

269. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.

interreligiosos; o en diversas zonas de Londres (RU), tanto en el ámbito escolar como en el comunitario; o en Oregón (EEUU). Algunos autores citan como ejemplo de proceso restaurativo por delitos de odio a gran escala la experiencia llevada a cabo en Ruanda mediante tribunales locales de base indígena (Gacaca). Un estudio sobre víctimas que han participado en procesos restaurativos pone de relieve que estos pueden contribuir a superar los estereotipos sociales y los miedos que están en la base de muchos delitos de odio. En este sentido, son una buena respuesta para casos que no están en el máximo nivel de gravedad desde el punto de vista de la justicia penal, pero que son expresión de conflictos profundos que pueden ser el germen de posibles delitos futuros más graves. El estudio muestra la naturaleza «fluida» de los delitos de odio y como conflictos de poca gravedad conforman el llamado «espectro del delito de odio», dado que las razones de fondo de estos conflictos y las que pueden desencadenar delitos más graves son comunes.²⁷⁰ En este sentido, las intervenciones de tipo restaurativo pueden tener efectos positivos para las víctimas y también para la prevención de estos delitos.

Por las razones comentadas, es recomendable que las autoridades judiciales faciliten la derivación de casos a programas de justicia restaurativa cuando el caso haya entrado en el circuito de la justicia penal. Igualmente es importante que estos programas sean promovidos por las administraciones competentes, por las instituciones educativas y las entidades sociales, con particular atención al ámbito escolar, como forma de responder a conflictos y conductas de odio.

La **Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima** del delito, dedica el art. 15 a los «servicios de justicia restaurativa». El precepto prevé una remisión a un Reglamento para determinar la forma en que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa. Esta referencia inicial al desarrollo reglamentario puede sorprender si se tiene presente cuál debe ser el objeto y la finalidad de la regulación jurídica de los procesos restaurativos. Al tratarse de procesos extrajudiciales caracterizados por el diálogo informal, la ley debería limitarse a indicar los elementos fundamentales que deberían tener estos programas y las condiciones exigidas a las personas que deban actuar como facilitadores. El aspecto más importante necesitado de regulación es el relativo a los efectos en el sistema penal, y esto debe hacerse por ley, de modo que queden plasmadas en la Ley procesal penal, en el Código Penal y, en su caso, en la ley penitenciaria, las decisiones que pueden adoptar

270. Véase GAVRIELIDES, T., «Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime», *Journal of Interpersonal Violence*, 27 (18), 2012, pp. 3624-3643.

jueces, fiscales u órganos competentes en materia de ejecución penal y los criterios para tomarlas. Más allá de estas cuestiones, el impulso y adecuada aplicación de programas de justicia restaurativa no requiere una mentalidad reglamentista, sino apoyo institucional y presupuestario a los profesionales, de modo que estos puedan desarrollar buenas prácticas basadas en la actualización del conocimiento sobre las prácticas restaurativas.

Al ser la Ley 4/2015 la primera ocasión en que se ha introducido una regulación legal de la justicia restaurativa en España, el legislador ha sentido la necesidad de incluir elementos que no hacen propiamente referencia a los referidos derechos, como la prestación de consentimiento del infractor, el reconocimiento de los hechos por parte de este o la posibilidad de revocación del consentimiento tanto por parte de la víctima como del infractor. El art. 15 contiene además una referencia a la finalidad de los servicios de justicia restaurativa, que sería, desde la perspectiva de los intereses de la víctima, la de obtener una adecuada reparación moral y material de los perjuicios derivados del delito. El sentido de la expresión legal invita a entender que el legislador ha optado por el modelo de justicia reparadora basado en el resultado, en detrimento del modelo centrado en el «*encuentro*» o el proceso.

El art. 15 de la Ley 4/2015 adopta en principio una concepción abierta hacia la justicia restaurativa, de acuerdo con el espíritu de la Directiva 2012/29. Más allá de los requisitos previstos, que corresponden básicamente a los enunciados en la norma europea, introduce tan solo como restricción generalizadora la alusión a «*que no esté prohibida por la ley para el delito cometido*», lo cual se explica por el propósito del legislador de no cuestionar la prohibición de la mediación penal en la LO 1/2004, de violencia de género. Así, no hay una exclusión general de la posibilidad de acceso a programas restaurativos en supuestos como el de las víctimas menores de edad, teniendo en cuenta que estas se encuentran explícitamente incluidas en el ámbito de aplicación de la ley por mor del art. 1, además del precedente que supone la existencia de prácticas de mediación en el ámbito de la justicia juvenil, en que en muchas ocasiones la víctima es también menor de edad. La ejecución de prácticas restaurativas con víctimas menores deberá tener en cuenta la singularidad y las necesidades especiales de estas víctimas, esencialmente la posibilidad de que participen en el proceso personas que puedan darles apoyo.

Entre los requisitos que prevé el art. 15 de la Ley 4/2015 destaca que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. En la actualidad esta es una exigencia de los programas restaurativos ejecutados en algunos países y responde a di-

versos objetivos. Por una parte, en la medida que se imponga como requisito para la derivación y la correspondiente suspensión del proceso penal, viene a asegurar el respeto a la presunción de inocencia, en el sentido de que el juez o fiscal no paralizarían el procedimiento a la espera del resultado del proceso restaurativo si el denunciado niega la parte sustancial de los hechos o su participación en ellos. Por otra parte, el reconocimiento del hecho es inherente a la asunción de responsabilidad del infractor y, por tanto, condición necesaria de la reparación moral que el proceso restaurativo puede aportar a la víctima, dimensión a la que se alude en el encabezamiento del citado precepto.

6.8. Principales servicios de atención a víctimas de delitos de odio y discriminación en el Estado y en Cataluña

A continuación se exponen, sin ánimo exhaustivo y a título meramente ejemplificativo, algunos servicios de atención y orientación a víctimas de delitos de odio y discriminación que ofrecen tanto las administraciones públicas como colectivos u organizaciones no gubernamentales que cuentan con oficinas específicas a tal fin.

6.8.1. *Servicios prestados por las administraciones públicas*

A. Administración del Estado

A.1. Ministerio del Interior

Su página web contiene un apartado específico para delitos de odio, con información sobre qué es un delito de odio, pautas para denunciar, prevenciones ante delitos de odio, estadísticas y enlaces externos de interés.

Datos de contacto:

Teléfono gratuito:

Guardia Civil 900 100 062

Policía Nacional 900 100 091

Web: <http://www.interior.gob.es/es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio>

A.2. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: Servicio de Asistencia a las Víctimas de Discriminación por Origen Racial o Étnico

Es un servicio que realiza funciones de asesoramiento, mediación y asistencia a la hora de formular denuncias, quejas o reclamaciones por discriminaciones sufridas.

La titularidad de este servicio estatal corresponde al **Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica**. Se trata de un órgano colegiado de la Administración General del Estado adscrito al Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, pero se incardina en su estructura jerárquica (<http://www.igualdadynodiscriminacion.org/home.do>), entre cuyas funciones están la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación racial, así como la realización de estudios e informes y la formulación de recomendaciones con carácter independiente.

El servicio de asistencia a las víctimas de discriminación racial se presta, sobre la base de un contrato público, por una red de organizaciones no gubernamentales especializadas (ACCEM, CEAR, Cruz Roja Española, Fundación Cepaim, Fundación Secretariado Gitano, Movimiento contra la Intolerancia, MPDL, Red Acoge), lo que permite contar con oficinas de atención presencial en todas las Comunidades Autónomas. En la página web del servicio constan todas las oficinas que lo integran, ordenadas por provincias.

Además de la atención presencial, el servicio es accesible por vía telefónica y telemática.

Datos de contacto:

Teléfono gratuito: 900 203 041

Correo electrónico: info@asistenciavictimasdiscriminacion.org

Web: www.asistenciavictimasdiscriminacion.org

B. *Cataluña*

B.1. Red de Oficinas de Atención a la Víctima

Es un servicio gratuito que ofrece atención, apoyo y orientación a las víctimas y personas perjudicadas por un delito, y punto de coordinación de las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género que adoptan los órganos judiciales en Cataluña.

Estas oficinas dependen de la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y de Justicia Juvenil y tienen como finalidad ofrecer a las víctimas información y apoyo para que puedan ejercer los derechos que les reconoce la legislación vigente, así como una atención integral para potenciar la recuperación personal y reducir la victimización.

Con este servicio se pretende:

- Promover los derechos de las víctimas y potenciar la aplicación y desarrollo del marco normativo.
- Hacer de puente entre las víctimas y las instancias judiciales que intervienen en el proceso.
- Prestar una atención integral que evite la revictimización, minimice las secuelas y potencie la recuperación psicosocial.

El servicio ofrece:

- Asesoramiento e información.
- Soporte emocional y atención psicológica.
- Derivación y coordinación con los recursos de la red comunitaria.

Datos de contacto:

- Existen oficinas en Barcelona, Lleida, Girona, Tarragona y Tortosa. Los datos se pueden consultar en:
<http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organigrama.jsp?codi=17174&jq=200001>

B.2. Área para la Igualdad de Trato y No Discriminación de Personas Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (Secretaría de Familia del Departamento de Bienestar Social y Familia)

Es el órgano coordinador de las políticas LGBTI en Cataluña que por medio de la Comisión Interdepartamental y el Plan de Actuación de Políticas LGBTI, coordina, planifica, supervisa y evalúa las políticas LGBTI.

Sus objetivos son atender a las personas que sufran, hayan sufrido o estén en riesgo de sufrir discriminación o violencia por razón de la orientación sexual, la identidad de género o expresión de género,

con el fin de dar respuestas adecuadas, ágiles y cercanas y coordinadas con las necesidades de las personas y también dar todo el apoyo necesario a las personas que quieran presentar una queja formal o una denuncia administrativa ante la Administración y hacer el seguimiento.

El servicio lo prestan, con recursos propios de la Generalitat, los servicios municipales y las entidades territoriales especializadas en las diferentes materias. El Área LGBTI coordina todas las demandas y hace el acompañamiento correspondiente.

Datos de contacto:

Teléfono de asesoramiento: 935 517 717

Urgencias: 112, 012

Correo electrónico: arealgbt.bsf@gencat.cat

Web: permite presentar una denuncia a través del enlace «Información sobre cómo hacer una denuncia de hechos contra las personas LGBTI» http://benestar.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/lgtb/

B.3. Mossos d'Esquadra

En cada comisaría de Mossos d'Esquadra existen:

- Una **oficina de relación con la comunidad (ORC)**, que tiene por objetivo facilitar un contacto permanente y estable con la ciudadanía a la que los policías han de servir, atendida por varios agentes. En cada oficina se realizan encuentros frecuentes con colectivos y organizaciones de personas de diferentes razas, etnias, religiones, colectivos LGBT, etc., lo que genera una relación de confianza con el objetivo de propiciar un flujo de información y de interés para su seguridad.
- Un **Grupo de Atención a las Víctimas (GAV)**, cuya misión específica es la atención a las víctimas y la realización de seguimientos de victimización específica. Se trata de grupos más especializados que, en un principio, estaban orientados a la atención de conflictos relacionados con la violencia de género y doméstica, pero que ahora se amplían a la atención de todas las víctimas de delitos de odio y discriminación.

Datos de contacto:**Urgencias:** 112**Datos de cada comisaría:**

<http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organigrama.jsp?codi=13760&jq=200047>

Correo electrónico: mossos.delictes.odi@gencat.cat

Es una dirección de correo electrónico a la que cualquier persona puede enviar información sobre un hecho del que tenga conocimiento, expresar quejas o formular peticiones de información. No sirve para formular denuncias, ya que para ello la persona deberá dirigirse a cualquier comisaria de Mossos d'Esquadra.

B.4. Fiscalía

Cada una de las cuatro fiscalías provinciales que integran la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cataluña cuentan con un fiscal delegado para la Tutela Penal del Principio de Igualdad y contra la Discriminación. En Barcelona se denomina Servicio de Delitos de Odio y Discriminación.

La Fiscalía es un órgano constitucional del Estado que puede recibir denuncias de la ciudadanía y abrir diligencias de investigación para el esclarecimiento de hechos constitutivos de infracción penal y para la identificación de sus autores, y que ejerce, en su caso, las acciones penales correspondientes. Además, ejerce en la persecución de los delitos motivados por odio o discriminación las funciones que constitucional y legalmente tiene encomendadas, promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, a la vez que vela por la independencia de los tribunales y procura ante estos la satisfacción del interés social.

Datos de contacto:— **Fiscalía Provincial de Girona****Dirección:** pl. Josep Maria Lidon Corbí, 1. Girona**Teléfono:** 972 942 562— **Fiscalía Provincial de Lleida****Dirección:** c/ Canyeret, 1. Lleida**Teléfono:** 973 705 840

- **Fiscalía Provincial de Tarragona**
Dirección: avda. President Lluís Companys, 10. Tarragona
Teléfono: 977 920 100

- **Fiscalía Provincial de Barcelona:** cuenta con dos servicios:
 - a) **Servicio de Delitos de Odio y Discriminación:**
Dirección: Ciudad de la Justicia, Edificio F, planta 11.
Gran Via de les Corts Catalanes, 111. Barcelona
Teléfono: 933 656 474
Correo electrónico: fiscalia.odidiscriminacio.barcelona@xij.gencat.cat
 - b) **Servicio de Protección y Tutela de Víctimas en el Proceso Penal:** es un servicio de información a las víctimas sobre el estado de su procedimiento y de orientación a víctimas de delitos. Ofrece también protección a víctimas y testigos a instancias de un fiscal o bien a través de instituciones penitenciarias en excarcelaciones de presos de riesgo alto o muy alto.
Dirección: Ciudad de la Justicia, Edificio I, planta 6.
Gran Via de les Corts Catalanes, 111. Barcelona
Teléfono: 935 548 648

B.5. Ayuntamiento de Barcelona: Agencia por los Derechos Civiles y la No Discriminación

La Agencia ofrece servicios de información, atención, asistencia y asesoramiento jurídico para la defensa de los derechos de las personas que pueden ser discriminadas por razón de raza, etnia, género, orientación sexual e identidad de género, origen o pertenencia cultural, prácticas religiosas, estado de salud, diversidad funcional, edad y/o situación económica.

La prestación de estos servicios se hace de forma presencial a través de dos oficinas:

- a) **Oficina de Atención de la Agencia por los Derechos Civiles y la No Discriminación.**
Datos de contacto:
Dirección: c/ Ferran, 32. 08002 Barcelona

Teléfono: 934 132 000

Correo electrónico: atenciodrets@bcn.cat

App: próximamente será operativa la app de la oficina, en sistema Android, para facilitar la información y la denuncia de acciones susceptibles y tipificadas como vulneración de derechos.

b) Oficina de Asuntos Religiosos.

Datos de contacto:

Dirección: c/ Comercio, 44. - 08003 Barcelona

Teléfono: 932 564 342

Correo electrónico: oar@bcn.cat

B.6. Ayuntamiento de Sabadell: Comisión de la Convivencia

En noviembre de 2004 se crea en Sabadell (Barcelona) la Comisión de la Convivencia con el objetivo de trabajar para la prevención y la actuación transversal contra la violencia de carácter discriminatorio, de odio y de hostilidad que en ese momento estaba actuando de manera alarmante en la ciudad, de la mano de algunos grupos violentos organizados.

La Comisión está formada por representantes de todos los partidos políticos presentes en el consistorio, sindicatos, entidades vecinales y ciudadanas, cuerpos de seguridad (Policía Nacional, autonómica y Local), familiares de víctimas de la violencia de extrema derecha, el Síndic Municipal de Greuges, el Colegio de Abogados de Sabadell, representantes de la comunidad gitana, del colectivo de gays, lesbianas y transexuales, representantes del colectivo de inmigrantes, y personal del Ayuntamiento especializado en convivencia, juventud, educación y derechos civiles

La Comisión de la Convivencia es un instrumento ciudadano de seguimiento y de intervención directa en los casos de agresiones o discriminación por razón de xenofobia, racismo y/u homofobia. Es también un órgano de participación, consulta y asesoramiento del Ayuntamiento para facilitar la detección y la solución de aquellas situaciones de conflicto que puedan alterar la convivencia de la ciudad de Sabadell.

Uno de los elementos clave en su lucha contra los delitos de odio ha sido el trabajo coordinado y en red con otros agentes sociales y judiciales, y en especial los convenios de colaboración con el Colegio de Abogados, que les han permitido disponer de una **lista de abogados especialmente formados** en el ámbito penal de los delitos de odio y

discriminación a fin de poder acompañar en el proceso judicial a las víctimas de estas agresiones.

También tienen concertados **convenios de colaboración** con SOS Racismo, con la Fundación Secretariado Gitano y con el Movimiento contra la Intolerancia para, en todos los casos, mantener un canal de comunicación, coordinación, intercambio de información y formación que facilite el avance conjunto hacia la erradicación de esta lacra social.

Servicios que ofrece

- **Teléfono de la convivencia (937 453 257):** en el que se reciben llamadas relativas a cualquier acto o comportamiento intolerante o violento hacia una persona o colectivos, y que permiten activar el protocolo de atención a las víctimas de violencia.
- **Protocolo de atención a las víctimas de la violencia racista, xenófoba u homófoba:** incluye asistencia jurídica, psicológica y médica hacia las víctimas. Está vinculado al convenio que se mantiene con el Colegio de Abogados de Sabadell. Para contactar: teléfono **937 451 953**, o bien correo electrónico **convivencia@ajsabadell.cat**.
- **Oficina de Derechos Civiles:** es el servicio municipal de información y orientación para la defensa de los derechos de las personas, en especial el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de edad, ideología, religión o creencia, pertenencia a una etnia o nación, género, orientación sexual, enfermedad o diferentes capacidades.

Datos de contacto:

Teléfono: 937 453 301

Correo electrónico: dretscivils@ajsabadell.cat

Web: <http://www.sabadell.cat/ca/2013-03-25-12-49-19/odc>

B.7. Ayuntamiento de Terrassa

a) Servicio de Ciudadanía y Derechos Civiles. Programa de Derechos y Libertades

Promueve la difusión de los derechos civiles y humanos y sus mecanismos de garantía, principalmente contra la discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, de origen, de religión

o creencias, informando y asesorando a la ciudadanía y trabajando en red con otros agentes de la ciudad.

Permite acceder al formulario de consulta y queja contra cualquier discriminación, al que se accede con el enlace:

<https://aoberta.terrassa.cat/tramits/ferTramit.jsp?id=4401>

Datos de contacto:

Dirección: Carretera de Montcada, 596. 08223 Terrassa

Teléfono: 937 315 982

Correo electrónico: ciudadania@terrassa.cat

Web: <http://www.terrassa.cat/ca/ciudadania>

Horario: de lunes a viernes de 9.00 a 14.00 h; miércoles también de 16.30 a 19.00 h (En 2015, cerrado por fiestas locales los días 2 de abril y 6 de julio)

b) Servicio de Juventud y Ocio Infantil

Ubicado en la Casa Baumann, ofrece a los jóvenes información en diferentes ámbitos y también cuenta con servicios de asesoramiento como el **Servicio Joven de Asesoramiento en Diversidad Sexual** (servicio de atención confidencial para jóvenes gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales por parte de una profesional especialista en identidad de género y diversidad sexual. También atienden a menores de edad).

Datos de contacto:

Dirección: Avenida Jacquard, 1. 08222 Terrassa

Teléfono: 937 848 390

Correo electrónico: joventut.lleure@terrassa.cat;

Web: <http://casabaumann.cat/index.php/qui-som>

Horario: de lunes a jueves de 9 a 14 h y de 16 a 19 h; viernes de 9 a 14 h

Más información: Facebook: <https://www.facebook.com/CasaBaumann>; Twitter: [casabaumann.cat](https://twitter.com/casabaumann)

c) Servicio de Políticas de Género

Se encarga de velar por la inclusión de la igualdad de género en todas las normativas y acciones que llevan a cabo los servicios y organismos de la corporación, de prestar el asesoramiento, información, orientación y atención a todas las mujeres sobre sus derechos, y especialmente a aquellas mujeres que sufren violencia machista. Atiende a personas del género femenino mayores de edad y menores con permiso familiar a partir de 17 años, y ofrece el siguiente servicio específico:

Servicio de Información a la Diversidad Afectiva y Sexual: es un punto de acompañamiento a mujeres lesbianas, bisexuales, transexuales, *queers* e intersexuales para clarificar dudas y sentimientos, así como para orientar y acompañar a sus familias. También trabaja con el resto de agentes sociales, especialmente el profesorado de educación primaria y secundaria, para la prevención de la homofobia y por la normalización de la diversidad sexual. Y realiza acciones y campañas en la ciudad para normalizar la homosexualidad femenina y para incluir la diversidad afectivo-sexual y las cuestiones de género en la sociedad, trabajando por los valores del respeto a la diferencia.

Datos de contacto:

Dirección: Calle Nueva de San Pedro, 36. 08221 Terrassa

Teléfono: 937 397 408

Correo electrónico: polgenere@terrassa.cat

Web: <http://www.terrassa.cat/ca/dona>

Horario: de lunes a jueves de 8.30 a 14.30 h y de 16.00 a 19.00 h; viernes de 8.30 a 14.00 h y de 16.00 a 18.00 h. (En 2015, cerrado por fiestas locales los días 2 de abril y 6 de julio)

Más información:

Facebook: <http://ca-es.facebook.com/people/Regidoria-Politiques-de-Gènere/100001629728485>

6.8.2. Servicios prestados por organizaciones sociales

A. Consejo de Víctimas de Delitos de Odio y Discriminación (COVIDOD)

El COVIDOD se creó a comienzos de 2014, a partir de una iniciativa de Movimiento contra la Intolerancia que, con más de veinte años de atención a víctimas, propuso agrupar, conforme a la Directiva europea de víctimas del delito, a quienes sufren delitos de racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, antigitanismo, homofobia, misoginia, disforia, sexismo, aporofobia, totalitarismo, negrofobia, transfobia y otras formas de intolerancia.

El Consejo de Víctimas también agrupa a ONG que prestan servicio y apoyan directamente a las víctimas, de manera que se genera una red descentralizada que alcanza a toda España. De la misma manera, también ha impulsado comisiones de expertos jurídicos, educado-

res, psicólogos, periodistas y activistas que asumen los objetivos del Consejo y trabajan de forma voluntaria en favor de ellos.

En sus objetivos está prevenir la aparición y combatir las diversas manifestaciones de intolerancia, discriminación y delitos o crímenes de odio; reclamar políticas de prevención criminal, impulsar una acción integral, incluidos los ámbitos de educación, comunicación, deporte y cultura. Así como vertebrar y extender territorialmente el movimiento de solidaridad con la víctima y trabajar por una ley de protección integral contra los delitos de odio.

También impulsa la sensibilización y movilización ciudadana, la solidaridad con colectivos vulnerables, personas y comunidades diversas, e insta a las autoridades a cumplir o hacer cumplir, mejorar o modificar la normativa que persigue el delito de odio y discriminación, así como su prevención y monitorización.

El Consejo dispone de una **Oficina de Solidaridad para la atención a víctimas de delitos de odio:**

Datos de contacto:

Teléfono: 901 101 375

Correo electrónico: covidod@gmail.com e intolerancia@terra.com

B. Aporofobia. Personas sin hogar

B.1. Observatorio Hatento. Observatorio de delitos de odio contra personas sin hogar

El Observatorio Hatento pretende aunar las fuerzas, el conocimiento y los recursos de varias organizaciones de **atención a personas sin hogar** y de defensa de los derechos humanos para generar un conocimiento fiable sobre los delitos de odio que se cometen contra las personas que se encuentran en una situación de extrema exclusión social y poder actuar contra ellos.

Dentro de este Observatorio colaboran diversas organizaciones que prestan servicios de diferente naturaleza a personas sin hogar.

Datos de contacto:

Teléfono: 911 108 984

Correo electrónico: info@hatento.org

Web: <http://hatento.org/>

B.2. Fundación Rais

RAIS Fundación es una entidad de iniciativa social, no lucrativa, independiente y plural de ámbito estatal creada en 1998. Trabaja de forma activa en la Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Andalucía, Cataluña, Región de Murcia y en el País Vasco a través de la Asociación RAIS Euskadi. Su principal objetivo es luchar contra la exclusión social y dar respuesta a las necesidades de las personas más desfavorecidas, especialmente de las personas sin hogar.

Ámbito de actuación: Comunidad de Madrid, Valencia, Murcia, Sevilla y Málaga.

Datos de contacto:

Teléfono: 911 108 984

Correo electrónico: delitosdeodiopsh@raisfundacion.org

Web: www.raisfundacion.org

B.3. Assís. Centro de Acogida

Es una asociación de voluntariado que trabaja en el distrito de Sarrià-Sant Gervasi de Barcelona con el objetivo de facilitar y motivar procesos de inclusión social de personas en situación de sin hogar, fomentando la promoción de la persona y la sensibilización ciudadana con relación a la situación que sufren.

Datos de contacto:

Dirección: c/ Isaac Albéniz, 14-28. 08017 Barcelona

Teléfono oficina: 932 520 568

Horario: de lunes a jueves de 8.30 a 17 h; viernes de 8 a 15 h

Teléfono Atención Social: 932044586

Horario: de lunes a viernes de 8.30 a 15 h; sábados de 8.30 a 13 h.

Correo electrónico: assis@assis.cat

Web: www.assis.cat

C. *SOS Racisme Catalunya*

La organización humanitaria SOS Racisme Catalunya dispone del Servicio de Atención y Denuncia para las Víctimas de Racismo y Xenofobia (SAID), de carácter gratuito, para dar respuesta a aquellas

personas, grupos y colectivos que hayan sido víctimas de hechos y comportamientos racistas y/o xenófobos, así como para informar a estos colectivos de sus derechos y de las posibilidades que tienen para evitar que se les vulneren, con una perspectiva inclusiva en el ámbito social. La finalidad, por tanto, del SAID es la restitución de los derechos y de la dignidad de las personas que han sido víctimas de actos racistas y/o xenófobos.

El SAID tiene como objetivo prioritario dar respuesta a las discriminaciones racistas y xenófobas, para lo cual ofrece una atención integral individualizada a las víctimas en función de su situación social, laboral y personal. Esta atención integral se enmarca en los siguientes ámbitos:

- Resolución y gestión del conflicto por las vías que sean adecuadas:
 - intervención directa;
 - mediación;
 - asesoramiento jurídico;
 - denuncia jurídica;
 - denuncia por vías administrativas, etc.
- Atención personal (acompañamiento y apoyo psicológico).
- Atención social (acompañamiento y apoyo social).
- Incidencia social: en caso de que se considere adecuado, interlocución con los órganos políticos y responsables del ámbito donde se produce el conflicto.

Datos de contacto:

Dirección: Rambla de Santa Mònica, 10, 1er piso. 08002 Barcelona

Teléfono: 934 126 012

Correo electrónico: denuncia@sosracisme.org

D. Observatorio contra la Homofobia

El Observatorio contra la Homofobia (OCH) ofrece un servicio de atención a las víctimas de homofobia-lgbtifobia. Está dirigido a cualquier persona que haya sufrido una agresión o discriminación por motivos de orientación sexual y/o de identidad o expresión de género.

Las víctimas de la violencia homófoba (*lgbtifobia*) pueden dirigir su reclamación o denuncia al OCH a través de la aplicación *on-line* que disponen en su web. Una vez estudiado el caso, se ponen a su disposición para ofrecerles la oportunidad de asesorarles para realizar denuncia ante los Mossos d'Esquadra o el juzgado de guardia, o cualquier otra actuación formal o denuncia administrativa, ante el Síndic de Greuges.

El OCH, siempre de acuerdo con la víctima, puede derivarla a otros servicios, como el Servicio de Atención Integral de la Generalitat o entidades que cuenten con servicio de apoyo psicológico.

El servicio de atención a la víctima del OCH es gratuito y está atendido por voluntarios capacitados en temática lgbt y contra la homofobia y por abogad@s.

Datos de contacto:

Teléfono: 932 172 669 (atiende 24 h dejando mensaje; atención personalizada jueves y viernes de 17 a 19 h)

Correo electrónico: och.observatori@gmail.com

Dirección: c/ Verdi 88, local. 08012 Barcelona

Web: <http://observatori-contra-homofobia.blogspot.com.es/p/inici.html>

Twitter: @ocl_h

E. Centro de Información para Trabajadores Extranjeros (CITE)

El CITE es un servicio impulsado por el sindicato CCOO de Cataluña que lleva veintinueve años asesorando a las personas inmigradas en materia de extranjería y sobre sus derechos sociales y laborales. Desde el año 2012, se ha incorporado también la información sobre movilidad internacional de trabajadores, con la creación del Servicio de Movilidad Internacional de Trabajadores (SMIT).

Desde el CITE se ofrece, de manera gratuita:

- Asesoramiento y orientación sobre la Ley de Extranjería.
- Tramitación de permisos de trabajo, de residencia, de reagrupamiento familiar.
- Primera acogida y conocimiento del entorno.
- Orientación sobre el aprendizaje del catalán.
- Asesoramiento sobre movilidad internacional de trabajadores y trabajadoras.

Datos de contacto:**Dirección:** Centro de Información para Trabajadores Extranjeros (CITE)

Via Laietana, 16, 1º.

Teléfono: 93 481 27 20**Correo electrónico:** cite-central@ccoo.cat**Web:** www.ccoo.cat/cite*E. Asociación ACORD*

Es una asociación sin ánimo de lucro constituida en el año 2000 que presta asesoramiento, *Counselling*, orientación y recursos para mujeres lesbianas, bisexuales y transexuales.

Prestan su servicio actualmente en las ciudades de Barcelona, Terrassa, Barberà del Vallès, Rubí, Santa Coloma de Gramenet, Sitges, Castelldefels y Cerdanyola del Vallès, y próximamente en Sitges y Sant Adrià de Besos.

Datos de contacto:**Correo electrónico:** info.acord@acordlgtb.org**Web:** <http://www.acordlgtb.org/>

7. ¿CÓMO PREPARAR UN CASO EN LA INVESTIGACIÓN Y EN EL ENJUICIAMIENTO?

7.1. Identificación de los delitos de odio y acreditación de su motivación

Los delitos de odio se convierten en el recurso de los que anhelan destruir la pluralidad y la diversidad, y convertir la libertad en miedo, y la cohesión y la convivencia en fractura. Este tipo de hechos constituyen un ataque directo a los principios de libertad, respeto a la libertad de las personas y a los derechos que les son inherentes, y, en definitiva, a los mismos fundamentos y pilares del Estado social y democrático de derecho.

La investigación de esta tipología delictual debe ser detallada y minuciosa y hacer aflorar la verdadera motivación del hecho.

A veces, cuando un investigador policial, un fiscal o un juez de instrucción abordan el estudio de un caso de odio y discriminación, la motivación discriminatoria es evidente y no plantea problemas para ser detectada, por ejemplo, cuando los hechos constitutivos del delito implican el uso de palabras o símbolos que muestran dicha motivación y la víctima pertenece a un colectivo minoritario, o cuando el acusado admite que el delito fue motivado por sus prejuicios racistas, xenófobos, homófobos, etc.

Pero en muchas ocasiones la motivación discriminatoria no es obvia y, al tratarse de conductas definidas por su motivación, su naturaleza de delito de odio puede quedar enmascarada si, con ocasión de la investigación policial o judicial, no se llegan a detectar aquellos datos o indicios que revelan dicha motivación como origen y causa de la acción criminal. Quiere decirse con ello que, en un número indeterminado de ocasiones, agresiones a personas concretas, daños dolosos en bienes propiedad de terceros o incluso peleas menores en sitios públicos, como bares, discotecas o, en general, centros de esparcimiento,

producidos en circunstancias de muy diversa índole, ocultan, en realidad, actuaciones que tienen su origen en sentimientos de odio o de animadversión respecto de colectivos definidos por cualquiera de las razones a las que nos estamos refiriendo.

En otras ocasiones, la causa de que estas conductas no lleguen a conocimiento de los órganos encargados de la investigación y persecución penal, o no sean debidamente catalogadas, hay que buscarla en la propia decisión de quienes han sido perjudicados por el delito, que optan por no denunciarlo a causa de su situación o de sus circunstancias personales. Al respecto, ha de recordarse la incidencia que puede tener en la víctima su propia sensación de vulnerabilidad, el temor a futuras represalias, la desconfianza que puede existir en determinados sectores respecto de la actuación de las fuerzas policiales, o la inseguridad derivada de la situación de irregularidad en nuestro país con el riesgo inherente de expulsión administrativa.

Las dificultades en la identificación de los ilícitos que nos ocupan demandan de los investigadores policiales, fiscales y jueces de instrucción una especial atención para detectar –cuando concurren– en el curso de las investigaciones ese trasfondo discriminatorio y ese tipo de motivaciones que atentan contra la dignidad y la igualdad de las personas.

La clave para cualquier investigación es responder a siete preguntas de oro: qué, dónde, cuándo, cómo, con qué, por qué y quién lo hizo. La efectiva detección e investigación y el exitoso enjuiciamiento de delitos de odio comienza desde el primer momento, con el conocimiento del hecho o *notitia criminis*. En gran medida, el éxito depende de los conocimientos y las acciones emprendidas por el primer agente de policía que tuvo conocimiento de los hechos e inicia las primeras diligencias en el lugar de la escena de los hechos y realiza las primeras entrevistas con la víctima y los testigos presenciales de los hechos, entre otros. Lo mismo cabe decir del juez de instrucción o del fiscal que recibe en su juzgado u oficina de Fiscalía una denuncia por hechos motivados por discriminación.

Las señales o indicadores que apuntan a la comisión de un delito de odioso basan en hechos objetivos, circunstancias o acciones del agresor que, bien de forma independiente, o bien en conjunción con otros hechos y circunstancias, sugieren a través de la prueba indiciaria que el delito fue motivado por odio o discriminación.

Por ello, resulta también esencial poseer los conocimientos necesarios para analizar, interpretar y valorar correctamente dicha información, lo que hace de la formación en esta materia un factor prioritario para garantizar la adecuada actuación de quienes tienen la responsabilidad de investigar.

Los indicadores de prejuicio o polarización son una excelente herramienta para ayudar a identificar si un delito constituye o no un delito de odio, para lo que adquiere una especial relevancia la información que en cada caso pueda recogerse en los atestados policiales, en el curso de la instrucción judicial o en las diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal.

A estos efectos es incuestionable el valor que pueden tener las expresiones proferidas, la simbología –tatuajes, insignias, etc.– utilizada por los autores de la acción ilícita, las pintadas, grafitis o dibujos con los que se marca el lugar del hecho, o incluso la vestimenta o aspecto físico externo de quienes realizan la acción.

7.2. Prueba de indicios. Indicadores de polarización

La principal dificultad a la que se han de enfrentar, por tanto, los investigadores policiales como los fiscales y los jueces de instrucción es la identificación, o dicho de otra forma, la detección de estas acciones, dado que su motivación última, en ocasiones, puede resultar difícil de determinar y, por ende, su adecuada valoración a estos efectos.

Tal y como señala el Tribunal Supremo, en Sentencia 314/2015, de 4 de mayo, acreditar la motivación del autor al cometer el delito supone introducirnos en un terreno valorativo que, sin duda, se presta a la discrecionalidad; por tanto, nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución, y en todo caso será una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada conforme al art. 120.3 CE.

La prueba circunstancial o indirecta puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación, y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica y detallado expresamente en la sentencia condenatoria (SSTC 61/2005, 137/2005).

Se trata de una técnica de prueba que en principio es de aplicación general a cualquier tipo de delito, aunque resulta especialmente útil para la acreditación de la motivación en los delitos de odio.

El valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) y el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2015,²⁷¹ **que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.**

En resoluciones más recientes el Tribunal Constitucional (SSTC 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) ha considerado como **requisitos imprescindibles** los siguientes:

a) El hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados:

- **Hechos o indicios plurales:** los hechos base o indicios han de ser plurales, pues su propia naturaleza periférica les priva de idoneidad para fundar por sí mismos la convicción judicial.

271. SSTs de 29 de mayo de 2013, EDJ 78324; de 3 de abril de 2013, EDJ 50368; de 6 de marzo de 2013, EDJ 32655; de 4 de marzo de 2013, EDJ 29994; de 29 de noviembre de 2012, EDJ 270036; de 22 de febrero de 2011, EDJ 11692; de 30 de noviembre de 2010, EDJ 268793; de 11 de noviembre de 2010, EDJ 246619; de 9 de octubre de 2004, EDJ 152675; de 9 de marzo de 2006, EDJ 24808; de 4 de mayo de 2007, EDJ 36109; de 28 de mayo de 2007, EDJ 68151.

- **Excepcionalmente se admite el indicio único cuando tenga singular potencia acreditativa o un significado especialmente relevante;** por ejemplo: agresión en la que se selecciona una persona que pertenece a un colectivo minoritario, aparentemente gratuita y sin enfrentamiento o discusión previa.

b) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados.

c) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y, sobre todo, que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

d) Finalmente, es necesario que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, «*en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*» (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005 y 111/2008).

Indicios o indicadores de polarización más frecuentes en delitos de odio:

Se trata de un conjunto de indicios que deben ser debidamente recopilados por la policía e incorporados al atestado policial, todo ello con el fin de dotar a fiscales y jueces de los suficientes indicios racionales de criminalidad que permitan formular cargos de imputación y, en su caso, fundamentar condenas.

La concurrencia de uno o varios factores de polarización puede ser un indicador indiciario sobre la potencial existencia de motivación racista o xenófoba del delito.

Entre los factores de polarización que la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR)²⁷² estima impor-

272. Para mayor información, OSCE-ODIHR, *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*. <http://www.osce.org/odihhr/prosecutorsguide>.

tante recopilar en orden a la acreditación de la motivación, cabe destacar los que a continuación se expondrán:

- **La percepción de la víctima:** siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI),²⁷³ la sola percepción o sentimiento por parte de la víctima de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista o xenófobo debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar la naturaleza racista o xenófoba de dicho delito. Esa percepción subjetiva de la víctima no significa que finalmente el hecho deba calificarse de racista o xenófobo u otro motivo discriminatorio, pero obliga a la policía, fiscales o jueces de instrucción a investigarlo y orientar la investigación para confirmar o descartar dicha motivación. En este sentido, se expresa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de fechas 4 de marzo de 2008, 31 de marzo de 2010, 4 de marzo de 2011.
- **La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritarios** por motivos étnicos, raciales, religiosos, de orientación o identidad sexual, discapacidad, etc.
- **Discriminación por asociación:** la víctima puede no ser miembro del grupo objetivo, pero puede ser un activista en solidaridad con el colectivo. También puede darse el caso de que la víctima se halle en compañía de algunos de los miembros del grupo vulnerable. Se trata de víctimas que sin pertenecer a un colectivo minoritario son deliberadamente escogidas por su relación con él. Piénsese en las parejas interraciales o grupos de amigos de diferentes orígenes nacionales, religiosos o étnicos, o los delitos cometidos contra miembros de ONG que defienden los derechos de minorías. En estos casos lo relevante es analizar la motivación que ha llevado al autor a cometer los hechos. Recuérdese que la agravante de discriminación del art. 22.4 CP habla de cometer el delito «por motivos», por ejemplo, racistas, y ello con independencia de la condición de la víctima.

273. General Policy Recommendation nº 11 ECRI. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf.

- Las **expresiones o comentarios racistas, xenófobas u homófobas** que profiera el autor/es al cometer los hechos. En este caso, se recomienda que sean recogidas con toda su literalidad en las declaraciones de la víctima o testigos y destacadas a ser posible usando letras mayúsculas y en negrita.
- Los **tatuajes o la ropa** que lleve puesto el autor de los hechos y que en muchas ocasiones serán, por su simbología relacionada con el odio, muy gráficos para acreditar el perfil del autor y la motivación del delito. En este sentido, la policía deberá aportar informes fotográficos incorporados a los atestados que reflejen todos estos datos.
- La **propaganda, estandartes, banderas, pancartas, etc., de carácter ultra** que pueda llevar el autor de los hechos o que puedan encontrarse en su domicilio si es registrado. Todos estos efectos deben ser filmados o fotografiados para su incorporación al atestado. Ello exigirá un conocimiento por parte de los investigadores de lo que se denomina la simbología del odio.
- Los **antecedentes policiales del sospechoso** por haber participado en hechos similares o por haber sido identificado anteriormente en la asistencia a conciertos de carácter neonazi de música RAC/OI, asistencia a conferencias, reuniones o manifestaciones de carácter ultra caracterizadas por su hostilidad a colectivos minoritarios. En este sentido, tal y como hemos recomendado anteriormente, es conveniente solicitar estos datos a los grupos de información de los cuerpos policiales.
- El incidente en ocasiones ha ocurrido cerca de un **lugar de culto (p. ej., una sinagoga o una mezquita), un cementerio (p. ej., en la parte musulmana) o un establecimiento de un grupo considerado minoritario en la vecindad (p. ej., a la salida de un bar de ambiente gay).**
- La **relación del sospechoso con grupos ultras del fútbol.** En este sentido habrá que cruzar los datos de que dispongan los coordinadores de seguridad de estadios de fútbol en aplicación de la legislación de violencia en el deporte.²⁷⁴

274. Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>.
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904.

- La **relación del sospechoso con grupos o asociaciones** caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra colectivos de inmigrantes, musulmanes, judíos, homosexuales, etc.
- Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.
- Si los hechos ocurren con motivo u ocasión de una **fecha significativa para la comunidad o colectivo de destino**, (p. ej., un viernes, día de la oración para musulmanes, o un sábado para los judíos, o el día del orgullo gay, etc.).
- Si los hechos ocurren en un **día, hora o lugar en el que se conmemora un acontecimiento o es un símbolo para el delincuente** (p. ej., 20 de abril, día del cumpleaños de Hitler).
- Y dejamos para el final el **indicador más poderoso** de posible comisión de un delito por odio o discriminación: la **aparente gratuidad de los hechos, particularmente si son violentos y la víctima pertenece a un colectivo minoritario**. Cuando tengamos una agresión o unos daños intencionados que no tienen otra explicación verosímil y la víctima pertenece a un colectivo minoritario por su origen, etnia, religión, orientación sexual, el color de su piel o sus rasgos físicos, es altamente probable que tengamos delante un delito de odio y que la motivación real encubierta sea la animadversión a la víctima por su pertenencia o relación con dicho colectivo.

La reciente y muy importante **sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20/10/2015 Balázs versus Hungría** avala la importancia y validez que tienen los indicadores antes descritos para orientar las investigaciones sobre delitos de odio.

La citada sentencia señala que el error más común en la investigación de los delitos de odio es el rechazo o el fracaso de los investigadores para identificar un acto criminal como un delito de odio, señalando que es esencial tener algunos criterios para evaluar si un caso podría ser un crimen de odio, y en este sentido llama la atención sobre que hay indicadores de criminalidad que son hechos objetivos y que señalan que un caso puede implicar un delito de odio.

Si existen tales indicadores, el incidente debe ser registrado como un posible delito de odio y debe dar lugar a una mayor investigación sobre el móvil del delito. La existencia de tales indicadores no prueba que el incidente fue un delito de odio pero su concurrencia

obliga. La prueba de la motivación de odio vendrá sólo después de una investigación exhaustiva y completa, con un resultado confirmado por un tribunal pero ya el propio Tribunal indica que son una base fáctica objetiva y coherente para tratar incidentes como posibles crímenes de odio.

El tribunal, en la sentencia, hace una exhaustiva recopilación de los indicadores más comunes para acreditar un delito de odio y que viene a coincidir sustancialmente con los recopilados por la OSCE.

7.3. Pericial de inteligencia

Se destaca la importancia que puede tener la prueba pericial de inteligencia policial en orden a articular la prueba de indicios que anteriormente hemos descrito y que tendría como objeto:

1. Acreditar la motivación discriminatoria que subyace en determinadas acciones. En muchas ocasiones, resultará esencial a esos efectos el análisis de la información disponible a partir de la valoración de los indicadores o signos externos o circunstancias anteriormente expuestas y que concurren en la comisión del hecho delictivo.

Los autores de delitos de odio a veces usan signos y símbolos para indicar su afiliación a la extrema derecha o su ideología nacionalista. Mientras que la esvástica y otros símbolos nazis son familiares para la mayoría de la gente, hay muchos otros símbolos que no son evidentes o reconocibles salvo para conocedores o especialistas. Estos incluyen secuencias numéricas²⁷⁵ que hacen referencia a las letras del alfabeto o fechas significativas que representan grupos de odio.²⁷⁶

La policía, los fiscales y jueces de instrucción pueden hacer uso de la prueba pericial de inteligencia para aportar al procedimiento penal un análisis técnico sobre el significado de tales símbolos. Se recomienda hacer uso de dicho medio de prueba desde la etapa más temprana del caso para analizar y evaluar indicadores de motivación por odio, incluyendo búsquedas en Internet y consultas con expertos para ayudar a identificar dicha motivación.

275. Como el número 88, que significa 'Heil Hitler' (la letra H ocupa la octava posición en el abecedario).

276. 20 de abril, día del nacimiento de Adolf Hitler.

2. Descubrir que detrás de algunas agresiones físicas o amenazas a cuyo autor material se identifica o detiene se esconden verdaderos **grupos organizados o incluso organizaciones criminales** que, si no son objeto de una investigación específica en profundidad, ello comportará que pasen desapercibidas y, por tanto, impunes sus comportamientos de inducción o autoría intelectual.

No es suficiente limitarse a esclarecer el hecho y centrarse en su autor material, se han de agotar las investigaciones para esclarecer la posible existencia de verdaderos autores intelectuales.

También es relativamente frecuente que los autores materiales pertenezcan a grupos u organizaciones deliberadamente constituidas para difundir la doctrina del odio y en cuyo seno se alienta y se promociona la comisión de actos violentos contra determinados colectivos de personas, como son inmigrantes, homosexuales, personas que profesan la religión musulmana, etc.

Por ello, se recomienda:

- Las unidades policiales investigadoras deberían cruzar los datos del autor material de los hechos con las informaciones disponibles en las bases de datos policiales sobre su relación o pertenencia a grupos extremistas o radicales violentos. En particular, es importante deducir esta relación de sus antecedentes por identificaciones realizadas en virtud de la Ley de Seguridad Ciudadana por asistencia a manifestaciones, concentraciones o conciertos musicales organizados por este tipo de grupos o también conocer su vinculación con grupos ultra del fútbol a través de infracciones y sanciones impuestas en virtud de la legislación de violencia en el deporte.²⁷⁷
- Se recomienda que, bien los fiscales, bien los jueces de instrucción soliciten estos datos si no constan en los atestados policiales a través de las unidades de información de los cuerpos policiales que suelen centralizarlos.

277. Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>.
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904.

7.3.1. Naturaleza y valor de la prueba pericial de inteligencia

Dicha pericia puede ser realizada por expertos, facilitados por los propios cuerpos policiales, normalmente adscritos a las unidades de información por su especialización y conocimientos cualificados sobre la materia, pero también pueden ser expertos de organizaciones de la sociedad civil que también mantienen bases de datos on-line con signos y símbolos, como la estadounidense Liga Antidifamación,²⁷⁸ o, en España, la ONG especializada en delitos de odio Movimiento contra la Intolerancia,²⁷⁹ las cuales tienen secciones en sus sitios web en el que se recogen símbolos neonazis.

Los expertos que suscriban dichos informes deberán ser propuestos por las acusaciones para comparecer en juicio oral a fin de ratificar sus informes con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que resume la STS 157/2012, de 7 de marzo, que recoge resoluciones anteriores del mismo Tribunal, como las SSTS 480/2009, de 27 de mayo, y 1097/2011, de 25 de octubre, en los siguientes términos: *«esta prueba no es sino una variante de la pericial a la que se refieren tanto los artículos 456 LECrim, como el artículo 335 LECivil y cuya finalidad no es otra que suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica debidamente fundada en los términos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»*.

Esa misma sentencia y, posteriormente, la STS 263/2012, de 28 de marzo, definen como notas características de este tipo de prueba las siguientes:

- a) Es una prueba singular utilizada en procesos en los que son necesarios especiales conocimientos que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales convencionales.

278. Véase <http://nigdywiecej.org>, <http://archive.adl.org/hate_symbols/default_graphics.html>.

279. Véase <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/>.

- b) No responden a un patrón diseñado en la LECrim, si bien nada impide su utilización cuando resulten necesarios ese tipo de conocimientos.
- c) La valoración de los informes por el Tribunal es libre. Aun ratificados por sus autores, no son, en ningún caso, vinculantes para el Tribunal.
- d) «No se trata tampoco de pura prueba documental; no pueden ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la Jurisprudencia de esta Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder.»
- e) Aunque jurisprudencialmente se ha discutido la naturaleza testifical o pericial de estos informes, y existen algunas resoluciones que rechazan su condición de pericia, en cuanto que no exigen un «*saber cualitativamente distinto*» (por todas, STS 119/2007), su carácter se encuentra más próximo a estas últimas, pues los autores del informe aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias.
- f) En cualquier caso, hay que entender que estos informes participan de la prueba de indicios, en la medida en que aportan al Tribunal datos de conocimiento sobre personas o actividades. Estos datos, si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba, pueden servir, conjuntamente con ellos, para la prueba de un hecho, a partir de la valoración que realice el Tribunal.
- g) Se trata, en definitiva de «*un medio probatorio que no está previsto en la ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esa clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala.*»

Dado que no es unánime en la doctrina científica y en la jurisprudencia la naturaleza testifical o pericial de este medio de prueba, se recomienda proponer a los expertos que la suscriban a juicio oral en **calidad mixta de testigos-peritos, conforme a lo dispuesto en el art. 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, aplicable subsidiariamente en el proceso penal conforme al art. 4 de la citada ley.

7.4. Necesidad de profundización de las investigaciones policiales y judiciales

Para no limitarse a investigaciones superficiales sobre los hechos o sus autores, se recomienda:

7.4.1. *Recopilar todos los testigos posibles. Reforzar al máximo la prueba incriminatoria para no dejar descansar todo su peso exclusivamente en la declaración testifical de la víctima*²⁸⁰

La víctima, en muchas ocasiones, y por los múltiples motivos ya expuestos con detalle en el apartado 3 de este manual, no puede o no está en condiciones de denunciar. Por otra parte, ya analizamos en dicho apartado que a veces no se otorga a la víctima de un delito de odio la misma credibilidad que a otras víctimas de delitos diferentes, debido a que policías, fiscales o jueces suelen carecer de la necesaria formación o se ven afectados por los mismos prejuicios o estereotipos que el resto de la sociedad a la que pertenecen.

Esta recomendación es especialmente importante en aquellos delitos en que, por su propia naturaleza, sea muy difícil contar con elementos objetivos de corroboración del testimonio de la víctima, que será insuficiente en ausencia de otros medios de prueba para contradecir y desvirtuar la versión del imputado o acusado que niega los hechos; por ejemplo, en el delito de denegación de prestaciones en el

280. La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal en su art. 8 señala: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones judiciales respecto de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima de la conducta, al menos en los casos más graves, cuando las conductas se hayan cometido en su territorio*».

ejercicio de una actividad empresarial o profesional del art. 512 CP o en los delitos de amenazas del art. 169 CP (véase apartado 3.5 del presente manual).

La experiencia dice que estos casos, si solo se obtiene la declaración de la víctima y la del investigado, sin añadir otras declaraciones testificales u otras pruebas que aporten una corroboración objetiva a las manifestaciones de la víctima, suelen ser archivados en el Juzgado de Instrucción o absueltos en la fase de enjuiciamiento por versiones contradictorias. Por ello, es importante que los investigadores policiales y, en su caso, el Juzgado de Instrucción localicen y declaren otros testigos que hayan podido presenciar los hechos.

La recopilación policial de estos testigos, además de facilitar importantes pruebas de la motivación del delito al recoger las palabras exactas que el autor dijo inmediatamente antes o después del delito, es muchas veces fundamental para acreditar el propio hecho en sí, dados los numerosos casos en que las víctimas no denuncian.

También dicha recopilación puede proporcionar elementos suficientes para solicitar la autorización judicial para las indagaciones más intrusivas, como buscar en la casa del sospechoso, lugar de pertenencias de empleo y personales, incluyendo teléfonos celulares y computadoras.

7.4.2. *Rastrear perfiles en redes sociales o páginas web relacionadas con el investigado*

Algunos autores de delitos de odio graban los hechos y lo publican en Internet, a veces para hacer propaganda de sus actos, o bien para mostrárselos a sus amigos. Páginas web, foros en Internet y perfiles en redes sociales son utilizados para organizar la comisión de delitos de odio o para vanagloriarse en ocasiones de su ejecución.

En muchos casos, dichas grabaciones han demostrado ser importantes pruebas para esclarecer la autoría de estos hechos y para acreditar su motivación discriminatoria. Los autores de este tipo de hechos suelen muchas veces alardear de sus acciones, y en ocasiones lo hacen públicamente. De gran interés será **el rastreo policial de los perfiles públicos que en redes sociales pueda tener el investigado o en aquellas páginas web que estén vinculadas o relacionadas con dichos perfiles.**

7.4.3. *Investigación de hechos graves*

Con independencia de lo señalado para la prueba pericial de inteligencia, ante **hechos graves**, siempre que la naturaleza del delito cometido lo permita, y ajustándose a los parámetros de necesidad y proporcionalidad marcados por la jurisprudencia, es altamente recomendable para acreditar la motivación discriminatoria de los hechos y, en ocasiones, para acreditar un posible delito de asociación ilícita del art. 515.4 CP, **solicitar y acordar judicialmente:**

- Diligencias de interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas.
- Diligencias de entrada y registro en los domicilios de los investigados con el propósito de intervenir, no solo efectos o instrumentos de la comisión del delito y material informático que pueda contener pruebas o indicios de la comisión del hecho investigado, sino también todo tipo de propaganda, estandartes, panfletos, etc., que evidencien una motivación de odio hacia la víctima o al colectivo al que pertenece.
- El volcado y análisis de terminales de ordenadores, tablets y móviles, o el acceso a sistemas de almacenamiento de información en «*la nube*».

Conviene recordar el **concepto de delito grave fijado por la doctrina del Tribunal Constitucional**,²⁸¹ conforme al cual la gravedad de la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores como la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, la relevancia social de la conducta, la comisión del delito por organizaciones criminales o la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución.

En este sentido el **Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE 6/10/2015, entrada en vigor 5/12/2015)**, contempla en sus arts. 579.1, 588 ter a) y 588 quater-b la

281. SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 2; o la importante 104/2006, de 3 de abril, FJ 3.

posibilidad de adoptar este tipo de diligencias de investigación que afectan a derechos fundamentales para

- Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión
- Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- Delitos de terrorismo.
- En ciertas diligencias de investigación para delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o telecomunicación o servicio de comunicación.

Además de lo expuesto se han de conocer las nuevas diligencias de investigación que contempla dicha reforma procesal que, además de modificar sustancialmente el régimen legal de diligencias de investigación ya previstas, como la entrada y registro domiciliarios, la detención y apertura de correspondencia privada o la intervención de las llamadas telefónicas, introduce **nuevas técnicas de investigación**, entre las que destacan:

- La posibilidad de que funcionarios de la Policía Judicial, con autorización judicial, puedan actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer un delito de los previstos expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 282.6 lecrim)
- La autorización judicial para que un agente encubierto proceda a la obtención de imágenes y a la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio. El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos (arts. 282.6 y 282.7 lecrim).
- La autorización judicial para la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados (art. 588 quater-a).

- La captación de imágenes en lugares o espacios públicos por la Policía Judicial (art. 588 quinquies-a).
- La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización con autorización judicial, salvo casos de urgencia, en que podrá hacerlo la Policía Judicial y dar cuenta al juez en un plazo máximo de 24 horas (art. 588 quinquies-b).
- El juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un *software*, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos (art. 588 septies-a)
- Acceso con autorización judicial expresa y razonando su justificación al contenido de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos (arts. 588 sexies letras a y b).
- Se faculta al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial para que se dirijan a los prestadores de servicio con el fin de averiguar, sin autorización judicial, la titularidad de un teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o en sentido inverso, la del número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación (art. 588 ter m).
- La identificación y localización del equipo o dispositivo de conectividad correspondiente a una dirección de IP y los datos de identificación personal del usuario requieren autorización judicial expresa (art. 588 ter k) pero el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

7.4.4. *Impulsar las investigaciones de los hechos cometidos por medio de Internet y redes sociales*

En nuestra sociedad actual, que evoluciona constantemente, el crecimiento de los delitos de odio se ha producido, en parte, por la difusión a través de Internet y de las distintas redes sociales, que tanto seguimiento tienen entre la juventud.

El llamado *discurso del odio* o *hate speech* ya no se difunde como antaño, de modo presencial y a través de conferencias o discursos ante un público que acudía expresamente al acto, organizado y publicitado de antemano. En la actualidad, muchos grupos criminales se aprovechan de las nuevas tecnologías a tal fin, por la gran difusión masiva que en poco tiempo y con poco esfuerzo pueden llevar a cabo, ya que su contenido llega a millones de usuarios a través de sus dispositivos electrónicos.

Es evidente que ha de constituir una prioridad para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para los jueces de instrucción y para las fiscalías impulsar las investigaciones para combatir esta actividad delictiva y en este ámbito, dada la complejidad técnica que ofrece su investigación, siendo esencial la respuesta especializada tanto a nivel policial como por parte de la Fiscalía.

7.4.5. *Emprender investigaciones ante la convocatoria de actos públicos con el fin de propagar el discurso del odio*

En este sentido, es frecuente la celebración de actos públicos en forma de concentraciones, conferencias, exposiciones o conciertos musicales convocados con la finalidad de provocar u propagar el discurso del odio, la violencia o la discriminación contra los diferentes colectivos tales como inmigrantes, judíos, gitanos, homosexuales y musulmanes, y que son susceptibles de ser calificados como delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación o la hostilidad o como delito de negación o trivialización del genocidio del nuevo art. 510 CP.

En la medida en que se tenga conocimiento de la convocatoria de estas concentraciones, conferencias, exposiciones o conciertos musicales, es conveniente, una vez acreditados los indicios racionales de la posible comisión de un delito de odio y discriminación que se acuerde la grabación y filmación completa del acto por la policía para su posterior estudio y depuración de acciones penales.

Es conveniente que en las fiscalías, una vez recibida la *notitia criminis* puesta en conocimiento por la policía o por las organizaciones de defensa de los derechos humanos, sobre acontecimientos públicos en los que se difundan repertorios y canciones que incitan al odio, la violencia y la discriminación por razones de orientación sexual o contra los inmigrantes o el pueblo judío se acuerde la incoación de las diligencias de investigación por medio del fiscal especializado del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación.

7.4.6. Valorar todos los bienes jurídicos afectados. Delitos contra la integridad moral

En los casos en que se ejecuten **actos de violencia de manera aparentemente gratuita, sin otra motivación distinta que el rechazo a la persona por el mero hecho de ser diferente**, por tanto, con la finalidad de menoscabar su dignidad, no pueden trivializarse ni minimizarse tales actos. En estos casos, y aunque la violencia se traduzca en un parte médico o un informe médico forense en el que la lesión causada sea constitutiva de un delito leve (antigua falta) que requirió una simple asistencia facultativa para su sanación, ello no puede conllevar a que queden reducidas a una infracción leve, sin profundizar en la investigación y sin valorar la posible afectación con estos comportamientos a otros bienes jurídicos como la dignidad o la integridad moral de la víctima. **En estos casos podría darse un concurso de normas entre el art. 173 CP y el nuevo art. 510.2.a CP (reforma LO 1/2015), que debe resolverse aplicando este último en virtud del principio de especialidad del art. 8.1 CP.**

7.5. Cómo abordar la declaración testifical de víctimas de delitos de odio y testigos. Técnicas de entrevista cognitiva

7.5.1. Introducción

Los delitos de odio y discriminación presentan algunas características distintivas específicas que los fiscales e investigadores han de tener en cuenta a la hora de evaluar las declaraciones de las víctimas y de otros testigos, entre ellas el hecho de que muchas de las víctimas de delitos de odio son reacias a denunciar, comparecer y contar ante la policía, el fiscal o el juez de instrucción la historia completa

de los hechos que han sufrido por muchas y variadas razones (véase apartado 3 del presente manual).

Las autoridades han de ser conscientes de ello y de que estas víctimas tienen necesidades especiales, lo cual ha de repercutir en la calidad de su atención y protección, tal y como expresamente reconocen la Directiva 29/2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la Víctima del Delito, que transpone dicha directiva al ordenamiento jurídico español.²⁸²

El género de la víctima es otra consideración importante cuando se trata de víctimas de delitos de odio o discriminación y puede ser uno de los motivos de su comisión, en cuyo caso debe ser identificado. Por ello, en su trabajo con las víctimas y los testigos, los investigadores policiales o judiciales y fiscales deben en todo momento tener en cuenta los aspectos de género del caso y valorar la conciliación de las necesidades de las víctimas con las normas que rigen la presencia de la víctima o testigo ante el Juzgado de Instrucción o en la vista del juicio oral ante el Juzgado o Tribunal, y tener presente las dificultades o resistencias de las víctimas de delitos de odio, y en particular las víctimas de violencia sexual o de delitos de género, a hacer frente a los autores de estos hechos ante las autoridades.

7.5.2. *Abordando las cuestiones de la renuencia a denunciar*

Como ya exponemos en el apartado 3.1 del presente manual, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a través sólidos y reiterados estudios,²⁸³ ha puesto de manifiesto que muchos de los delitos cometidos no se denuncian, de modo que existe

282. Directiva 29/2012. <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Esta directiva está en fase de transposición al derecho interno a través del Proyecto de Ley de Estatuto de la Víctima del Delito. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF.

283. Principales encuestas de la FRA (Fundamental Rights Agency):

Ámbito LGBTI: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results>.

Ámbito racial o étnico: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/eu-midis-main-results-report>.

Ámbito antisemita: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/discrimination-and-hate-crime-against-jews-eu-member-states-experiences-and>.

una considerable cifra sumergida de hechos que las víctimas por múltiples razones no quieren o no se atreven a denunciar, o ignoran que pueden hacerlo.

Los principales motivos para no denunciar, descritos en el apartado 3.1, se resumen en la falta de confianza de las víctimas en las autoridades policiales y judiciales; una percepción subjetiva de que «*nada pasará*» si denuncian; el miedo a ser expulsados los extranjeros que carecen de permiso de residencia; el temor a posibles represalias por los autores del hecho o de la organización a la que pertenecen; el hecho de vivir la discriminación como algo «*natural o normal*» en sus vidas cotidianas; la extrema vulnerabilidad de algunas de las víctimas que se encuentran en situación de exclusión social, como las personas sin hogar o las personas transexuales que carecen de trabajo; y así multitud de razones que impiden o dificultan la presentación de denuncias por estos hechos.

La denuncia la puede interponer la víctima, sus representantes legales, si es menor de edad, o cualquier persona que haya tenido conocimiento de los hechos, pero hay que ser consciente de que la víctima muchas veces no puede o no quiere denunciar por motivos que han de ser respetados. En este tipo de delitos, no puede descansar el proceso en el hecho de que la víctima denuncie; no obstante, se considera muy importante que la persona asuma su condición de víctima de este delito y debe estar suficientemente empoderada para interponer la denuncia. Esta debe mantenerse durante un proceso más o menos largo y más o menos costoso emocionalmente hablando, por tanto, la víctima debe conocer de la forma más precisa posible cuál es el camino a recorrer una vez interpuesta la denuncia, para que este le sea lo más sencillo posible.

La Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, de la Unión Europea en su artículo 8 señala que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones judiciales en delitos de odio no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima de la conducta, al menos en los casos más graves.

La mayor parte de los delitos motivados por odio y discriminación son delitos de carácter público y, por tanto, cuerpos policiales, fiscales y jueces deben actuar de oficio tan pronto tengan conocimiento de su comisión.

Dado que la víctima es el testigo más importante en la mayoría de los casos, y siendo conscientes de las dificultades descritas, los investigadores policiales, los fiscales y los jueces de instrucción deben tomar las medidas necesarias para tranquilizar a las víctimas en la medida de lo posible con el fin de obtener declaraciones con riqueza de detalles acerca de la vivencia sufrida, evitando que los nervios le puedan llevar a contradicciones. Este aspecto se considera fundamental para una investigación eficaz, para la propia construcción del caso y, en definitiva, para su éxito.

7.5.3. *La declaración de la víctima. Técnicas de entrevista cognitiva*

La correcta identificación de la motivación y la resolución de muchas investigaciones criminales dependen de la información proporcionada por las víctimas y los testigos. Los análisis realizados sobre la calidad de las informaciones obtenidas por policías, fiscales y jueces muestran, sin embargo, que suelen ser de carácter muy general, imprecisas e incompletas.

Algunas estrategias inadecuadas que explican la pérdida de información valiosa a lo largo del proceso son: el excesivo uso de preguntas cerradas, las interrupciones frecuentes, la elaboración de preguntas de un modo inflexible y con secuencias equivocadas, no generar *rapport* y la sospecha de la veracidad del testimonio.

Recomendaciones para recibir declaración a víctimas y testigos:

- Recoger las declaraciones detalladas de los testigos y de la víctima, usando sus propias palabras.
- Describir con detalle el momento, duración y lugar donde se produjo el incidente.
- Incluir los términos, insultos y jerga concretos, los nombres específicos, las secuencias de interacciones conductuales, las interacciones verbales, el aspecto de los autores, sus acciones específicas y roles y cualquier detalle aportado, aunque parezca superfluo, o sea parcial o el testigo/víctima se manifieste inseguro al respecto.

- Describir el grado de afectación desde el punto de vista físico, psicológico, económico, etc., de cualquier afectado por el incidente.
- Aplicar las técnicas de entrevista cognitiva, que constituyen, en este sentido, una estrategia muy útil.

La **entrevista cognitiva (EC)** se desarrolla gracias a la colaboración entre psicólogos e investigadores policiales o judiciales. Promueve el uso de habilidades sociales y estrategias mnemotécnicas para la recuperación de la información. Comparada con la entrevista estándar, la EC aumenta el número de informaciones obtenidas y su precisión, sin disminuir la calidad, inmuniza a las víctimas y testigos contra entrevistas sugerentes posteriores, incrementa los detalles que permiten comparar las declaraciones con la conducta/lenguaje de los sospechosos, proporciona declaraciones susceptibles de ser analizadas con técnicas de detección de verdad y mentira aplicadas al contenido. Y, además, otro de los beneficios procurados por la EC es proporcionar información que ayuda a calibrar el daño psicológico experimentado por la víctima.²⁸⁴

La entrevista cognitiva tiene las siguientes fases:²⁸⁵

Fase 1. Saludos y rapport

Para evitar los recelos que puedan tener víctimas y testigos –por desconfianza hacia la policía o al fiscal o juez de instrucción, miedo a represalias y consecuencias, inseguridad, vergüenza por su condición– es indispensable que el investigador genere un ambiente de confianza y seguridad en el que la persona se sienta más cómoda para hablar.

Es necesario, por ello, que se individualice la entrevista, ajustando el estilo a las necesidades de cada sujeto. El investigador debe presentarse a sí mismo como una persona auténtica, sensible a la situación de la víctima o testigo e interesada personalmente en la resolución del caso, y no como un mero representante del sistema.

284. FISHER, P.; BRENNAN, K.H.; MCCAULEY, M., «The cognitive interview method to enhance eyewitness recall», en EISEN, M.L.; QUAS, J.A.; GOODMAN, G.S. (eds.), *Memory and suggestibility in the forensic interview*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum, 2002, pp. 256-286.

285. Se transcriben aquí las fases de la entrevista cognitiva descritas por Concepción ANTÓN, PROFESORA DE PSICOLOGÍA SOCIAL Y ANTROPOLOGÍA EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, Y que publica el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia en el *Manual de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la detección y registro de incidentes racistas o xenófobos*. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatold=217.

Saludos:

- Llamarle por su nombre y presentarnos diciendo el nuestro. Llamar a la persona frecuentemente por su nombre.
- Utilizar el trato de tú o de usted en función de las características del entrevistado.
- Un único entrevistador.

Rapport:

- Situar a la víctima o al testigo en disposición de recuperar sus recuerdos.
- Eliminar durante la entrevista cualquier elemento distractor –ruidos, interrupciones, llamadas telefónicas, comentarios del entrevistador o preguntas, etc.
- Disminuir la ansiedad inicial permitiendo que el entrevistado comience a responder y lo haga de forma positiva. Para ello, se comienza con preguntas no relacionadas con el incidente, pero que no sean despersonalizadas. Que muestren interés hacia la persona y a las que no pueda responder con monosílabos.
- Escucha activa: mantener el interés por lo que dice, no interrumpirle, uso adecuado del lenguaje no verbal –postura relajada, hablar despacio, contacto ocular, asentimientos de cabeza, posición en ángulo.
- Utilizar preguntas abiertas y evitar las preguntas sugerentes.
- Permitir la expresión de sentimientos y dar respuestas empáticas.
- Mantenerse mentalmente abierto a todas las hipótesis y no solo a una.
- Indicar a la víctima o testigo que puede tomarse el tiempo necesario para recordar y para ordenar sus recuerdos.
- No interrumpir, manejar los silencios como estrategia para recordar.
- No mostrar sorpresa y no reforzar ningún tipo de respuesta.

Fase 2. Ayudas a la entrevista; centrarse en el recuerdo y transferir el control

Transferir el control

Debe evitarse que la víctima o testigo asuman un rol pasivo ante una figura de autoridad. El entrevistado debe entender que tiene

que asumir el control de la entrevista. El papel del agente será facilitar que el entrevistado piense y hable.

- Esto puede conseguirlo a través de:
- Preguntas abiertas.
- No interrumpiendo.
- Empoderando al entrevistado diciendo, por ejemplo: *«Yo no estuve allí, por tanto no sé lo que pasó. Toda la información la tiene usted, por tanto dígame todo lo que recuerde».*

Centrarse en el recuerdo

- Motivar el recuerdo. Insistir en que siga en su esfuerzo para evitar que el testigo o la víctima abandonen tras el primer intento.
- Hacerle creer que disponemos de todo el tiempo necesario.
- Buscar el momento adecuado para hacer la entrevista. Si bien es cierto que el tiempo suele hacer desistir de la denuncia, en términos mnemotécnicos, tras las dos horas iniciales, el olvido es menor. Sin embargo, si el incidente fue traumático, la inmediatez de los hechos puede dificultar el recuerdo.

Contarlo todo

Los testigos y las víctimas suelen seleccionar la información que prestan a las autoridades por la importancia que le concede, porque creen que la policía ya conoce mucho del caso, por su propia seguridad respecto a lo recordado, por pudor, etc. Por este motivo hay que:

- Insistir al sujeto respecto a que nos cuente todos los detalles, incluso si cree que no son importantes, o no está del todo seguro.
- Pedir que los narre en el momento que lleguen a su mente, sin dejar nada para otro momento.

Fase 3. Iniciar una narración libre

Restablecimiento de las circunstancias. Es la fase más característica de la entrevista cognitiva. Se basa en el principio de codifica-

ción específica que afirma que la forma de recuperación más eficaz es aquella que crea un ambiente de recuperación lo más similar posible al ambiente real de codificación. Es decir, sugiere que los recuerdos están asociados a sus orígenes contextuales. Reinstalarse mentalmente en las circunstancias espaciotemporales, sensoriales y afectivas en que sucedieron los hechos será la llave que abra los lugares donde se almacenan los recuerdos.

Consiste en situar mentalmente al testigo o víctima en el lugar y momento en el que sucedió el incidente. Hay que recordar que restablecer las circunstancias no se refiere solamente a las circunstancias externas de espacio, tiempo y lugar, sino también a las internas: sentimientos, pensamientos y miedos experimentados en el momento de los hechos.

Fase 4. Preguntar

Durante la fase anterior, la persona que toma la declaración ha de estar atenta a los detalles que quedan incompletos y, una vez finalizada la narración libre, debe preguntar por ellos.

La víctima y el testigo ya han sido informados de que lo que interesa son los detalles, y en este momento el investigador debe tomar la iniciativa para completarlos. Deben evitarse las preguntas sugerentes y, por tanto, las preguntas han de referirse a lo mencionado espontáneamente –hechos, personas, lugares– y no a lo que el investigador cree que sucedió.

La experiencia ha mostrado que la repetición genera reminiscencia o hipermnias. Es decir, aunque la repetición de la misma pregunta de la misma manera no es aconsejable (especialmente cuando se entrevista a niños), volver a preguntar de formas diferentes incrementa la cantidad de detalles recordados.

En esta fase, pedimos al entrevistado que vuelva sobre las informaciones no desarrolladas suficientemente:

- Pedimos que haga un esfuerzo de concentración y que nos diga todo lo que recuerde, por insignificante o tonto que le parezca.
- Debe indicarse al sujeto que puede responder «no sé».
- Hay que situarle de nuevo en el contexto.
- En la medida de lo posible las preguntas deben ser compatibles con la entrevista, es decir, de acuerdo con la forma en que ha almacenado la información, en el mismo orden que la ha recordado.

Fase 5. Recuperación variada / recuperación extensiva

En esta fase se utilizan nuevas estrategias para incrementar la cantidad de detalles recordados, de acuerdo con la teoría de los trazos múltiples y la teoría de los esquemas.

La teoría de los trazos múltiples sostiene que los recuerdos conforman una especie de tela de araña o entramado y, por tanto, es posible seguir distintos hilos para hallar los recuerdos. Es posible que lo no encontrado en una forma de recorrido pueda hallarse en otra y, por este motivo, se sugiere recorrer el entramado del mayor número posible de formas, en una y otra dirección, para maximizar el recuerdo.

La teoría de los esquemas afirma que es mejor el recuerdo del esquema general de los hechos; es mejor cuando se codifica en *scripts*, que organizan los recuerdos jerárquicamente. Sin embargo, los *scripts* dificultan la recuperación de detalles, especialmente cuando son inhabituales y favorecen la inclusión de recuerdos falsos consistentes con el *script*. Por este motivo, es necesario utilizar técnicas que rompan el *script* para obtener detalles y técnicas de «*sacudidas de la memoria*» para completar los recuerdos.

Las estrategias son:

- Pedir que nos vuelva a contar lo sucedido, pero en un orden invertido, de atrás hacia delante.
- Solicitar que intente mirar la escena desde una perspectiva (p. ej., desde el lugar que ocupaba otra persona que participó en ella).
- Intentando que recuerde distintos sentidos, además de lo visto: olores, sonidos, sabores, tacto.
- Pidiendo que desarrolle un dibujo o representaciones de la escena, de la ubicación de las personas.
- Es imprescindible que el entrevistado entienda que se le exige este esfuerzo no porque se ponga en duda lo que dice, sino para que recuerde más detalles.

Fase 6. Resumen

El entrevistador hace un resumen de lo declarado por el entrevistado. Debe pedirse al testigo o a la víctima que añadan tantos detalles cómo se les ocurran.

Fase 7. Fin

Hay que evitar que la víctima o testigo perciba la entrevista como insatisfactoria o inútil. Para ello debemos darle la impresión de que lo ha hecho bien y agradecer la cooperación. Proporcionar un teléfono de contacto por si recuerda nuevos detalles y tomar todos los detalles personales (al final, no al comienzo).

También hacerle comprender la importancia que tiene su declaración para que el caso prospere y, por tanto, la necesidad de que comparezca en el acto del juicio oral para declarar y lograr de esta forma el definitivo esclarecimiento de los hechos, la depuración de la responsabilidad de su autor y la reparación del daño o perjuicio sufrido.

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR) en su *Guía práctica para la persecución de delitos de odio*²⁸⁶ recomienda que los policías y los fiscales puedan **pedir el soporte y ayuda de oficinas de atención a las víctimas o incluso de ONG o asociaciones de víctimas**²⁸⁷ para facilitar que la víctima denuncie y resolver las dificultades para que declare.

7.5.4. *La evaluación de la credibilidad de víctimas y testigos sin prejuicios*

Se ha de ser consciente de que la víctima en ocasiones no se reconoce como tal y que además se le exige que sea precisa, concreta, y se acuerde de todos los datos sin fisura ni contradicción alguna, y cualquier vacilación o contradicción al respecto puede ser interpretada en contra de la verosimilitud de su relato, sin tener presente factores de presión social, emocional o psicológica por parte del operador policial o jurídico que está tomando la declaración.

La cuestión se puede complicar conforme se avanza en la tramitación del proceso y llegamos a la fase de juicio oral, normalmente al cabo de meses e incluso años. En ese caso, la víctima puede haber sufrido una reelaboración propia del hecho con el paso del tiempo, puede haber sufrido olvidos o incluso cambios en la percepción de lo ocurrido; sin embargo, este proceso mental, fácil de comprender, a menudo puede no ser valorado de esta forma y, por tanto, acabar desvalorizando o bien restando credibilidad al testimonio.

286. www.osce.org/odihhr/prosecutorsguide

287. Véase el apartado 6.8 del presente manual, relativo a los principales servicios de atención a víctimas prestados por administraciones públicas y organizaciones sociales.

Otro aspecto muy importante del trabajo con las víctimas es ser consciente de los estereotipos y prejuicios que pueden tener los investigadores y juzgadores a la hora de dar credibilidad a un testimonio. Policías, jueces y fiscales pueden tener prejuicios y estereotipos, ya que son expresión de la sociedad a la que pertenecen, y ello les puede condicionar a la hora de investigar o juzgar un delito de odio.

El hecho de que una víctima inicialmente no quiera denunciar o que presente la denuncia transcurrido bastante tiempo después de haber sufrido los hechos puede llevar a los investigadores o a los juzgadores a desconfiar en esa víctima o testigo y dudar de la credibilidad de su testimonio.

Hemos de ser conscientes de que muchas víctimas provienen de países extranjeros, a veces desconocen nuestra lengua, o no saben leer ni escribir o ignoran qué, dónde y cómo denunciar; por ello, en muchas ocasiones, la víctima no da el paso de denunciar hasta que no ha superado los temores iniciales, o hasta que ha obtenido la información y el asesoramiento precisos para sentirse segura, muchas veces a través de una ONG o asociación de víctimas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya señaló en los casos Stoica contra Rumanía y Milanovic contra Serbia²⁸⁸ que los Estados incumplieron su obligación de llevar a cabo una investigación eficaz por las visiones estereotipadas de los investigadores y fiscales.

Pero a la hora de evaluar la credibilidad del testimonio de la víctima hemos de prestar atención al hecho frecuente de que es la propia víctima de un delito de esta naturaleza quien no es consciente realmente de su condición de víctima y, por tanto, que ha sido objeto de un acto discriminatorio, ya que piensa que ser tratada de forma desigual forma parte de su vida diaria y lo asume como algo «normal».

Aunque se trate de un delito diferente de los delitos que aquí analizamos, la STS 306/2001, de 2 de marzo, nos sirve para ilustrar la importancia que tiene la percepción social de algunos delitos y su influencia en la vivencia personal de la víctima y la credibilidad del testimonio de la víctima.

El recurrente, en el argumentario de su recurso, cuestiona la credibilidad del testimonio de la víctima. Dice que en el plenario quedó

288. SSTDEH, sec. 3ª, de 13 de noviembre de 2012, Stoica contra Rumanía; sec. 2ª, de 14 de diciembre de 2010, Milanovic contra Serbia, nº 44614/2007; de 12 de julio de 2012, Beauty Salomon contra España.

patente el odio de Lina hacia el recurrente, en referencia a contradicciones en su testimonio, que en un primer momento no denuncia las violaciones de que fue objeto los días 10, 11 y 12 de julio, que no existió persistencia de su incriminación, que no existieron datos periféricos que corroboraran su declaración:

«[...] Y si bien es cierto que en su primera declaración, en sede policial (folios 5 y 6), efectuada a última hora del 12 de julio de 2011 no hizo referencia alguna a las agresiones sexuales de que fue objeto entre los días 10 y 12 de ese mismo mes, a las que tampoco aludió en su declaración ampliatoria realizada en el cuartel a primera hora de la mañana del 13 de julio (folios 7 a 10), ello obedece a la convicción expresada por la víctima en el plenario, de que los forzamientos y abusos sexuales en el seno de la pareja no constituyen delito, percepción tan errónea como, a menudo extendida en determinadas capas sociales en que ciertas mujeres no son plenamente conscientes de su derecho a la libre autodeterminación en el ámbito de su sexualidad, frente a las agresiones o abusos de terceros, sean o no sus maridos, novios o parejas sentimentales.»

7.5.5. Abordar los conflictos con las víctimas

A veces puede haber un conflicto entre los intereses de la víctima y los intereses de la Justicia. La víctima puede querer retirar su denuncia y en definitiva abandonar el caso o buscar una mediación u otras formas de reparación, mientras que el fiscal, como garante del principio de legalidad y teniendo en cuenta los fines de prevención general y especial de las penas, puede considerar necesario el ejercicio de la acción penal.

En otros casos, la víctima puede insistir en la persecución de los hechos, mientras que el fiscal considera que los hechos no están acreditados o que no existen pruebas suficientes para formular acusación contra ninguna persona.

La clave para abordar estos conflictos, sin renunciar al cumplimiento del principio de legalidad, es la comunicación con la víctima y el desarrollo de una comprensión de la perspectiva de la víctima, debiendo el juez de instrucción y el fiscal ser sensibles a la razonabilidad de los motivos por los que la víctima se resiste a que se persiga o enjuicie el caso y tratar de mitigar esta dificultad siempre que sea posible.

En cambio, en los casos en que no hay pruebas suficientes para continuar el procedimiento o para formular acusación, se recomienda:

- Que el juez de instrucción o el fiscal informen a la víctima de los motivos que impiden que el caso prospere con un lenguaje claro, comprensible y adaptado a las circunstancias de dicha víctima.
- Si la víctima no conoce nuestra lengua, acordar la traducción de las resoluciones judiciales de archivo o absolución o los informes de sobreseimiento del Ministerio Fiscal a la lengua de la víctima.
- Informar a la víctima en su propia lengua y derivarla a servicios de atención a la víctima o a servicios sociales de su Comunidad Autónoma o ayuntamiento para la obtención de ayudas psicológica o económica en los casos que proceda (en este manual se facilitan algunos de ellos en el apartado 6.8).

7.5.6. Reducir el temor de las víctimas a declarar

Muchas víctimas acuden a juicio con sentimientos de miedo o inseguridad y, a veces, expresan temor a posibles represalias de los autores del hecho; por ello, se recomienda:

- Evitar la confrontación visual directa con el acusado, bien en las declaraciones que puedan hacerse en fase de instrucción (p. ej., declaración como prueba preconstituida), o bien en el acto del juicio (mediante el uso de barreras visuales o biombo), todo ello al amparo del art. 2.b de la Ley 19/1994, de Protección de Testigos,²⁸⁹ para que la víctima pueda declarar libremente sin sentirse atemorizada. En este sentido, véase acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000 sobre el uso de biombos y mamparas, así como la doctrina señalada por el Tribunal Constitucional sobre testigos protegidos en STS de 8 de abril de 2013, rec. 1771/2011.

289. Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-28510.

- En los escritos de acusación de los fiscales, además de las penas correspondientes a las infracciones penales cometidas, se recomienda interesar las penas de prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella, comunicación por cualquier medio informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual de acuerdo con lo legalmente previsto en el art. 48 CP.

7.6. Alegaciones más comunes para desvirtuar la motivación discriminatoria. Valoración de las declaraciones de investigados o acusados

En este apartado se describen una serie de argumentos frecuentes que se suelen alegar en los procedimientos penales cuando una persona es investigada o acusada por delitos motivados por odio y discriminación, y que por ser comunes en los distintos Estados han sido objeto de recopilación por parte de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR).²⁹⁰

Es muy común que se trate de restar importancia a la motivación por odio o discriminación imputada a investigados o acusados ofreciendo explicaciones alternativas que, bien descartan dicha motivación por cuanto en caso de quedar acreditada supone una agravación punitiva de su conducta, o bien la minimizan.

Los investigadores policiales y judiciales deben utilizar todos los datos disponibles en el caso y profundizar las investigaciones para desenmascarar o enfatizar la motivación discriminatoria del delito y refutar esta forma de defensa.

7.6.1. «Solo una pelea»

Muchos delitos de odio suelen ocurrir durante incidentes que originalmente pudieron haber tenido otras motivaciones diferentes al odio o la discriminación como desencadenantes, como una disputa entre vecinos sobre la propiedad, ruidos, un conflicto de tráfico, etc.

290. *Acusando delitos de odio, guía práctica para Fiscales*, OSCE-ODIHR, 2014. www.osce.org/odihr/prosecutorsguide.

Estas motivaciones iniciales pueden cambiar durante el curso de los hechos y transformar un delito ordinario en un delito motivado por prejuicios raciales, religiosos, étnicos, homófobos o de otro tipo.

En otras ocasiones, la naturaleza discriminatoria del móvil está presente desde el primer momento en que el sujeto activo comete el delito.

Los investigadores policiales y judiciales a veces tienden a pasar por alto la motivación discriminatoria en tales casos, que, por lo general, se demuestra por el uso de palabras ofensivas o insultos dirigidos a la persona o a la identidad de grupo al que pertenece la víctima.

En estos casos, las disputas pueden o no pueden comenzar con insultos racistas u ofensivos, dándose con frecuencia el caso de concurrir varios delincuentes contra una sola víctima profiriéndose en el curso de la disputa expresiones claramente ofensivas sobre la raza, etnia, religión, género u orientación sexual.

Una defensa común en estos casos es alegar que el incidente fue «*solo una pelea*», rechazando que se trate de un delito motivado por prejuicios discriminatorios, y tratar de hacer ver que se trata de un caso de simple pelea callejera o de vandalismo.

7.6.2. «Mis palabras no son racistas»

Los acusados niegan a veces que la motivación de sus actos delictivos fuera por odio o discriminación, y afirman que las palabras que utilizaron son simples declaraciones de hecho sin intención de ofender a sus víctimas.

Algunas palabras pueden tener un doble sentido, por ejemplo, las palabras *inmigrantes* o *gitanos* que se pueden utilizar en formas que no son intencionalmente insultantes. Sin embargo, si estas palabras se utilizan en un contexto hostil, tales como durante una discusión o al hacer un grafiti, pueden ser claramente racistas o xenófobas.

Los acusados también pueden afirmar que sus palabras no tenían la intención ofender o insultar y que ellos no tienen sentimientos negativos hacia el grupo al que la víctima pertenece.

En estos casos, se tendrá que valorar el contexto completo de los hechos, incluyendo otras manifestaciones del autor realizadas durante el incidente y la versión que puedan ofrecer los testigos, que pueden restar credibilidad a lo manifestado por el investigado.

Los mismos argumentos se pueden aplicar a los símbolos. Por ejemplo, un símbolo de orgullo nacional o religioso no tiene que ser en sí mismo una representación de odio. Sin embargo, si un símbo-

lo particular se pone en la casa de un inmigrante junto con otros símbolos o declaraciones neonazis diciendo al migrante *«desaparece»*, se convierte en un indicio de la ideología nacionalista y la motivación discriminatoria del autor.

7.6.3. *«Yo no soy xenófobo, tengo amigos extranjeros»; «Yo no soy homófobo tengo un familiar gay»*

El hecho de que un acusado tenga relaciones con personas del mismo origen étnico, racial, etc., que la víctima no excluye automáticamente que dicha persona actúe por prejuicios o discriminación hacia ella o hacia el colectivo a que pertenece. Tampoco el hecho de que el autor tenga familiares o incluso algún amigo que sea homosexual le excluye de tener un comportamiento homófobo.

Hay que partir de la base que predisposición y prejuicio son fenómenos complejos y que, muy a menudo, las personas con prejuicios discriminatorios se pueden relacionar con una persona en concreto que pertenece a grupos en los que normalmente no confía y hacia los que incluso tiene sentimientos de rechazo, viendo, sin embargo, en esa persona con la que se relaciona una excepción más que una negación de sus estereotipos.

En los juicios es frecuente que se proponga como testigos de descargo a estas personas con las que excepcionalmente se relaciona el imputado o acusado y que pertenecen al mismo colectivo que la víctima para desmontar las acusaciones de actuación por odio o discriminación.

7.6.4. *«El acusado pertenece también a un colectivo minoritario como la víctima»*

Este tipo de alegación es frecuente en dos tipos de casos:

1. Casos en los que el imputado o acusado es extranjero o profesa una religión determinada y agrede a una persona de otra nacionalidad o religión diferente. Sus defensas suelen alegar en estos casos que su cliente no puede ser xenófobo o haber cometido el delito por prejuicios religiosos porque su cliente también es extranjero o profesa una religión distinta a la mayoritaria.

2. Casos en que el imputado o acusado pertenece a la misma raza o religión que la víctima. Por ejemplo, una persona que agrede a

otra de su mismo colectivo étnico, racial o religioso por relacionarse con otras personas de una raza o una religión diferente o por mantener relaciones homosexuales que no admite.

Conviene recordar que las **explicaciones no convincentes o contradictorias de imputados o acusados**, aunque por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, sí pueden ser un dato más a tener en cuenta para formar la convicción del juzgador (SSTS 5 de junio de 1992, EDJ 5826; 9 de octubre de 2004, EDJ 152675). Por ello, la valoración de la **manifiesta inverosimilitud** de las manifestaciones exculpatorias del acusado no implica invertir la carga de la prueba cuando existan otros indicios relevantes de cargo que, por sí mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos (SSTS 9 de junio de 1999, EDJ 10318; 17 de noviembre de 2000, EDJ 37125), pues aunque la escasa importancia del relato no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, sí es hábil para servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (SSTC 135/2003, 170/2005).

Por su parte, el **silencio en el juicio oral** puede servir, al igual que los contraindicios, para confirmar la valoración incriminatoria derivada de otras pruebas indiciarias (STC 202/2000; SSTS de 20 de septiembre de 2000, EDJ 30304; de 30 de diciembre de 2004, EDJ 229445; SSTEDH 18731/91, de 8 de febrero de 1996, caso Murray; de 2 de mayo de 2000, caso Condrom).

7.6.5. «Los contenidos que divulgué o manifesté públicamente forman parte de mi libertad de expresión o ideológica o de conciencia»

La mayor parte de las personas imputadas o acusadas por manifestar o difundir públicamente contenidos que incitan al odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad contra personas o colectivos por motivos racistas, xenófobos, antisemitas, religiosos, homófobos, etc., suelen invocar en su defensa que dichas manifestaciones están amparadas por los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad ideológica o de conciencia (arts. 16 y 20 CE).

El discurso generador de odio y discriminación no tiene amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE, y ello con fundamento en los **textos internacionales ratificados por España que por mandato del art. 10 CE han de servir para la inter-**

pretación del art. 510 CP, así como en las recomendaciones emanadas de organismos internacionales de defensa de derechos humanos y de los cuales el Estado español es miembro, así como con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Acerca del concepto de lo que se denomina discurso del odio y el conflicto con los citados derechos constitucionales, véase el apartado 2.12 del presente manual donde se expone la normativa internacional y la jurisprudencia más relevante.

8. SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN LA FISCALÍA. COORDINACIÓN INSTITUCIONAL EN LA LUCHA CONTRA LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN. LA NECESARIA INTERLOCUCIÓN Y DIÁLOGO CON LA SOCIEDAD CIVIL

8.1. Servicios especializados de delitos de odio y discriminación en la Fiscalía

En los últimos años, el Ministerio Fiscal español se encuentra inmerso en un proceso de modernización, una de cuyas líneas esenciales es precisamente la de impulsar, bajo los principios de unidad e imparcialidad que tiene constitucionalmente asignados, una actuación especializada o, al menos, un tratamiento específico –coordinado a nivel nacional– en determinadas materias a través de la articulación de una estructura orgánica adecuada y la obtención de las capacidades y habilidades necesarias para afrontar de forma eficiente la investigación y persecución de los diferentes fenómenos criminales. Este planteamiento favorece, además, la comunicación y colaboración con instituciones y organismos públicos o privados implicados también en la lucha contra las diversas manifestaciones de la delincuencia.

La unificación de criterios de actuación y coordinación de actuaciones que facilitan la especialización constituye una de las principales funciones que corresponden al Ministerio Fiscal por decisión del constituyente y una de sus grandes aportaciones al Estado de derecho y a la salvaguarda de principios fundamentales como la seguridad jurídica y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

La respuesta especializada del Ministerio Fiscal en otros ámbitos, como los delitos relacionados con la corrupción, los delitos de

medio ambiente o los delitos de siniestralidad laboral o de violencia sobre la mujer, ha demostrado, sin género de dudas, una gran eficacia en su persecución y en garantizar la necesaria unidad que debe caracterizar la actuación del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, por las relevantes funciones que le han sido constitucionalmente encomendadas, por su especial posición en la organización judicial española, por su propia estructura interna y por los principios que informan su actuación, está llamado a desempeñar una relevante función en la investigación, persecución y sanción de las conductas delictivas que atentan contra el principio de igualdad y contra la dignidad de las personas, y con esa específica finalidad está canalizando su esfuerzo a través de esta área de actividad desplegada por todo el territorio del Estado.

Son múltiples y variados los problemas que afectan a todas las víctimas de la discriminación, la aversión irracional y el odio al que es diferente por el mero hecho de serlo, y que están motivadas por el lugar de nacimiento, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, las convicciones u opiniones, la orientación o la identidad sexual, la situación socioeconómica, la edad, la discapacidad o las enfermedades de las personas, entre otros motivos discriminatorios.

Estos hechos delictivos presentan particularidades y especificidades tanto en el ámbito de su investigación como en el de su enjuiciamiento, por lo que exigen una atención y una respuesta especializadas por parte del Ministerio Público que permita conocer de cerca la realidad que rodea a las diferentes víctimas de la discriminación y, a su vez, establecer la necesaria relación con las organizaciones no gubernamentales que defienden sus derechos.

La actuación específica y especializada del Ministerio Fiscal viene siendo reclamada por diferentes asociaciones y organizaciones que trabajan en el ámbito de la prevención y la lucha contra la discriminación en todos los frentes.²⁹¹ Su reivindicación viene motivada ante la necesidad de abordar de manera cualificada los problemas comunes que afectan a todas las víctimas de discriminación, como forma de contribuir a la unificación en la aplicación de los preceptos del Código Penal y superar las dificultades técnicas derivadas de su deficiente y ya desfasada redacción y de la falta de coordinación sistemática en el catálogo de las causas discriminatorias previstas en los distintos preceptos, así como atender las disfunciones que puedan producirse por la falta de la necesaria unidad de actuación en el abordaje tanto por parte de las Fuerzas y

291. Esteban Ibarra Blanco, presidente de Movimiento contra la Intolerancia, mayo de 2011. <http://www.estebanibarra.com/?p=1123>.

Cuerpos de Seguridad como por parte del Ministerio Fiscal en orden a la investigación de este tipo de delitos, la atención a las víctimas y la depuración de las correspondientes responsabilidades penales.

En este marco hay que encuadrar la creación y puesta en funcionamiento de la Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación por Decreto del fiscal general del Estado de fecha 10 de octubre de 2011. Su origen, sin duda, hay que vincularlo al Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación,²⁹² preparado en la anterior legislatura y cuyo art. 30 contemplaba expresamente la designación de un fiscal delegado del fiscal general del Estado para esta materia. El citado Proyecto no llegó a ser tramitado íntegramente por la convocatoria anticipada del proceso electoral, no obstante lo cual la Fiscalía estimó oportuno asumir esta misma idea por su valor en orden a potenciar y optimizar la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito.

Así, en el Decreto de constitución de la Delegación se hacía referencia específica a la necesidad de ofrecer una respuesta institucional ante el problema de la discriminación y ante la situación de desprotección efectiva en que se encuentran las víctimas de estas conductas, cuestiones estas en las que el Ministerio Fiscal no podía desentenderse de las funciones tuitivas que tiene encomendadas por mandato constitucional, particularmente la misión que le asigna el art. 124 CE de «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados*», así como la de procurar ante los tribunales «*la satisfacción del interés social*».

La fiscal delegada del fiscal general del Estado demandó de todos los jefes provinciales la designación de, al menos, un fiscal en cada uno de dichos órganos territoriales, encargado de coordinar la actuación de la Fiscalía en esta materia en el respectivo territorio y a su vez de hacer posible esa misma coordinación en el conjunto del Estado, actuando como punto de contacto provincial en la red nacional dirigida desde la unidad central por la fiscal de Sala Delegada. Esta red quedó definitivamente constituida en el mes de marzo del año 2013.

A partir de la experiencia y el conocimiento adquiridos como resultado del trabajo cotidiano en cada uno de sus órganos provinciales, la Fiscalía se encuentra en condiciones de percibir las discrepancias o criterios divergentes en la interpretación y aplicación de las normas, tanto en los aspectos penales sustantivos, como en los métodos o formas de investigación. Ello posibilita, como resultado de un trabajo

292. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 10 de junio de 2011, nº 130-1 http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_130-01.PDF.

de equipo, ir avanzando en la necesaria unificación de criterios y en la definición de las líneas de actuación más adecuadas en relación con este fenómeno criminal, como ya se viene haciendo en las diversas áreas de actuación del Ministerio Fiscal.

Algunas fiscalías provinciales venían ya realizando una actividad comprometida en este ámbito, centrada en la detección de estas conductas y en el seguimiento y control, más o menos pormenorizado, de investigaciones policiales y/o procedimientos judiciales incoados para su investigación y enjuiciamiento. Así, en el año 2011, se crea una sección con este objetivo en la Fiscalía de Sevilla, similar a las que también se habían articulado en otras fiscalías provinciales como las de Madrid y Barcelona, provincia, esta última, pionera en esta materia, en la que el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación está constituido desde el año 2009, merced a la Instrucción 1/2009 de dicho órgano provincial, y cuya experiencia inspira el modelo de planteamiento nacional de lo que ha de ser la actuación del Ministerio Fiscal frente a este tipo de ilícitos.

Esta labor esforzada que se ha venido desarrollando desde hace años ha sido incluso reconocida en foros internacionales, concretamente, con ocasión de la conferencia anual de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), celebrada en noviembre de 2013 en Vilnius (Lituania), se consideró como ejemplo de buenas prácticas la articulación y funcionamiento del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona y la extensión de este mismo esquema de actuación, dada su efectividad y positivos resultados, a todo el territorio del Estado.

Desde la Fiscalía Delegada del fiscal general del Estado se definió el ámbito de competencia de esta área de actividad y se fijaron las conductas delictivas en las que se centrará la atención de los diferentes fiscales especialistas:

a) Delitos de amenazas a grupos determinados de personas, previstos y penados en el art. 170.1 CP.

b) Delitos de tortura por razones basadas en alguna forma de discriminación, previstos y penados en el art. 174.1 inciso segundo CP.

c) Delitos de discriminación en el empleo público o privado, previstos y penados en el art. 314 CP.

d) Delitos de provocación al odio, a la violencia o a la discriminación, previstos y penados en el art. 510.1 CP.

e) Delitos de difusión de informaciones injuriosas, previstos y penados en el art. 510.2 CP.

f) Delitos de denegación de prestaciones públicas y privadas, previstos y penados en los arts. 511 y 512 CP.

g) Delitos de asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia, previstos y penados en el art. 515.5 CP.

h) Delitos contra los sentimientos religiosos, previstos y penados en los arts. 522 a 526 CP.

i) Delitos de difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, previstos y penados en el art. 607.2 CP.

Además de los tipos específicos antes mencionados, se incluyen otros comportamientos que inciden en el principio de igualdad y que pueden integrar otros ilícitos, tales como delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, u otros bienes jurídicos de personas concretas y determinadas, siempre que el ataque a dichos bienes jurídicos se lleve a efecto por motivos racistas, antisemitas o por otra clase de discriminación derivada de la ideología, religión o creencias de la víctima, o bien en atención a la etnia, raza o nación a la que pertenezca, o por su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad. En estos supuestos, la catalogación como delitos de odio irá asociada a la aplicación de la agravación prevista en el art. 22.4 CP en su actual redacción.

Para cerrar el abanico de conductas que atentan contra el principio de igualdad, son de obligada referencia aquellos comportamientos que, siendo susceptibles de encuadrarse en los delitos contra la integridad moral, previstos y penados en el art. 173.1 CP, tengan su origen en razones discriminatorias basadas en la ideología, religión, raza, nacionalidad, orientación sexual o enfermedad de la víctima, o en otros motivos de similar naturaleza, pues aun cuando este precepto penal no contemple expresamente la referida motivación, es evidente que tanto el trato degradante, con grave menoscabo de la integridad moral, como las acciones hostiles o humillantes a que se refiere el indicado artículo pueden tener su origen en planteamientos de esa naturaleza.

La consideración del citado elenco de conductas ilícitas como crímenes de odio, y, por tanto, incluidas en el ámbito de actuación de esta Delegación, ha sido avalada por las conclusiones adoptadas en las I Jornadas de Especialistas celebradas en el mes de marzo del año 2014.

La creación de servicios especializados dentro de las fiscalías ha de permitir afrontar los siguientes retos:

- Dar la necesaria y adecuada respuesta especializada en la investigación, persecución y enjuiciamiento de este tipo de actividad criminal.
- Recopilar toda la copiosa información, documentación y recomendaciones que emanan de los organismos inter-

nacionales de defensa de los derechos humanos, bien a nivel de Naciones Unidas como a nivel europeo, así como la jurisprudencia que emana de los diferentes tribunales sobre el principio de igualdad y no discriminación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo).

- Aproximarse a la ciudadanía y establecer contacto y diálogo permanente con las instituciones públicas y con las asociaciones de víctimas y las organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos humanos.
- Contribuir a la unificación de criterio en la aplicación e interpretación de los preceptos del Código Penal, facilitando con ello un incremento de la seguridad jurídica al tratar de reducir en la medida de lo posible la existencia de resoluciones judiciales contrapuestas que se observan en la práctica diaria.
- Contribuir a superar las disfunciones que puedan producirse por la falta de la necesaria unidad de actuación en el abordaje tanto por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como por parte del Ministerio Fiscal en orden a la investigación de este tipo de delitos, la atención a las víctimas y la depuración de las correspondientes responsabilidades penales.
- Afrontar con respeto al principio de legalidad la tendencia a minimizar la entidad o seriedad de este tipo de comportamientos ilícitos. La experiencia demuestra, como hemos expuesto anteriormente, que muchos de estos asuntos son considerados como hechos de trascendencia menor por policías, jueces y fiscales y es relativamente frecuente que se reputen como meras infracciones leves: lesiones, coacciones o amenazas, sin agotarse en algunos supuestos toda la antijuridicidad y reprochabilidad que merece la conducta.
- Atender la creciente complejidad que van adquiriendo las investigaciones de los denominados delitos de odio como consecuencia de la proliferación en Internet de páginas, blogs personales y agrupaciones de personas en redes sociales dedicadas a la comisión de delitos de provocación al odio, la violencia y la discriminación.
- Combatir de una manera más especializada, y, por tanto, más eficaz y enérgica, el crimen organizado; es decir, pro-

mover investigaciones de los grupos u organizaciones criminales que de forma organizada cometen delitos de odio y difunden públicamente el llamado *discurso del odio o hate speech*. Se trata de verdaderos grupos violentos, aparentemente definidos por afinidades musicales, estéticas, deportivas, etc., entre los cuales están el movimiento *skinhead* u organizaciones con estructura jerárquica y de naturaleza paramilitar,²⁹³ pero que en realidad entrañan verdaderas tramas violentas y racistas cuya agresividad y peligro han sido denunciados por la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia del Parlamento Europeo y por numerosas y prestigiosas entidades de lucha contra la discriminación como son The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field,²⁹⁴ Migration Policy Group, Movimiento contra la Intolerancia,²⁹⁵ SOS Racismo,²⁹⁶ etc.

Los graves hechos sucedidos en los últimos años en Alemania, Noruega, Italia o Hungría, o más recientemente en Francia o Dinamarca hablan por sí mismos de la necesidad de una rigurosa, contundente y especializada respuesta por parte de los poderes públicos, y en particular de los cuerpos policiales y de la Fiscalía frente a este fenómeno delictivo que socaba los cimientos de la convivencia social y pone en riesgo los mismos principios del Estado social y democrático de derecho.

8.2. Coordinación institucional

La *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*,²⁹⁷ aprobada por el gobierno socialista en Consejo de Ministros de fecha 4 de noviembre de 2011 y asumida por el nuevo gobierno del Partido Popular,

293. Como son los casos de las organizaciones criminales: Blood & Honour, SAP Madrid de 30 de junio de 2010, confirmada por STS 372/2011, de 10 de mayo; y Hammerskin, SAP Madrid de 16 de julio de 2009 (EDJ 382819), confirmada por STS 1396/2011, de 28 de diciembre. Ambas organizaciones fueron declaradas asociaciones ilícitas conforme al art. 515.5 CP.

294. Véase *European Anti-discrimination Law Review*, julio de 2009.

295. Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009*.

296. Véase SOS RACISMO, *Memoria 2008 de la Oficina de Denuncias*.

297. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoid=207.

concede gran importancia a la cooperación institucional entre las autoridades públicas y también con la sociedad civil.

Indudablemente, la existencia de una red de fiscales específicamente dedicados a esta materia facilita y favorece la relación con las víctimas del delito, así como con el resto de ciudadanos y con las instituciones públicas o privadas con responsabilidad en este ámbito, y, por ende, amplía y potencia la capacidad del Ministerio Fiscal de obtener con mayor agilidad información completa y detallada sobre todos aquellos acontecimientos que puedan presentar apariencia delictiva. La designación de fiscales delegados en cada capital de provincia como encargados de coordinar la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia es un factor positivo en orden a promover y encauzar la comunicación con la Fiscalía por parte de los colectivos afectados por este tipo de hechos, de los organismos en los que se agrupan a efectos de representación y defensa de sus intereses, y, en general, de todos los ciudadanos, tanto para denunciar hechos de esta naturaleza como para trasladar iniciativas, sugerencias o preocupaciones que, relacionadas con esta problemática, incidan en el ámbito de funciones del Ministerio Fiscal.

Pero, además, existen una serie de organismos –dentro de la Administración Pública o extramuros de esta– públicos o privados, nacionales o internacionales, implicados en esta misma labor y que pueden facilitar extraordinariamente el desempeño de las funciones tanto de la policía como del Ministerio Fiscal en este ámbito y con los que se recomienda establecer cauces estables de relación.

Para la prestación eficaz de las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas el Ministerio Fiscal, es incuestionable el establecimiento de relaciones fluidas y constantes con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, especialmente, con las unidades encargadas de la investigación de este tipo de conductas ilícitas, y ello con el propósito de la identificación de los crímenes de odio y para su posterior persecución y sanción.

8.3. Protocolos policiales para la investigación de delitos de odio y discriminación

La eficaz investigación policial de las infracciones penales motivadas por odio o discriminación y la correcta atención y protección policial a sus víctimas exigen la necesidad de establecer de forma protocolizada reglas o pautas unificadas y homogéneas dirigidas a los agentes de los cuerpos policiales para la correcta identificación, recogi-

da y codificación de los incidentes racistas, xenófobos o conductas discriminatorias, y poder facilitar de esta forma a fiscales y jueces de instrucción con el atestado policial, además de una exacta y precisa descripción de los hechos averiguados, todas las declaraciones e informes recibidos, así como aquellas circunstancias que hubiesen observado y que puedan servir de prueba o indicio de la comisión del delito, así como el adecuado reflejo documental de los indicadores de polarización que permitan acreditar la motivación discriminatoria de la conducta delictiva, todo ello con el fin de identificar adecuadamente la comisión de un delito de odio o discriminación, y de esta forma también poder demostrar la concurrencia de la agravante de discriminación prevista en el art. 22.4 CP.

En este sentido, la *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*²⁹⁸ contempla entre sus objetivos y acciones a desarrollar la «promoción de mecanismos de detección y protocolos de intervención en caso de incidentes o actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias».

El cuerpo de **Mossos d'Esquadra de Cataluña** fue el primer cuerpo policial en España en dotarse de un protocolo específico de investigación de delitos de odio y discriminación denominado *Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación*, de 10 de marzo de 2010.²⁹⁹ La estrategia global de dicho cuerpo policial tiene sus orígenes en el año 2008, con uno de sus ejes fundamentales en la aprobación de un primer protocolo policial titulado *Intervención penal en hechos delictivos motivados por la orientación afectivo sexual y la identidad de género de la víctima*, dirigido a la investigación y persecución de hechos delictivos cometido contra el colectivo LGBT (gays, lesbianas, bisexuales y transexuales), para quedar definitivamente consolidada en el año 2010 cuando se aprueba un nuevo protocolo de carácter general y que contiene pautas de actuación dirigidas a todos los agentes de policía para la investigación de delitos cualquiera que sea el motivo de odio o discriminación, incluyendo además de orientación o identidad sexual, la raza, el origen o la etnia, la discapacidad, las creencias religiosas, la ideología, la enfermedad, etc.

El cuerpo de Mossos d'Esquadra aborda la lucha contra los delitos de odio y discriminación con una estrategia integral basada en los principios de proximidad a la ciudadanía, en la prevención para evi-

298. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=207.

299. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitos-Mossos.pdf>.

tar su comisión y en la investigación especializada en la lucha contra los grupos y organizaciones criminales.

Ello comporta no solo llevar a cabo una investigación minuciosa de estos hechos, sino establecer pautas para el tratamiento integral de esta problemática, excediendo incluso de lo tradicionalmente esperado en un cuerpo policial, colmando así las expectativas de una policía moderna y comprometida con la defensa de los derechos de los ciudadanos y en especial de unas minorías más vulnerables.

En esta misión de defensa de los colectivos más vulnerables, el cuerpo de Mossos d'Esquadra enfoca su actuación desde las siguientes perspectivas:

- Recogida de datos y estudio del fenómeno delincencial y prospección de la cifra sumergida de hechos delictivos cometidos no denunciados.
- Fijación de pautas para la investigación de delitos y para la atención a víctimas.
- Formación de los agentes de policía.
- Prevención y diálogo con la sociedad civil a través de su red de Oficinas de Relaciones con la Comunidad (ORC) distribuidas por todo el territorio.
- La atención, protección y seguimiento de las víctimas por medio de las Oficinas de Atención al Ciudadano (OAC) dentro de las Comisarías y los Grupos de Atención a las Víctimas (GAV).

La **Policía del País Vasco** se dotó en el año 2012 de la Instrucción 077 sobre *Procedimiento de actuación de la Ertzaintza ante los delitos de odio*, que constituye un protocolo policial para la investigación de delitos de odio y discriminación y la atención a las víctimas, de manera que la legislación vigente facilita a los ertzainas definiciones y conceptos clave, pautas para la prevención, instrucciones acerca de cómo se han de investigar estos delitos y acreditar su motivación en los atestados y cómo atender a sus víctimas.

En el ámbito de los cuerpos de **policía local**, algunas localidades han desarrollado protocolos policiales en este sentido, como, por ejemplo, la Policía Local de Fuenlabrada.³⁰⁰

Ha sido muy recientemente cuando el **Ministerio del Interior** a través de la Secretaría de Estado de Interior ha aprobado a tra-

300. *Actuación policial ante infracciones penales por trato discriminatorio*. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ActuacionTratoDiscr.pdf>.

vés de la Instrucción nº 16/2014 el *Protocolo de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*,³⁰¹ en el que se establecen reglas o pautas unificadas y homogéneas dirigidas a los agentes de los cuerpos policiales para la identificación, correcta recogida y codificación de incidentes racistas, xenófobos o conductas discriminatorios, y determinación de los elementos específicos a tener en cuenta en las actuaciones policiales a seguir.

Para la realización de este protocolo se ha tenido en cuenta el *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos*,³⁰² editado por el Oberaxe (Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

El protocolo, dirigido tanto al Cuerpo Nacional de Policía como a la Guardia Civil, tiene los siguientes contenidos básicos:

- Descripción de las diferentes infracciones penales relacionadas con el odio y la discriminación en el Código Penal.
- Análisis de los principales indicadores de polarización que permitan orientar la investigación policial con el fin de desvelar la existencia de una motivación racista, xenófoba o de otra naturaleza en el delito cometido y que deben ser debidamente recopilados e incorporados a los atestados policiales, con el fin de facilitar a fiscales y jueces los suficientes indicios racionales de criminalidad que permitan acreditar la motivación del hecho delictivo y formular cargos de imputación y, en su caso, condenas.
- Criterios para la elaboración de los atestados desde su fase inicial, con las primeras diligencias a practicar, hasta su desarrollo y conclusión con aspectos fundamentales en la investigación y en la atención a las víctimas, haciendo especial hincapié en la forma en que se ha de abordar y recibir declaración a la víctima.
- Pautas para la investigación de delitos cometidos a través de Internet y redes sociales, particularmente para la eficaz persecución del *ciberodio*, con mención especial al uso de

301. El texto de la Instrucción y el protocolo se puede consultar en <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/PROTOCOLO%20ODIO.pdf>.

302. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatold=217.

la música para la propagación del discurso del odio, particularmente la música RAC o música OI, en que las letras de las canciones incitan claramente a la violencia, cuando no al exterminio de personas inmigrantes, homosexuales, musulmanes o judíos.

- Un apartado específico sobre violencia en el deporte que fija criterios para la aplicación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte y el reglamento que la desarrolla (Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba su Reglamento) y subraya la necesidad de prestar atención en la celebración de espectáculos deportivos de la difusión, por cualquier vía o medio, de mensajes y/o consignas de contenido racista, xenófobo o intolerante en el deporte que inciten públicamente a la violencia, el odio o la discriminación, o bien profieran insultos y difamaciones públicas contra personas o grupos de personas por razón de su «raza», color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.
- Reglas para el adecuado registro informático de los delitos de odio y discriminación, así como de los incidentes discriminatorios que constituyan infracción administrativa, todo ello con la finalidad de poder disponer de estadísticas sobre este tipo de hechos y como consecuencia de los compromisos internacionales adquiridos por España, ligado al hecho de que una eficaz prevención viene condicionada por un acertado conocimiento de la realidad delincencial.
- Apuesta decidida por las relaciones con la comunidad y las organizaciones no gubernamentales de víctimas y de defensa de derechos humanos, incidiendo especialmente en aquellos colectivos más vulnerables y tratando de mejorar las relaciones con sus representantes, como forma de establecer cauces fluidos de comunicación que permitan dar a conocer la labor policial, conocer cuáles son las expectativas y necesidades de estos colectivos, sus diferentes puntos de vista, y todo ello con el propósito de redundar en una mayor efectividad de la actividad policial.

8.4. La necesaria interlocución y diálogo con la sociedad civil

Los organismos internacionales, entre ellos la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), señalan³⁰³ que el principal problema al que se enfrentan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fiscalía y jueces de instrucción para la persecución de los delitos de odio y discriminación es que las víctimas no denuncian, y mayoritariamente no denuncian porque tienen un sentimiento de desconfianza en el sistema policial o judicial y piensan que formular denuncia por los hechos que han sufrido no conducirá a nada. Apuntan también a que una parte considerable de los ciudadanos desconocen sus derechos en el caso de que sean víctimas del odio y la discriminación por razón de su raza, etnia, creencias, religión, discapacidad u orientación e identidad sexual.

Es fundamental, por ello, aproximarse a la ciudadanía y establecer contacto y diálogo permanente con las instituciones públicas que luchan por la igualdad y la no discriminación y sobre todo, de manera muy especial, con las asociaciones de víctimas y las organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos humanos.

Dicha medida constituye una recomendación persistente por parte del Consejo de Europa a través del Parlamento Europeo³⁰⁴ y de su organismo especializado ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia) y forma parte, además, de las conclusiones del Consejo de la Unión Europea celebrado en Bruselas en diciembre de 2013.³⁰⁵

303. Encuesta FRA 2009 sobre minorías raciales o étnicas y discriminación, y encuesta 2013 sobre discriminación por orientación sexual o identidad de género. http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/663-FRA-2011_EU_MIDIS_EN.pdf. http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf.

304. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0090+0+DOC+XML+V0//ES>.

305. Conclusiones del Consejo Europeo de 4 de diciembre de 2013 sobre la lucha contra la delincuencia motivada por el odio en la Unión Europea, FREMP 202 JAI 1091 COPEN 223 DROIPEN 152 SOC 998. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2017057%202013%20INIT>.

Esa labor de escucha y diálogo con las víctimas y las organizaciones que defienden sus derechos, es muy fructífera, particularmente en el cometido que deben desempeñar cuerpos policiales y Fiscalía, ya que ofrece importantes ventajas:

- Entrar en contacto con los problemas que están ocurriendo en estos momentos en nuestras calles.
- Conocer la realidad que rodea a las víctimas, sus dificultades en ocasiones para denunciar y el contexto social, cultural, religioso, etc., en el que se ha cometido el delito.
- Mejora en la información de los derechos en términos de protección contra los delitos motivados por el odio para fomentar las denuncias de dichos delitos y una protección adecuada de los denunciantes y de las víctimas.
- Transmitir a las víctimas la necesaria confianza en la Justicia y en los cuerpos policiales para ofrecerles la protección que por ley tienen garantizada y mostrarles las vías de reparación que ofrece el sistema penal y los recursos de atención y asistencia a víctimas de las diferentes administraciones públicas.
- Explicar las dificultades, técnicas o jurídicas, que plantean estas investigaciones en aspectos tales como la identificación de sus autores, especialmente cuando se trata de grupos u organizaciones criminales o los problemas probatorios para acreditar este tipo de delitos o la motivación discriminatoria de su autor.
- Aumentar la cooperación y las sinergias entre organizaciones no gubernamentales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el poder judicial, así como con la sociedad civil para combatir los delitos de odio con mayor efectividad.

Si bien está menos indicada para jueces y magistrados con el fin de preservar su independencia, **está especialmente recomendada para cuerpos policiales y Fiscalía**, y debe estar presidida por los principios de respeto y comprensión recíprocos, es decir, tanto desde del tejido asociativo, con las responsabilidades, actuaciones y decisiones de los cuerpos policiales y de la Fiscalía, sujetas a los principios de legalidad e imparcialidad, como desde la Fiscalía, con las legítimas estrategias de denuncia social de cada organización no gubernamental.

El diálogo con la sociedad civil y sus representantes forma parte de las conclusiones de las primeras y las segundas Jornadas de Fiscales Especialistas en Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación.

minación celebradas en Madrid en los años 2014 y 2015, en las que se estimó de especial importancia que desde el Ministerio Fiscal se establecieran cauces de comunicación, tanto con los organismos e instituciones con responsabilidad en este ámbito como con las asociaciones de víctimas de crímenes de odio, dada su especial vulnerabilidad, tal y como expresamente reconoce la Directiva 2012/29/UE. Y ello con el doble objetivo de dar a conocer la función que corresponde a los fiscales tanto en la persecución y sanción de este tipo de comportamientos como en la protección de sus víctimas y de facilitar, al tiempo, el acceso de los perjudicados a la Institución que tiene encomendada la protección de sus intereses en el proceso penal.

También este acercamiento a las víctimas ha sido asumido progresivamente por los cuerpos policiales. Así el cuerpo de Mossos d'Esquadra fue el primer cuerpo policial en España en contemplarlo como herramienta de trabajo en su protocolo *Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación*, de 10 de marzo de 2010, cuyo apartado 7 establece que la Policía de la Generalitat - Mossos d'Esquadra a través de las Oficinas de Relaciones con la Comunidad (ORC) fomentará el contacto con diferentes colectivos con la finalidad de conocer la realidad social y detectar sus necesidades en materia de seguridad ciudadana, asesorará a estos colectivos sobre sus derechos, sobre lo que se puede denunciar y cómo hacerlo. Se fomentará la oferta de charlas informativas sobre estos ámbitos a colectivos de riesgo. En las escuelas se hará difusión de charlas informativas sobre estos derechos, relacionados con los delitos de odio y discriminación, informando a los jóvenes sobre la responsabilidad penal en caso de infringir estos preceptos y fomentando el respeto y la tolerancia hacia la diversidad como valores esenciales de nuestra sociedad y como modelo de convivencia.

Por su parte, a nivel estatal la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior ha aprobado la Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, en cuyo apartado nº 9 se establece que, *atendiendo* a las recomendaciones efectuadas por organismos internacionales, debe ser una preocupación constante de los mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el mantenimiento de estrechos contactos con la sociedad civil, incidiendo especialmente en aquellos colectivos más vulnerables y tratando de mejorar las relaciones con sus representantes, como forma de establecer cauces fluidos de comunicación que permitan conocer cuáles son sus expectativas y necesidades. A tal fin se prevé que en las unidades que operativamente se determine por cada cuerpo policial, se creará la figura del «in-

terlocutor social», cargo que será desempeñado por un funcionario de los Cuerpos de Seguridad del Estado, entre cuyas funciones se incluye la de mantener estrechos contactos con los representantes de la sociedad civil, a la par que servirá de cauce de comunicación de las inquietudes que las diferentes ONG le puedan presentar. Asimismo, se fomentará el establecimiento de reuniones periódicas con las diferentes asociaciones representativas de derechos de los diferentes colectivos, todo ello, con el fin de dar a conocer, por un lado, la labor policial, y, por otro, los diferentes puntos de vista de estas asociaciones, que pueden redundar en una mayor efectividad de la actividad policial.

8.5. Estrategias con los medios de comunicación

Los medios de comunicación pueden tener un impacto positivo o negativo en la percepción del público de cómo se abordan policial o judicialmente los casos de delitos de odio y discriminación.

En la línea de acercamiento a la sociedad y por su indudable efecto pedagógico, es recomendable comunicar a la ciudadanía a través de los diferentes medios de comunicación las decisiones, escritos de acusación o resoluciones judiciales que sean novedosas o que supongan un avance en la lucha contra los delitos de odio y discriminación, o que evidencien insuficiencias o lagunas legislativas. Todo ello sin comprometer la lógica reserva en las investigaciones que puedan llevar a cabo policías, fiscales o jueces de instrucción para garantizar su éxito, ni afectar al secreto o la confidencialidad de los procedimientos judiciales o la protección de datos de carácter personal.

La debida y adecuada coordinación con los medios de comunicación puede ayudar a asegurar que la información que se difunda del caso a la opinión pública sea veraz, contrastada y apropiada.

Un efecto beneficioso de dar traslado a la ciudadanía de los hechos motivados por odio y discriminación, por su efecto pedagógico, es transmitirle que las autoridades policiales y judiciales van a investigar los hechos en profundidad, que los van a abordar con seriedad y rigor profesional y que no habrá espacios para la impunidad si resultan acreditados e identificados sus autores, tranquilizando de esta forma a la sociedad y aumentando la confianza en dichas autoridades por parte de las víctimas y por parte de los colectivos minoritarios en situación de eventual riesgo.

Se recomienda que los cuerpos policiales, las fiscalías y los gabinetes de prensa de los tribunales dispongan de **protocolos** para tratar con los medios de comunicación la difusión de aquellos datos que, sin comprometer el éxito de las investigaciones, puedan ser de interés para la ciudadanía. En dichos protocolos debe estar presente también la preocupación por la protección de la víctima, el mantenimiento de su seguridad e integridad en todos los órdenes, incluido su derecho a la intimidad y también el derecho del investigado o acusado a la presunción de inocencia.

Una práctica generalizada consiste en que la policía o la Fiscalía, cuando informan a la ciudadanía de un caso, en ocasiones evitan incluir la verdadera motivación del autor de los hechos, sin explicar que ha podido ser por odio o discriminación, y ello a pesar de constar indicios racionales o pruebas de ello en las investigaciones. Normalmente, se hace con la finalidad de calmar tensiones en la comunidad, pero la experiencia señala que este enfoque rara vez tiene éxito y, además, se deja a las víctimas y al colectivo o comunidad al que pertenece con la impresión de que la investigación no abordará de una manera exhaustiva y eficaz la verdadera motivación que ha llevado al autor a cometer los hechos.

También, en sentido contrario, puede ser peligroso dar a conocer un caso señalando que la motivación del autor fue por odio y discriminación sin tener suficientes datos acreditados sobre dicha motivación, ya que puede producir expectativas poco realistas y en ocasiones generar una alarma social infundada.

9. BUENAS PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones se insertan en la necesidad que perciben los diferentes profesionales que han formado parte del grupo de trabajo que ha redactado el presente manual en orden a intensificar y mejorar cualitativamente la investigación policial, fiscal o judicial, y el enjuiciamiento de delitos motivados por odio y discriminación, así como incrementar la atención y protección a sus víctimas.

9.1. **Compromisos adquiridos en virtud de tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos**

- Por parte de todos los poderes del Estado, entre ellos el poder judicial, adoptar y poner en práctica **todas las medidas necesarias y eficaces** para combatir la intolerancia y la discriminación. Entre ellas, **investigar de manera eficaz** cualquier denuncia o hecho del que se tenga conocimiento con motivación discriminatoria **y llevar a cabo todas las diligencias de investigación que permitan desenmascarar la motivación discriminatoria de los hechos.**
- Necesidad de combatir de manera eficaz contra los actos, expresiones, imágenes y cualquier contenido racista, xenóforo y discriminatorio difundido a través de **Internet y las redes sociales**, dada su inmediata propagación y difusión a multitud de personas de una manera anónima y enmascarada.
- Combatir de manera eficaz contra los actos, expresiones y manifestaciones verbales, gestuales o escritas en el mun-

do del **deporte**, dada su proliferación y su trascendencia y difusión a través de los medios de comunicación.

- Combatir de manera eficaz la **doble discriminación y la múltiple discriminación**.
- Tras el incremento del número de incidentes de intolerancia y violencia religiosas, se enfatiza la necesidad de **combatir de manera eficaz, la islamofobia, el antisemitismo, la cristianofobia y el antiarabismo**.
- Perseguir eficazmente los actos de discriminación contra **minorías étnicas**, entre ellas el pueblo gitano.
- **Interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional**. Se detecta que por parte de jueces, fiscales y tribunales no se tienen en cuenta en sus autos, sentencias e informes las normas de derecho internacional público vigentes en España en virtud de la ratificación de tratados internacionales que afectan a la lucha contra los delitos de odio y discriminación, ni se siguen las recomendaciones de prestigiosos organismos internacionales en esta materia y con los que el Estado tiene asumidos compromisos internacionales. Por ello no ha de olvidarse que los *delitos de odio* lesionan o ponen en peligro libertades y derechos fundamentales de las personas y que las normas relativas a ello, incluidos los artículos del Código Penal, como bien señala el art. 10 CE, han de interpretarse *«de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

9.2. **Más y mejor formación para policías, jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, resto del personal de la oficina judicial y abogados**

- La mayor parte de los problemas expuestos a lo largo del manual obedecen en parte a un **déficit de formación** en los conocimientos relativos al principio de igualdad y no discriminación.
- El cumplimiento de los deberes asumidos por España en los tratados internacionales y de los fijados en las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico interno,

así como las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, lo más importante, la debida atención a las víctimas de los delitos de odio y discriminación comportan la **necesidad de mejorar e incrementar la formación y capacitación de todos aquellos operadores jurídicos con responsabilidad en la investigación y enjuiciamiento de este tipo de infracciones penales.**

- La falta de formación suele comportar, bien la no apertura de investigaciones, o bien investigaciones deficientes o sobreesimimientos y absoluciones que con una adecuada capacitación y sensibilización de los profesionales implicados podrían tener un sentido diferente, lo que hace recaer en las víctimas, una gran injusticia y, en cierto modo, el fracaso del sistema de protección de sus derechos, además de generar en ellas una gran frustración y un aumento de la ya secular desconfianza que tienen en los cuerpos policiales y en quienes administran Justicia.
- Esta formación debe llegar a todos cuantos intervienen, desde el agente de policía que atiende por primera vez a la víctima, nada más producirse los hechos, a veces desde el servicio telefónico 112; pasando por los policías que le reciben declaración y que deberían informarle de sus derechos y de los diferentes recursos que dispone el sistema para la protección de víctimas; por los agentes de Policía Judicial que deben, desde el primer momento, orientar adecuadamente la investigación de los hechos; por el funcionario del juzgado que tramita el correspondiente procedimiento judicial; por el fiscal y el juez que deben instruir la causa, hasta llegar a los jueces y magistrados que deberán valorar los diferentes medios de prueba, en muchos casos de naturaleza indiciaria, y dictar sentencia.
- La **formación ha de ser obligatoria** y ha de tener por objeto al menos el conocimiento de los tipos penales aplicables y de las técnicas de investigación para hacer aflorar la motivación discriminatoria de los hechos delictivos, así como necesaria formación e información sobre la realidad cultural, social, laboral, psicológica, etc., de las víctimas, de los colectivos a los que pertenecen, su diversidad afectivo-sexual, religiosa o sus dificultades en la vida diaria y los motivos por los cuales, o no denuncian, o cuando se deciden a hacerlo lo hacen de forma no inmediata.

- En la formación de jueces, fiscales, secretarios judiciales y forenses se recomienda:
 - Modificación de los temarios de acceso a la carrera judicial y fiscal.
 - Inclusión del estudio de la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación, así como de la debida atención y protección a las víctimas en los planes de estudio de la Escuela Judicial y del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, tanto en la formación inicial como en la continua.
 - Difusión periódica entre los miembros de la carrera judicial y fiscal de la normativa internacional vigente y de la jurisprudencia nacional e internacional sobre delitos de odio y discriminación.
- En la formación de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es preciso:
 - Inclusión en los planes de acceso a cada cuerpo policial de formación inicial y continua de los agentes de policía de contenidos específicos sobre delitos de odio y discriminación, técnicas para su adecuada investigación y acreditación, así como para la debida atención a las víctimas.
 - Formación específica para la correcta aplicación de los protocolos policiales ya existentes en este ámbito.
 - Formación específica en cada comisaría para que cada agente de policía que tenga acceso a los sistemas informáticos con ocasión de la incoación de un atestado policial conozca todas las posibilidades del sistema de registro del incidente racista o xenófobo.

9.3. Coordinación institucional y relaciones con la sociedad y tejido asociativo

- Es indispensable una coordinación institucional para una eficaz investigación de los delitos de odio y discriminación. En este sentido, será fundamental la coordinación entre los diferentes cuerpos policiales y los Servicios de Delitos de Odio y Discriminación, así como entre los jueces de instrucción y los fiscales especializados de su Fiscalía Provincial.

- Aproximación, particularmente de los cuerpos policiales y de la Fiscalía, a la ciudadanía y establecer contacto y diálogo permanente con las instituciones públicas que luchan por la igualdad y la no discriminación y, sobre todo, de manera muy especial, con las asociaciones de víctimas y las organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos humanos.
- Comunicar a la ciudadanía a través de los diferentes medios de comunicación las decisiones, escritos de acusación o resoluciones judiciales que sean novedosas o que supongan un avance en la lucha contra los delitos de odio y discriminación, o que evidencien insuficiencias o lagunas legislativas. Todo ello sin comprometer la lógica reserva en las investigaciones que puedan llevar a cabo policías, fiscales o jueces de instrucción para garantizar su éxito, ni afectar al secreto o la confidencialidad de los procedimientos judiciales o la protección de datos de carácter personal.

9.4. Protocolos

- En la misma línea que los cuerpos policiales estatales o el cuerpo de Mossos d'Esquadra, aprobación en el ámbito de las policías locales de protocolos específicos para las primeras diligencias policiales de prevención y aseguramiento del delito o detención de los autores y atención a las víctimas de delitos de odio.
- Aprobación de protocolos específicos en el ámbito de las profesiones sanitarias y en los servicios sociales para la detección de posibles víctimas de odio y discriminación con el fin de dirigir a las víctimas a los recursos de orientación y protección disponibles, así como para comunicar a la policía, Fiscalía o juzgados de instrucción los hechos de que tengan conocimiento, siguiendo las pautas ya marcadas en otros ámbitos como la violencia de género.

9.5. Estadísticas en la Administración de Justicia

- Abordar la modificación del registro informático de fiscalías, juzgados y tribunales de forma que permita recoger las infracciones penales motivadas por odio y discrimina-

ción y conocer la cifra de investigaciones, procedimientos tramitados, escritos de acusación y sentencias dictadas en este ámbito.

9.6. Profundización de las investigaciones policiales y judiciales

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde hace años recuerda en sus sentencias la obligación de los Estados de investigar en profundidad y de una forma eficaz todos los incidentes que puedan tener una motivación racista, xenófoba u otros motivos discriminatorios.
- Las dificultades en la identificación de los ilícitos que nos ocupan demandan de los investigadores policiales, fiscales y jueces de Instrucción una especial atención para detectar –cuando concurren– en el curso de las investigaciones ese trasfondo discriminatorio y ese tipo de motivaciones que atentan contra la dignidad y la igualdad de las personas.
- **Acreditar la motivación del delito.** Son abundantes las declaraciones de víctimas tanto en fase policial como judicial en delitos cuyo contenido es neutro o abstracto, sin que conste la verdadera motivación del hecho, siendo una declaración intercambiable tanto para un acto racista u homófobo como para un hecho cometido en el seno de un conflicto vecinal o de tráfico vial.
- Deberá acreditarse la motivación no solo por medio de las declaraciones de víctimas o de los implicados, sino también por medio de la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía, debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o videográficos que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores, todo lo cual es de máxima importancia para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos.
- Los **indicadores de prejuicio o polarización** son una excelente herramienta para ayudar a identificar si un delito constituye o no un delito de odio. Ante la falta de una declaración expresa de la víctima, adquiere una especial relevancia la información que en cada caso pueda recogerse en los atestados policiales, en el curso de la instrucción judicial o en las diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal.

- **Reforzar al máximo la prueba inculpativa para no dejar descansar todo su peso exclusivamente en la declaración de la víctima;** en ese sentido, es aconsejable recopilar todos los testigos posibles.
- Los autores de este tipo de hechos suelen muchas veces alardear de sus acciones, y en ocasiones lo hacen públicamente. De gran interés será **rastrear los perfiles que en redes sociales que pueda tener el investigado o en aquellas páginas web que estén vinculadas o relacionadas con dichos perfiles.**
- Ante **hechos graves**, siempre que la naturaleza del delito cometido lo permita, y ajustándose a los parámetros de necesidad y proporcionalidad marcados por la jurisprudencia, es altamente recomendable para acreditar la motivación discriminatoria de los hechos y, en ocasiones, acreditar un posible delito de asociación ilícita del art. 515.4 CP, **solicitar y acordar judicialmente:**
 - Diligencias de interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas.
 - Agentes con identidad supuesta en canales de comunicación abiertos o cerrados con autorización judicial.
 - Diligencias de entrada y registro en los domicilios de los investigados con el propósito de intervenir no solo efectos o instrumentos de la comisión del delito y material informático que pueda contener pruebas o indicios de la comisión del hecho investigado, sino también todo tipo de propaganda, estandartes, panfletos, etc., que evidencien una motivación de odio hacia la víctima o hacia el colectivo al que pertenezca.
 - El volcado y análisis de terminales de ordenadores, tablets y móviles o el acceso a sistemas de almacenamiento de información en «la nube».
- **Impulsar las investigaciones de los hechos cometidos por medio de Internet y redes sociales,** ya que muchos grupos criminales usan estas vías para la difusión masiva, pues, en poco tiempo y con poco esfuerzo, su contenido llega a millones de usuarios a través de sus dispositivos electrónicos.
- En los casos en que se ejecuten **actos de violencia de manera aparentemente gratuita, sin otra motivación distinta que el rechazo a la persona por el mero hecho de ser diferente,** por tanto, con la finalidad de me-

noscar su dignidad, no pueden trivializarse ni minimizarse tales actos. Habrá de valorarse la aplicación del art. 173 CP o el nuevo art. 510.2.a CP (reforma LO 1/2015).

- La **prueba circunstancial o indirecta** puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación, y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica.
- No es suficiente limitarse a esclarecer el hecho y centrarse en su autor material, se han de agotar las investigaciones para esclarecer la posible existencia de verdaderos autores intelectuales. Detrás de muchas agresiones físicas o amenazas a cuyo autor material se identifica o detiene, se esconden verdaderos **grupos organizados o incluso organizaciones criminales** que, si no son objeto de una investigación específica en profundidad, pasarán desapercibidos y, por tanto, sus comportamientos quedarán impunes de inducción o autoría intelectual.
- Se destaca la importancia que puede tener la **prueba pericial de inteligencia policial** en orden a:
 - Acreditar la motivación discriminatoria que subyace en determinadas acciones.
 - Demostrar la existencia de grupos organizados o incluso organizaciones criminales.
- No puede permanecer impune la celebración de actos públicos en forma de conferencias, concentraciones, exposiciones o conciertos musicales convocados con la finalidad de provocar y propagar el discurso del odio, la violencia y la discriminación, y que sean susceptibles de ser calificados como delito del art. 510 CP.
- Se ha podido comprobar que los autores de muchos hechos violentos cometidos fuera del ámbito deportivo, algunos particularmente graves, pertenecen a grupos radicales o ultra del fútbol y que en el seno de estos grupos han sido captados y fanatizados para, posteriormente, protagonizar en las calles actos de violencia contra minorías como extranjeros, homosexuales y transexuales o personas de ideas antagónicas a las que ellos profesan. Con relación a este problema se recomienda:

- **La implicación de todos los responsables públicos de la Seguridad y la Justicia en la exigente aplicación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte** y el Reglamento 203/2010 que la desarrolla, así como la implicación de las empresas de seguridad privada que participan en garantizar la seguridad dentro de los estadios deportivos o en sus inmediaciones.
- El total cumplimiento por parte de los clubs deportivos, particularmente de fútbol, de las previsiones de la mencionada legislación, en particular en lo concerniente a la **llevarza por los clubs de fútbol del libro de registro previsto en la legislación deportiva** que permita a los coordinadores de seguridad un mejor control de las personas y los grupos ultra, así como en lo relativo al cumplimiento de la prohibición legal de exhibición de símbolos, estandartes, pancartas o cánticos que puedan incitar a la violencia o al odio por motivos racistas o xenófobos. La información registrada deberá ser facilitada a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, jueces o fiscales cuando se cometa un hecho delictivo en el que aparezca implicado un aficionado respecto del cual los clubs deportivos dispongan información en aplicación de la mencionada legislación.
- **Respecto a los investigadores**, ante hechos de naturaleza violenta en los que no exista una aparente motivación y las víctimas pertenezcan o se relacionen con colectivos minoritarios o susceptibles de vulnerabilidad, las unidades de Policía Judicial deberán coordinarse con las unidades de información de todos los cuerpos policiales para cruzar la información disponible sobre los antecedentes policiales del investigado por la comisión de infracciones administrativas en aplicación de la Ley 19/2007, sobre violencia en el deporte, y, en su caso, solicitar el acceso a la información de que dispongan los clubs deportivos sobre el investigado en virtud de los obligados libros de registro que contempla la normativa deportiva.
- También será de utilidad para acreditar la verdadera motivación de este tipo de actos conocer la información disponible del investigado por identificaciones o infracciones en aplicación de la anterior Ley 1/992, de

Seguridad Ciudadana, o la actual LO 4/2015, de 30 marzo (p. ej., conocer las identificaciones realizadas en el marco de la citada ley por asistencia a manifestaciones o reuniones de grupos ultra, conciertos neonazis, etc.).

- Los investigadores también deberán efectuar un rastreo de las páginas web, blogs y perfiles públicos en las redes sociales vinculadas o relacionadas con el círculo del investigado que, en muchas ocasiones, ofrecerán información muy valiosa para acreditar su vinculación con grupos ultra y la posible motivación racista, xenófoba, homófoba o ideológica que le ha llevado a cometer los hechos.
- Se recomienda que los fiscales o los jueces de instrucción, si no consta la información señalada anteriormente en los atestados policiales, la soliciten o acuerden a los efectos de acreditar por medio de la prueba de indicios la real motivación de estos hechos violentos en los que no exista una aparente motivación y las víctimas pertenezcan o se relacionen con colectivos minoritarios o susceptibles de vulnerabilidad.
- Ante hechos graves, con pleno respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, se recomienda que en las investigaciones se acuerden judicialmente diligencias de entrada y registro en domicilios, intervención y volcado de la información en teléfonos móviles, en soportes informáticos (ordenadores, tablets, pen drives, etc.) o el acceso a sistemas de almacenamiento en «*la nube*».
- Deben enfocarse penalmente los cánticos masivos en las gradas de los estadios de fútbol en los que se corean soflamas racistas, xenófobas, homófobas, etc., acompañadas de insultos o amenazas y, en muchas ocasiones, acompañadas de gestos o propaganda marcadamente fascista. En este sentido deben incoarse diligencias policiales y penales por la comisión de delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución del art. 510 CP.

9.7. Reformas legislativas

9.7.1. *Nuevos instrumentos normativos contra la discriminación*

Ante la necesidad de mejorar la eficacia en la investigación de los delitos cometidos 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, y de proteger adecuadamente a sus víctimas, y teniendo en cuenta el elevado porcentaje de hechos cometidos no denunciados, que alcanzaría una cifra de en torno al 80% de los casos según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), se consideraran necesarias reformas legislativas que aborden la lucha contra el fenómeno del odio y la discriminación.

Algunos actores sociales³⁰⁶ reclaman una **ley integral frente a los delitos de odio** con el propósito de ofrecer un instrumento jurídico que afronte con eficacia la defensa de las víctimas; que asegure una asistencia integral, jurídica, humanitaria y medidas de protección, información y de recuperación; que impulse las medidas de sensibilización, prevención y detección, en todos los ámbitos, en especial en Internet, ámbito educativo y medios de comunicación; que afronte el grave problema de la falta de denuncias; y que potencie la coordinación y formación de todas las instancias implicadas en el proceso (fuerzas de seguridad, fiscales y jueces, forenses, psicólogos, ONG, sociedad civil, etc.).

Por otra parte, consideramos necesaria además una **ley general de igualdad de trato y no discriminación**, a los efectos de garantizar una adecuada protección del principio de igualdad y de luchar contra la discriminación, que incorpore los compromisos internacionales asumidos por España, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo nº 12 del Consejo de Europa a la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tratado de Lisboa (arts. 2 y 9) y las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113, de protección frente a la discriminación, que fijan un marco europeo de lucha contra la discriminación obligatorio para los Estados de la Unión. Dicha ley debe contener previsiones para prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación, y ha de intentar combinar el

306. Esteban Ibarra, presidente de Movimiento contra la Intolerancia. Unión Progresista de Fiscales, Congreso de Palma de Mallorca, junio de 2015. <http://www.estebanibarra.com/?p=2339>.

enfoque preventivo con el enfoque reparador y facilitar herramientas eficaces para combatir la discriminación en todos los ámbitos.

Esta ley de igualdad de trato y no discriminación debería sancionar administrativamente aquellas conductas discriminatorias que no son ni han de ser constitutivas de infracción penal, dejando a dicho orden jurisdiccional únicamente la persecución de los llamados delitos de odio y las conductas de discriminación más graves.

9.7.2. *Mejoras en el Código Penal*

Entre ellas la modificación de la **agravante de discriminación del art. 22.4 CP**. La doctrina mayoritaria ha destacado la existencia de importantes omisiones en el catálogo de motivos discriminatorios previsto en el art. 22.4 CP, que no han sido colmadas por la LO 5/2010 ni tampoco por la reciente LO 1/2015. Tal es el caso, por ejemplo, de la edad y el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. La primera causa de discriminación se encuentra en la normativa laboral y administrativa (ET y LISOS); la segunda, en el propio art. 314. La doctrina minoritaria también reclama la incorporación de la *aporofobia* (odio al pobre). No obstante, puesto que, de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria sobre la materia, resulta preferible hacer referencia a causas de discriminación que a fobias concretas, la doctrina mayoritaria propone la inclusión entre los motivos discriminatorios de «*motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima*».

9.8. **Mejora en la atención a las víctimas**

- Ser conscientes de que alrededor del 80% de los hechos no se denuncian, según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). Las motivaciones de las víctimas, bien para no denunciar delitos de odio, o bien para hacerlo más tarde de lo que es habitual en otros delitos.
- Potenciar la Encuesta de seguridad pública de Cataluña como instrumento para conocer la incidencia de la victimización por odio mediante la inclusión de preguntas específicas. Complementar la referida encuesta con otros instrumentos que permitan el acceso a determinados colectivos de riesgo.

- Ser conscientes de que muchas víctimas provienen de países extranjeros, a veces desconocen nuestra lengua, o no saben leer ni escribir o ignoran qué, dónde y cómo denunciar; por ello, en muchas ocasiones, la víctima no da el paso de denunciar hasta que no ha superado los temores iniciales, o hasta que ha obtenido la información y el asesoramiento precisos para sentirse segura, muchas veces a través de una ONG o asociación de víctimas.
- Promover y realizar actividades de formación y sensibilización dirigidas a autoridades judiciales y a funcionarios policiales y de la Administración de Justicia que les permita conocer, detectar y evaluar las necesidades de las víctimas de delitos de odio, en vistas a una adecuada aplicación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, y la Directiva europea 2012/29.
- Desarrollar buenas prácticas dirigidas a superar las barreras existentes respecto a las víctimas de delitos de odio e incrementar la confianza de estas en el sistema de justicia penal.
- Establecer medidas que favorezcan el acceso de personas de minorías étnicas y nacionales a los cuerpos policiales.
- Facilitar el acceso de las víctimas de delitos de odio a los servicios especializados de apoyo a la víctima, públicos o privados con financiación pública, mediante la potenciación de mecanismos de comunicación telefónica y *on-line* en diversos idiomas y con amplia cobertura horaria.
- Facilitar y promover la comunicación entre los servicios de apoyo a víctimas y las entidades especializadas dedicadas a las víctimas de delitos de odio.
- Para abordar el trabajo con las víctimas, es necesario ser conscientes de que es fácil que quien toma declaración o valora el testimonio de un testigo se deje llevar por prejuicios y estereotipos al evaluar su credibilidad. Los policías, jueces y fiscales son expresión de la sociedad a la que pertenecen y pueden verse afectados por prejuicios y estereotipos.
- Los policías, los fiscales y los jueces, en ocasiones, desconocen la realidad cotidiana que rodea a las víctimas, o la especificidad de sus problemas o aspectos básicos de su vida social, cultural, religiosa, etc.
- La comunicación regular y la consulta con las ONG y asociaciones que defienden a las minorías y a las víctimas

pueden ser herramientas poderosas para la prevención de todo tipo de delincuencia, y puede dar resultados positivos para la policía y para la Fiscalía, contribuyendo de esta forma a mejorar la confianza de las víctimas a la hora de denunciar los hechos y facilitando una mayor cooperación de los testigos.

- Se ha de mejorar la forma en que se recibe declaración policial y judicial a las víctimas y testigos para atenderlos mejor y obtener los resultados deseables. Los análisis realizados sobre la calidad de las informaciones obtenidas por los agentes de policía o por jueces y fiscales muestran, sin embargo, que suelen ser de carácter muy general, imprecisas e incompletas. Algunas estrategias inadecuadas que explican la pérdida de información valiosa a lo largo del proceso son: el excesivo uso de preguntas cerradas, las interrupciones frecuentes, la elaboración de preguntas de un modo inflexible y con secuencias equivocadas, no generar *rapport* y la sospecha de la veracidad del testimonio. Las técnicas de entrevista cognitiva, constituyen, en este sentido, una estrategia muy útil.
- Aunque resulte excepcional que se produzcan entre los servidores públicos y los profesionales, debe ser desterrado cualquier gesto, comentario, mirada, etc., que pueda tener un contenido jocoso, burlesco u ofensivo para las víctimas por mínimo, discreto o subliminal que sea, y no solo por evidentes exigencias legales con consecuencias, al menos, en el orden disciplinario, sino muy especialmente para atender debidamente a la víctima, ganar su confianza y obtener de esta forma un testimonio rico en detalles que permita la máxima obtención de datos para el adecuado esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus autores.
- Es relativamente frecuente encontrar casos en los que el agente de policía o el funcionario judicial que atiende a la víctima o al denunciante deriva indebidamente a los servicios de información al consumidor por hechos como serle negada la entrada a un establecimiento a una persona por su raza, cuando la praxis correcta habría sido tramitar un procedimiento penal por delito contra los derechos fundamentales del art. 512 CP.
- **«En la práctica de la *identificación policial se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad,***

igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, reguladora de la protección de la seguridad ciudadana).

- Reducir los sentimientos de miedo e inseguridad de las víctimas al declarar. Para ello, según las circunstancias del caso, se procurará evitar la confrontación visual directa con el acusado, bien en las declaraciones que puedan hacerse en fase de instrucción (p. ej., declaración como prueba preconstituida), o bien en el acto del juicio (mediante el uso de barreras visuales o biombo), todo ello al amparo de la del art. 2.b de la Ley 19/1994 de Protección de Testigos.
- En los casos de existencia de un temor fundado de la víctima a posibles represalias por parte del autor de los hechos, los fiscales, en sus escritos de acusación, además de las penas correspondientes a las infracciones penales cometidas, deberán interesar las penas de prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella, comunicación por cualquier medio informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual de acuerdo con lo legalmente previsto en el art. 48 CP.

DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL CD ANEXO AL MANUAL

1. Encuestas

Encuesta FRA 2009 sobre minorías raciales o étnicas y discriminación y encuesta FRA 2013 sobre discriminación por orientación sexual o identidad de género.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/663-FRA-2011_EU_MIDIS_EN.pdf

http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf

2. Protocolos policiales para delitos de odio

<http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitosMossos.pdf>

<http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/PROTOCOLO%20ODIO.pdf>

3. Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoid=207

4. Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos

http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatoid=217

5. Legislación

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf

Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

www.boe.es/boe/dias/2006/07/20/pdfs/A27269-27310.pdf

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf>

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima del delito.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606

Ley catalana 57/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/05/30/pdfs/A25174-25194.pdf>

Ley catalana contra la homofobia 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

www.boe.es/boe/dias/2014/11/20/pdfs/BOE-A-2014-11990.pdf

Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, bisexuales e intersexuales en Galicia.

http://www.xnta.es/dog/Publicados/2014/20140425/AnuncioC3B0-220414-0001_es.html

Ley extremeña 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<http://www.boe.es/boe/dias/2015/05/06/pdfs/BOE-A-2015-5015.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

<http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

Carta de los Derechos Fundamentales, de 12 de diciembre de 2007.

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CFDUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

Directiva 2000/78/CE, de igualdad en el empleo, de la Unión Europea.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>

Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, de la Unión Europea.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF>

Directiva 2012/29, de Víctimas.

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, realizada en Nueva York en fecha 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en fecha 16 de diciembre de 1983.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convención Internacional sobre el Apartheid en los Deportes, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/64, de 10 de diciembre de 1985.

<http://daccess-ods.un.org/TMP/2592417.00172424.html>

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizada en Nueva York en fecha 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007.

www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de fecha 4 de noviembre de 1950.

www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Protocolo nº 12 sobre Discriminación al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas.

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/03/14/pdfs/A15299-15304.pdf>

Convenio sobre Ciberdelitos, firmado en Budapest en fecha 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España en fecha 20 de mayo de 2010.

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS_185_spanish.PDF

Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelitos relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por medio de Sistemas Informáticos, firmado en Estrasburgo en fecha 28 de enero de 2003 y ratificado por España en fecha 11 de noviembre de 2014.

<http://www.boe.es/boe/dias/2015/01/30/pdfs/BOE-A-2015-793.pdf>

Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba el Plan de Acción para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0803:es:HTML>

6. Informes

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en su cuarto *Informe sobre España*, publicado en febrero de 2011.

Texto oficial en inglés:

<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>

Texto en castellano consultable en la página web del Consejo de la Juventud de España:

<http://www.cje.org/descargas/cje3138.pdf>

Informe de la Comisión del Parlamento Europeo emitido en Bruselas en fecha 27 de enero de 2014 para implementar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra el Racismo y la Xenofobia.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=es>

7. Recomendaciones de organismos internacionales

Recomendación CERD General nº 15 de 1993 y relativa al artículo 14 de la Convención sobre la Violencia Organizada Basada en el Origen Étnico.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7487_S.doc

Recomendación CERD General nº 26 de 2000 y relativa al artículo 6 de la Convención sobre la Protección de los Romaníes.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1Global/INT_CERD_GEC_7498_S.doc

Recomendación General nº 31 de 2005 sobre prevención de la discriminación racial en la administración y en el funcionamiento del sistema judicial penal.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7503_S.doc

Recomendación CM/REC (2010) 5, de 31 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_ES.pdf

Recomendación nº R (97) 20, de 30 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso de odio.

[www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec\(97\)20_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec(97)20_fr.pdf)

Recomendación nº 1 de política general de la ECRI: La lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, de fecha 4 de octubre de 1996.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 2 de política general de la ECRI: Los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional, de fecha 13 de junio de 1997.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 3 de política general de la ECRI: La lucha contra el racismo y la intolerancia hacia los roma/gitanos, de fecha 6 de marzo de 1998.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 4 de política general de la ECRI: Encuestas nacionales sobre la experiencia y la percepción de la discriminación y del racismo por las víctimas potenciales, de fecha 6 de marzo de 1998.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 5 de política general de la ECRI: La lucha contra la intolerancia y discriminación contra los musulmanes, de fecha 16 de marzo de 2000.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 6 de política general de la ECRI: La lucha contra la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de Internet, de fecha 15 de diciembre de 2000.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 7 de política general de la ECRI: Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, de fecha 13 de diciembre de 2002.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 8 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo en la lucha antiterrorista, de fecha 17 de marzo de 2004.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 9 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el antisemitismo, de fecha 25 de junio de 2004.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 10 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en y a través de la educación escolar, de fecha 15 de diciembre de 2006.
www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomendación nº 11 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito policial, de fecha 29 de junio de 2007.
www.coe.int/.../ECRI_Recommendation_11_2007_FR.pdf

Recomendación nº 12 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito del deporte, de fecha 19 de diciembre de 2008.
www.coe.int/.../ECRI_Rec_12_combatting_racism-discrimination-insport_FR.pdf

Recomendación nº 13 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el antigitanismo y las discriminaciones de los romá/gitanos, de fecha 24 de junio de 2011.
www.coe.int/.../ecri/.../Recommendation.../f-RPG%2013%20-%20A4.pdf

Recomendación nº 14 de política general de la ECRI: Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo, de fecha 22 de junio de 2012.
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N14/f-GPR%2014%20-%20A4.pdf

La Declaración y Programa de Acción de Durban de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia de 2001 (31 de agosto - 7 de septiembre de 2001, celebrada en Durban) y la Conferencia de Examen de Durban de 2009 (20-24 de abril de 2009, celebrada en Ginebra).
<http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género.
http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la lucha contra toda forma de discriminación garantizando la igualdad de oportunidades como derecho fundamental.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//ES>

Decisión OSCE nº 6 (MC(10). DEC/6), sobre tolerancia y no discriminación, adoptada en la Reunión celebrada en Oporto en el año 2002.
<http://www.osce.org/es/mc/40525?download=true>.

Decisión OSCE nº 4/03 (MC.DEC/4/03), sobre tolerancia y no discriminación, adoptada en la Reunión celebrada en Maastricht en el año 2003.
www.osce.org/es/mc/40537?download=true

Decisión OSCE nº 12/04 (MC.DEC/12/04), de 7 de diciembre de 2004, sobre tolerancia y no discriminación que incorpora las Decisiones del Consejo Permanente números 607, 621 y 633.
www.osce.org/es/mc/41818?download=true

Decisión OSCE nº 13/06, sobre tolerancia y no discriminación, adoptada en la Conferencia celebrada en Bruselas en el año 2006.
www.osce.org/es/mc/23119?download=true

Decisión OSCE nº 9/09 (MC.DEC/9/09), de 2 de diciembre de 2009, adoptada en la Conferencia celebrada en Atenas en el año 2009.
www.osce.org/es/mc/67626?download=true

BIBLIOGRAFÍA

- ACCEN, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.
- ALLPORT, G.W., *The nature of Prejudice*, Reading, Mass., Madison-Wesley, 1954.
- ANTÓN, C., *Los reveladores de huellas mentales en los interrogatorios*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, 2014.
- ANTÓN, C., *Manual de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la detección y registro de incidentes racistas o xenófobos*, NIPO: 270-12-109-3.
- BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., 1997.
- BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, 2001.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998.
- BILBAO UBILLOS, J.M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 299 y ss.
- BOLEA BARDON, C., en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal, PE*, I, 2011.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la res- puesta del Derecho penal*, Granada, 1999.
- CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, 2005.
- CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al artículo 510 CP», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997.
- CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, *Legislación sobre la igualdad de trato y no Discriminación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Dirección General para la Igualdad en el Empleo y Contra la Discriminación, Secretaría de Estado de Igualdad, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010.
- CHAKRABOTI N., GARLAND, J., «Reconceptualizing hate crime victimization through rhe lens of vulnerability and difference», *Theoretical Crimi- nology*, 16 (4), 2012, pp. 499-514.
- COLECTIVO AMANI (1994): *Educación Intercultural. Análisis y resolución de conflictos*, Editorial Popular, Madrid.
- COLINA OQUENDO, P., «Comentario al artículo 510 CP», en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.); MARTÍNEZ GUERRA, A. (coord.), *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., 2009.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «Comentario al artículo 510», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal comentado*, II, 2004.

- CORTINA, A., *et al.*, *Ética*, Madrid, Santillana, 1996.
- CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1997.
- CORTINA, A., «Aporofobia», *El País*, 7 de marzo de 2000, p. 14.
- CUESTA LÓPEZ, V.; SANTANA VEGA, D.M., *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e lidentidad sexual*, Thomas Reuters Aranzadi - Universidad de la Palmas de Gran Canaria, 2014.
- DE LA MATA BARRANCO, N.; PÉREZ MACHÍO, A.S., «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal», *RP*, 2005.
- DE LA SERNA, C., «Uso de Perfiles étnicos en España: una oportunidad histórica de erradicarlos», *Debates Jurídicos*, nº 3, mayo de 2014 (Open Society Justice Initiative - Rights International Spain).
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español*, PE, 2ª ed., 2005.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas - Thomson Reuters, 2013.
- DOLZ, M.-J., «Difusión ideas genocidas filo nazis y asociación ilícita: absolución. La provocación e incitación al genocidio requiere probar hechos concretos que evidencien el peligro real al bien jurídico protegido», *La Ley*, nº 7721, de 24 de octubre de 2011.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011.
- European Anti-discrimination Law Review*, julio de 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentario al artículo 607 CP», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- FISHER, P.; BRENNAN, K.H.; MCCAULEY, M., «The cognitive interview method to enhance eyewitness recall», en EISEN, M.L.; QUAS, J.A.; GOODMAN, G.S. (eds.), *Memory and suggestibility in the forensic interview*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum, 2002, pp. 256-286.
- FUNNELL, C., «Racist hate crime and the mortified self: An ethnografic study of the impact of victimization», *International Review of Victimology*, 2014, pp. 1-13.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004.
- GARCÍA AÑÓN, J.; BRADFORD, B.; GASCÓN CUENCA, A.; LLORENTE I FERRERES, A., *Identificación por perfil étnico en España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013.
- GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, 2004.
- GARCÍA LÓPEZ, C., «Comentario al artículo 510 CP», en CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código Penal*, 2008.

- GARLAND, J., «Difficulties in defining hate crime victimization», *International Review of Victimology*, 18 (1), 2011, pp. 25-37.
- GAVRIELIDES, T., «Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime», *Journal of Interpersonal Violence*, 27 (18), 2012, pp. 3624-3643.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho Penal de varias velocidades*, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos de odio y discriminación tras la LO 5/2010: ¿una nueva oportunidad perdida?*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «El Derecho Penal ante la mentira de Auschwitz», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 63, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español», en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); HORTAL IBARRA, J.C., *Constitución y sistema penal*, 2012, pp. 175 y ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, 2012, pp. 89 y ss.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, nº 4790, 1999, pp. 1 y ss.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997.
- HORTAL IBARRA, J.C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, 2012.
- HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; GIL IBÁÑEZ, J.L., *Constitución Española*, Colex, 5ª ed., 2010.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid, 2011.
- JUDEL PRIETO, A., «Comentario al artículo 510 CP», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal, PE*, II, 3ª ed., 2005.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510.1 CP) a luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *AP*, 1999, pp. 689 y ss.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, 2001.

- LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta de *lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)», *RDPC*, 3ª época, nº 7, enero de 2012, pp. 297-346.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», *RAD*, 6, 2010.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *EPC*, 19, 1996, pp. 250 y ss.
- MASON, G., «Victim attributes in hate crime Law. Difference and the politics of justice», *British Journal of Criminology*, n. 54, 2014, pp. 161-179.
- MASON, G., «The symbolic purpose of hate crime law: Ideal victims and emotion», *Theoretical Criminology*, 18 (1), 2014, pp. 75-92.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 9ª ed., 2011.
- MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4ª CP», en CORCOY BIDA-SOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, nº 5, *La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Materiales Didácticos*, nº 6.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, nº 9, *Educación para la tolerancia*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, nº 10, *Xenofobia e intolerancia en Europa*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009*, 2011, *Informe Raxen especial 2012*, Movimiento contra la Intolerancia.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18ª ed., 2010.
- PEREDA BELTRAN, N., TAMARIT SUMALLA, J., *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, Huygens, 2013.
- PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», *RGDCDEE*, 19, 2009.
- PERRY, B. (ed.), *The victims of hate crime*, Londres, Greenwood Publishing Group, 2009.
- OSCE-ODIHR, *Hate Crimes Laws. A Practical Guide*, OSCE-ODIHR, 2009.
- OSCE-ODIHR, *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*, OSCE-ODIHR, 2014.
- OSCE-ODIHR; CONSEJO DE EUROPA; UNESCO, *Directrices para educadores sobre la manera de combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes: Afrontar la islamofobia mediante la educación*, Varsovia, OSCE-ODIHR, 2012.
- PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

- PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español*, PE, 6ª ed., 2010.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23, 2009.
- REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, Madrid, 2004.
- RÍOS CORBACHO, J.M., «Incitación al odio, Derecho Penal y deporte», *RECPC, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-15, 2014.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos contra la comunidad internacional», en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal*, PE, 3ª ed., 2005, p. 745.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 512 del Código Penal)*, Albacete, 1997.
- SALISBURY, H.; UPSON, A., *Ethnicity, victimization and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03 British Crime Surveys*, Londres, Home Office, 2004.
- SOS RACISMO, *Memoria 2008 de la Oficina de Denuncias*, SOS Racismo.
- SUÁREZ ESPINO, M.L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», *CDP*, 30, 2007, pp. 175 y ss.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agravantes», en *Tratados y Manuales*, Civitas-Aranzadi, 2011.
- TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *RVAP*, 80, 2008, pp. 233 y ss.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al artículo 510 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, PE, III, 5ª ed., 2008, p. 937.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al art. 510 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, p. 1967.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de empresa*, 1995.
- VALLE MUÑOZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 9ª ed., 2009.

ABREVIATURAS

AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP:	Audiencias Proxvinciales
ADPCP:	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AP:	<i>Actualidad Penal</i>
CE:	Constitución Española
CFGE:	Circular de la Fiscalía General del Estado
coord./coords.:	coordinador/coordinadores
CP:	Código Penal
dir.:	director, directora
ed.:	edición, editor
EPC:	Estudios de Política Criminal
FGE:	Fiscalía General del Estado
FJ:	Fundamento Jurídico
LH:	Libro Homenaje
LL:	<i>La Ley</i>
LO:	Ley Orgánica
PE:	Parte Especial
PG:	Parte General
PJ:	poder judicial
pp.:	páginas
RAD:	<i>Revista Aranzadi Doctrinal</i>
RDPC:	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
reimpr.:	reimpresión
RGDCDEE:	<i>Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado</i>
RP:	<i>Revista Penal</i>
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAP:	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
trad.:	traducción, traducido
TS:	Tribunal Supremo
VV.AA.:	varios autores

