

Los delitos de odio

~M.^a Guadalupe Domínguez Dueñas~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia FICP.

INTRODUCCIÓN

El afán de protección de aquellas personas más vulnerables de nuestra sociedad, entre las que se encuentran, sin duda alguna las potenciales víctimas de la discriminación y el odio, ha llevado a las legislaciones internacionales y europeas a regular con una mayor punidad aquellos delitos en cuya motivación comisiva se encuentra el odio, la violencia, y la provocación a la discriminación.

Pese a que en nuestro Código Penal no regula los delitos del odio en un Título o Capítulo específico, sino que tales se encuentran dispersos por dicho texto legal, siguiendo una clasificación en función del bien jurídico protegido, con la reciente reforma del Código Penal del año 2015, nuestro legislador ha reconfigurado totalmente la regulación de los delitos relacionados con manifestaciones de odio, hostilidad, discriminación y violencia hacia determinados grupos u individuos por razón de su pertenencia a los mismos.

El discurso del odio o “hate speech” es definido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa como “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”.

El legislador español traza el concepto de dignidad de la persona como principio informador de todo nuestro ordenamiento jurídico configurado como un mínimo invulnerable, y ello porque la esencia misma del ser humano debe ser respetada siempre y ponderada junto con el resto de derechos. No es baladí el incremento de procedimientos que se viene produciendo en los últimos tiempos en nuestro país relativos por ejemplo a la difusión del discurso del odio o la incitación de actos de tal naturaleza a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, donde señala 40 registros de estos procedimientos, y manifiesta como se percibe la creciente e imparable *incidencia de la utilización generalizada de estas herramientas con objetivos discriminatorios y de humillación y hostigamiento frente a los que son diferentes, y la necesidad de combatir*

*duramente estas conductas para evitar que las enormes posibilidades que ofrecen estas tecnologías sean utilizadas perversamente poniendo en riesgo valores esenciales de nuestro Estado de Derecho como el pleno respeto a la dignidad de las personas y la vigencia del principio de igualdad de todos los seres humanos.*¹

I. LOS DELITOS DE ODIO

Para la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), que reúne un total de 57 países de Europa, Norteamérica y Centro de Asia, el delito de odio se define 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».

El Ministerio del Interior define los delitos de odio como todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas o la propiedad por cuestiones de “raza”, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas.²

La Ley Orgánica 1/2015 ha llevado a cabo una ampliación del artículo 510 CP y se configura como base fundamental y aglutinadora del grueso de las conductas susceptibles de sanción penal por conductas racistas o xenófobas en España, y tipifica dos grandes grupos de conductas:

- las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, con una mayor penalidad.

- los actos de humillación o menosprecio, así como el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos contra tales grupos o sus integrantes con una motivación discriminatoria.

¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en 2016.p.608.

² Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. 2015, p.3. Enlace: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Delitos+de+Odio+2015.pdf>

Además con la reforma del Código Penal se han añadido conceptos novedosos como la hostilidad, menosprecio, humillación y descrédito, a los ya existentes de odio, violencia y discriminación. Regula los supuestos en los que estos delitos se cometan a través de Internet u otros medios de comunicación social de gran difusión, y ello por la pretensión de luchar contra la propaganda racista y el discurso del odio en Internet..³

Podemos afirmar que el art. 510.1 CP es un precepto que constituye, junto a otros, uno de los más destacados instrumentos político-criminales para la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda 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, del sistema penal español.

No es casual que uno de los principales bastiones de la Política criminal española en la lucha contra la discriminación esté representada por un precepto en el que se castiga el odio, la violencia, y la provocación a la discriminación, ya que en gran parte, el incremento de tipificación de estas conductas trae causa de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en la lucha común contra el racismo y la xenofobia, entre los que cabe destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), y 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, lo que ha supuesto que en los últimos tiempos hayan ido arraigando en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, esencialmente mediante la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homófobo, etc.⁴

Analizando el nuevo art. 510 del C. Penal, vemos como los tipos delictivos que ahora se regulan ya habían sido discutidos en nuestro país por la doctrina desde los precedentes más lejanos de la democracia, y ello porque existían dificultades conciliatorias con los principios básicos del Derecho penal, y muy especialmente con el principio de intervención mínima y de injerencia extralimitadora del Derecho Penal, y

³ Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. 2015, p.4-5.

⁴ GÓMEZ MARTÍN, V. Incitación al Odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 18-20, 2016, pp .2-3. ISSN 1695-0194

de otro lado por la posibilidad de que algunos de ellos puedan contravenir derechos constitucionales como la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución Española.

La doctrina penal ha discutido ampliamente dicha cuestión analizando si los anteriores artículos 510 y 607.2 Código Penal suponían una intervención injustificada del ius puniendi del Estado y en consecuencia, violaban la libertad de expresión, siendo la opinión mayoritaria partidaria de considerar que tal derecho fundamental encuentra sus límites en manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro, correspondiéndose tal opinión doctrinal con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵

El debate, sin embargo no está finalizado porque debe deslindarse de forma adecuada el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, ya que una sociedad democrática exige la defensa de los distintos discursos políticos, no siendo factible castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática. Además no deben descuidarse las consecuencias que para el Estado Democrático de Derecho puede conllevar el que se ha denominado «efecto desaliento», en el sentido de que exponía la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999, al referir que una reacción penal excesiva puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión o de información, “... ya que sus titulares sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”, por lo que exige proporcionalidad en la reacción penal.⁶ Así, el propio TC señala que con la medida punitiva se persigue desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, pero una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que podrían calificarse como concomitantes o colaterales, y que desalentarían el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los asuntos públicos, lo que tiene una indudable trascendencia ya que cuando la conducta lícita en ejercicio de un derecho fundamental se desalienta, se

⁵ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), p. 174

⁶STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997 (avocado al Pleno). Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada. Vulneración del derecho a la legalidad penal: principio de proporcionalidad. Votos particulares. BOE 197de 18 de agosto de 1999.

plantea un grave problema desde la óptica de que los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo.⁷

Iniciando un estudio más detenido del actual art. 510 del C. P. se observan que en el mismo se incluyen tres clases distintas de delitos, que son los delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia. En cuanto al sujeto pasivo de tales conductas el mismo es común, ya que está referido a un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice 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.

Se añade con la nueva regulación la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; así mismo se introducen matizaciones respecto a la descripción del elemento subjetivo que forzosamente deben concurrir en la actuación del sujeto activo del delito. También se añade el concepto de *la identidad sexual* frente al anterior de *orientación sexual*, por lo que extiende la punición a supuesto de transfobia, y sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*, ello en consonancia con la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

El tipo básico está regulado en el art. 510.1 del C.Penal y señala tres conductas punibles:

- a) En el apartado a) se castiga el fomento, la promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo (un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad); en estos supuestos se convierten en delito autónomo aquellos actos

⁷ DE DOMINGO PÉREZ, T. La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento». Dialnet. Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, Nº 122, 2003, p.151.

preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios.

- b) En el apartado b) se pune la producción, elaboración, posesión para la distribución, facilitación de acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier material o soporte con contenido idóneo para la realización de la conducta anterior.

Estas conductas no tienen precedente en el Código Penal anterior a la reforma de 2015, y castiga comportamientos preordenados a la realización de la conducta. Serían comportamientos previos a los de la letra anterior y constitutivos de un menor desvalor jurídico-penal.

- c) En el apartado c) del 510.1 se castiga a los que públicamente nieguen, trivialicen de forma grave o enaltezcan los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, delitos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV de nuestro Código Penal, y también encuentra punición los que enaltezcan a sus autores.

En el apartado 2 del art. 510 se regulan los tipos atenuados, castigando dos tipos de conductas con una pena más leve que en el anterior apartado, ya que reduce la pena de prisión estableciendo el arco punitivo de seis meses a dos años, dejando invariable la extensión de la pena de multa, salvo en el caso de que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos, en cuyo caso los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses,⁸ estableciendo por tanto este último párrafo del 510.2.b) el tipo atenuado agravado.

Así la letra a) del 510.2 sanciona la lesión a la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto. Se incluye igualmente la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas.

En la letra b) del 510.2 se castigan los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión de los delitos que hubieran sido

⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ. S. RDPCrim, 12, 2014, pp. 168-183.

cometidos contra un grupo o parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a éste por los motivos referidos anteriormente, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos .

Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos, constituyendo, como hemos dicho, el tipo atenuado agravado.⁹

Los tipos cualificados agravados se recogen en los puntos 3 y 4 del art.510.

Así 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 precedentes del precepto a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que se haga accesible a un número elevado de personas.

De la lectura del precepto se observa que ya se refiere a que la conducta en cuestión se realice “públicamente” o “por cualquier medio de expresión pública” en otros apartados, por lo que en este caso del art. 510.3, la publicidad no se refiere a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a aquellos sistemas adecuados para llegar a un número masivo de personas, y en esa 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 similares. Se refiere también el precepto a un “medio de comunicación social”, debiendo entender en este caso que se exige que el empleo del medio haga los hechos accesibles a un elevado número de personas, tal como pueden ser medios de comunicación como la televisión, la radio o la prensa escrita.

Por su parte el tipo agravado que se prevé en el 510.4 viene referido a supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública y para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.¹⁰

El 510.5 establece la imposición de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior

⁹ ALASTUEY DOBÓN C. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. REDPC, 18-14, 2016, p.3

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V. RECPC, 18-20, 2016, pp. 15-16.

entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, número de actos cometidos y circunstancias concurrente.

El art. 510.6 a modo de consecuencia accesoria del delito, impone la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquiera otros soportes utilizados para la comisión de los delitos de los apartados anteriores; y cuando el delito se haya cometido a través de las tecnologías de la información y comunicación, impone al juez que se acuerde la retirada de los contenidos. En caso de portales de acceso a internet a través de los cuales se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, deberá ordenarse el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de éste.

Esta regulación se aleja de las propuestas de lege ferenda que se habían planteado por la doctrina antes de la reforma y también en cierto modo respecto de los criterios jurisprudenciales que comenzaban a asentarse, por lo que cabe entender que el legislador de 2015 ha ido en la dirección opuesta a la que se venía demandando. Resulta llamativo que por ejemplo se haya vuelto a regular la figura de negación del genocidio, que fue declarada inconstitucional en la STC n.º 235/2007, pero la reintroducción en el Código penal de la negación del genocidio se realiza conforme a la exigencia de que las conductas supongan una incitación al odio o a la hostilidad contra determinados grupos de personas.

Para justificar la reforma el Preámbulo de la LO 1/2015 alega como argumento principal la necesidad de adaptar la regulación española a 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. Sobre la materia se viene apreciando en distintos textos penales internacionales una tendencia expansiva, siendo el art. 510 reflejo de ello. La Decisión Marco ciertamente faculta una regulación penal como la vigente, de ninguna forma obliga a una trasposición de su contenido en los términos en que se ha llevado a cabo donde el legislador ha pecado por exceso a la hora de la transposición.¹¹

¹¹ ALASTUEY DOBÓN, C. REDPC, 18-14, 2016, p.4-5

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 DEL CÓDIGO PENAL.

El vigente artículo 22. 4º del C. Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, establece que son circunstancias agravantes:

“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.”.

Las agravantes son aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que cuando concurren en la comisión del delito agravan la pena.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, que reformó el Código Penal de 1973, fue cuando la circunstancia agravante del art. 22.4 del C.P. fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. La referida Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, señalaba en su Exposición de Motivos la introducción de la nueva agravante en delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para su comisión sea el racismo, el antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima, justificando su inclusión ante la proliferación de episodios racistas y antisemitas de ideología nazi que se habían producido en Europa.

Posteriormente el Código Penal de 1995 tipificó la difusión de ideas y opiniones xenófobas, así como la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes que los practicaren.

Por su parte la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio introdujo en la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal la identidad sexual junto a la orientación sexual, así como la discapacidad o enfermedad en lugar del término minusvalía que se venía utilizando.

Con la última reforma operada en el Código Penal tras la publicación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo se completa el elenco con la agravante de *razones de*

género, considerando que el género puede ser base de acciones discriminatorias distinto del que abarca la referencia al sexo.¹²

Esta evolución legislativa en la circunstancia agravante se justifica al importante incremento de agresiones cuya motivación tiene su fundamento de forma exclusiva en la discriminación, por lo que la agravación penal de estas conductas se ha ido adaptando a las necesidades concretas de la sociedad, lo que ha provocado que paulatinamente se hayan ido introduciendo nuevos motivos discriminatorios ante el aumento de la comisión de hechos punibles movidos por tales discriminaciones; indicio de que es una política penal estrechamente vinculada a la opinión pública y a la voluntad de evitar actuaciones genocidas o discriminatorias.

Al cometer delitos por motivos discriminatorios se lesiona además del bien jurídico protegido por el delito concreto, otro bien jurídico distinto que justifica ese plus de protección y que se traduce en una mayor punición.¹³

Merece realizar una reflexión respecto a la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, y señala en su Fundamento de Derecho SEXTO que esta circunstancia agravante ha sido objeto de distintas críticas doctrinales ya que se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, y ello impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, así como delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, entendiendo que en estos supuestos nos introducimos en un terreno valorativo que se presta a la discrecionalidad, ya que lo que característico de la circunstancia del 22.4 del C. Penal es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo que lleve a la comisión delictiva. Y señala la Sentencia que “... 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.”

¹² CHACÓN LEDESMA, L. Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace: <http://federacionkamira.es/wp-content/uploads/2017/01/PONENCIA-LUCIA-CHACON-Examen-de-los-tipos-espec%C3%ADficos.pdf>

¹³ GAINZARAIN JALÓN, P. La agravante genérica incorporada por la LO 1/2015, de 30 de marzo: cometer el delito por razones de género. TFG Universidad Navarra.2016,p.18-19

Así la jurisprudencia del T. Supremo que se fija en la referida sentencia se basa en lo positivo de la incorporación de la agravante, al ser valores esenciales de la convivencia el antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa, y la necesidad de que el derecho penal asiente tales valores en la sociedad, empero, de igual forma no pueden vulnerarse los postulados de seguridad jurídica por lo que deberá determinarse de forma precisa que ese y no otro, ha sido el móvil delictivo; de esta forma se evitará una aplicación indiscriminada de la referida circunstancia agravante, y ello pese a que algunos hechos ofendan valores esenciales de la convivencia.

Por ello, señala la Sentencia que para la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 del C.P. “...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, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. “.

Por tanto debe señalarse que no en todo delito en el que la víctima pertenezca a otra raza, etnia o nación, o participe de otra ideología o religión o condición sexual, tenga necesariamente que ser aplicada la agravante.

Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito como señala la referida Sentencia.¹⁴

En cuanto a la naturaleza jurídica de la agravante, la postura mayoritaria y que se plasma en la referida sentencia es que la agravación afecta a la categoría de la culpabilidad, pero la ubicación de la agravante del art. 22.4 CP en esta categoría ha sido interpretada en el sentido de que a la sanción correspondiente por el delito cometido, debe añadirse una sanción más al haber cometido el delito por motivos discriminatorios, por tanto, al reproche correspondiente al delito en cuestión, se añade, de aplicarse a ese delito la circunstancia agravante, un reproche adicional por lo indigno

¹⁴ Sentencia nº 1145_2006 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 23 de Noviembre de 2006 Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE - Jurisprudencia - VLEX 26220986_files

de la motivación, en este sentido la SAP de Zaragoza n1 325/2012 de 26 de noviembre. Pero esta postura ha recibido críticas al considerarse una manifestación del denominado “Derecho penal de la actitud interna”.

Así se añade un reproche penal al ya previsto para el delito en cuestión por la única razón de haber sido cometido con una determinada motivación, por lo que se sanciona la motivación en sí misma, lo que pudiera parecer que atacar la libertad de pensamiento y por ende a los propios fundamentos del Estado liberal.

Por todo ello, se han planteado alternativas de ubicación de la agravante del 22.4 en otra categoría distinta a la de la culpabilidad sin restar importancia al hecho de que estamos ante un mayor injusto subjetivo.

Cabe concluir en el sentido que lo hace el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Madrid o la doctrina mayoritaria, y considerar que “el artículo 22.4ª CP tiene como fundamento el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales y, por tanto, que lo que hay que probar para su aplicación es si el autor actuó guiado por su prejuicio y su odio hacia un estereotipo caracterizado por una de las condiciones personales de la víctima que enumera el precepto.

Debe atenderse a los motivos para aplicar la agravante puesto que así lo ha plasmado expresamente el legislador, sin que pueda aducirse que la motivación no puede probarse a la vista de la literalidad el precepto que refiere motivos racistas, antisemitas...¹⁵

1. Las razones de género en la agravante del art. 22.4 del Código Penal

En relación a la introducción de la agravante de género en el art. 22.4 del C. Penal, el Preámbulo de la LO 1/2015, señala que en un precepto en el que ya se encontraba prevista la referencia al sexo, la orientación sexual y la identidad sexual, la presencia ahora del género tiene sustantividad propia, así señala que la razón de la inclusión del género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22, es que *el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 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, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de*

¹⁵ DÍAZ LÓPEZ, J.A. La reforma de la agravante genérica de discriminación. Artículo litigacionpenal.com/es/reforma-agravante-genérica-discriminación. 2015.

hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Ello se corresponde, además, con la realidad social de nuestro país, que pese al avance llevado a cabo en esta materia, sigue siendo la propia de un país con preocupantes signos de machismo y de violencia en el ámbito de la violencia de género.¹⁶

La LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, que entró en vigor el 30 de junio de 2005, selecciono determinados tipos penales a los que les agravó la pena por estar cometidos en el ámbito de las relaciones discriminatorias entre hombres y mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, pero esa opción dejó fuera otros delitos realizados en ese mismo ámbito, tales como las lesiones físicas o psíquicas habituales, el homicidio, los llamados “delitos de odio”, etc., laguna jurídica que se subsana con la introducción de la nueva agravante de género en la Parte General del Código Penal, referida a motivos relacionados con la discriminación hacia la mujer, lo que permite aplicarla cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca una actuación delictiva cuya finalidad sea la discriminación a una mujer por razones de género, pues debe tenerse presente, que tal discriminación se produce también en ámbitos distintos a los de la relación de pareja tales como, prostitución forzosa, explotación laboral, agresiones y abusos sexuales del ámbito familiar, homicidios, malos tratos físicos y psíquicos, coacciones, amenazas.

Con esta inclusión de la agravante de género el legislador asume las recomendaciones realizadas por las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas que promueven la utilización de la palabra “género” en las legislaciones de todos los Estados, y ello con la finalidad de dejar patente que las desigualdades entre hombres y mujeres construidas históricamente, lo han sido exclusivamente como consecuencia de cuestiones culturales y, desde luego, no por razones o diferencias biológicas. De esta forma queda establecida definitivamente la diferencia entre el término *sexo* que se refiere a diferencias biológicas, y el término “género” que está referido y se conecta con el principio de igualdad, y que expresa las discriminaciones creadas socialmente en

¹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V. RECPC, 18-20, 2016, p.18.

función de unos parámetros culturales que deben abolirse en aras a la consecución de la igualdad real entre hombre y mujeres¹⁷.

III. CONCLUSIONES

Como hemos visto se ha pretendido con la reforma de 2015 mejorar el texto anterior que había regulado los delitos del odio, y que conforme la jurisprudencia de la Sala 2ª del T. Supremo, del Tribunal Constitucional y distintos sectores doctrinales daba mayor prevalencia a derechos como la libertad de expresión, lo que provocaba que determinadas conductas motivadas por el odio quedaran impunes. La situación de estos delitos del odio frente a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión siguen estando en una posición de confrontación pese a las argumentaciones esgrimidas en el Preámbulo de la Ley 1/2015.

Pero sea como fuere y pese a las críticas sobre el exceso cometido por el legislador en la nueva redacción del art. 510 del C. Penal que pudieran tirar por tierra el garantismo penal, y la realidad de que se ha producido un exceso en la punición de algunas de las conductas contempladas en el precepto, que sin duda suponen una superación y desbordamiento de las directrices de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008 en la que se inspira, lo cierto es que la norma superó los filtros del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal; claro que ello no empece para que pueda aún superar otros controles como los del Tribunal Constitucional e incluso del TEDH.

No obstante y pese a lo anterior, el discurso que genera odio y la discriminación no puede verse amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión, libertad ideológica o de conciencia, vaciando de contenido los primeros, postura que avala la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Merece la pena concluir con unas palabras para la reflexión, publicadas por el TS tras el fallo de la STS 259/2011, Sala 2ª de lo Penal, de 12 de Abril de 2011 ("Librería Kalki") que absolvió por los delitos del art. 510.1, 51.5.2 y 607.2 CP a los acusados que

¹⁷COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión. IX Jornadas de Justicia Penal Internacional y Universal Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerancia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya. 2016, p.3-4.

habían sido condenados en primera instancia: *“El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que sólo se castigan los actos y no las ideas o las personas en si 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 horrendos crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar unas de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo”*.