

El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada

The Criminal Treatment of Hate Crimes in Spain with the Adoption of a Comparative Perspective

O tratamento penal dos delitos de ódio na Espanha com a adoção de uma perspectiva comparada

Isabel García Domínguez*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 11 de junio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9899>

Para citar este artículo: García Domínguez, I. (2020). El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada. *ANIDIP* 8, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9899>

Resumen

El presente artículo versa sobre el tratamiento penal español de los delitos de odio. Estos han sufrido un aumento progresivo en los últimos años a causa del fenómeno globalizador, en especial en el contexto europeo. Con base en lo expuesto, se adoptó la DM 2008/913/JAI, del 28 de noviembre, cuya trasposición al Código Penal español (CPE) se produjo de forma satisfactoria. Sin embargo, la amplitud adoptada en la regulación de estos delitos es criticada por gran parte de la doctrina, sobre todo del artículo 510 del CPE. No obstante, la práctica jurisprudencial muestra una aplicación restrictiva del artículo mencionado, subsanando, en cierta medida, el punitivismo adoptado. De igual modo, se destaca la necesidad de incluir la motivación aporófoba en el contexto español. También, en la adopción de una perspectiva comparada, se expone el tratamiento penal de los delitos de odio en Alemania y el Reino Unido, así como la escasez de regulación en América Latina, donde se han

* Personal investigador predoctoral en formación de la Universidad de Salamanca, que desarrolla una tesis sobre la aporofobia en el sistema penal español en el marco del proyecto de investigación "Aporofobia y derecho penal", concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Referencia: RTI2018-095155-B-C21). Premio extraordinario del Máster en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España); premio extraordinario del Grado en Criminología en la Universidad de Salamanca (España).

centrado en el colectivo LGTB. Se podría afirmar que la legislación española es sólida en la penalización de los delitos, pero insuficiente, por lo que se considera ineludible una transformación en el abordaje penal de los delitos de odio a nivel global.

Palabras clave: delito de odio; derecho penal; discurso de odio; artículo 510 del Código Penal español; Decisión Marco 2008/913/JAI.

Abstract

The article exhibits the Spanish law treatment of hate crimes. In the European context, hate crimes have increased progressively over the last years because of globalization. Regarding the presented subject, the Spanish Criminal Code successfully invoked the Framework Decision 2008/913/JAI, from November 28, developed to combat hate crimes in the European Union. However, the doctrine has criticized the extent of the hate crimes regulation, especially article 510 of the Spanish Criminal Code. Nevertheless, jurisprudential practice displays a restrictive application of the mentioned article, rectifying, slightly, the adopted punitivism. The need to include an aporophobic motivation in the Spanish context is highlighted. Also, in adopting a comparative perspective, the criminal treatment of hate crimes in Germany and the United Kingdom are examined, as well as the lack of regulation in Latin America, which have focused on the LGBT community. It could be said that the Spanish legislation is solid in terms of prosecuting crimes, but is still insufficient, which is why there is a need for a transformation in the criminal approach to hate crimes globally.

Keywords: Hate crimes; criminal law; hate speech; article 510 Spanish Criminal Code; Framework Decision 2008/913/JAI.

Resumo

O presente artigo versa sobre o tratamento penal espanhol dos delitos de ódio. Estes tem sofrido um aumento progressivo nos últimos anos a causa do fenómeno globalizador, especialmente, no contexto europeu. Com base no exposto, adotou-se a DM 2008/913/JAI, do 28 de novembro, cuja transposição ao Código Penal Espanhol (CPE) se produziu de forma satisfatória. No entanto, a amplitude adotada na regulação destes delitos é criticada por grande parte da doutrina, especialmente, do artigo 510 do CPE. Contudo, a prática jurisprudencial mostra uma aplicação restritiva do artigo mencionado, corrigindo, em certa medida, o punitivismo adotado. Do mesmo modo, se destaca a necessidade de incluir a motivação aporófoba no contexto espanhol. Também, na adoção de uma perspectiva comparada, se expõe o tratamento penal dos delitos de ódio na Alemanha e no Reino Unido, assim como escassez de regulação na América Latina, onde se têm concentrado no

coletivo LGTB. Sé poderia afirmar que a legislação espanhola é sólida na penalização dos delitos, mas insuficiente, pelo que se considera ineludível uma transformação na abordagem penal dos delitos de ódio a nível global.

Palavras-chave: delito de ódio; direito penal; discurso de ódio; artigo 510 do Código Penal espanhol; Decisão Marco 2008/913/JAI.

Introducción: la necesidad de tipificación de los delitos de odio en España

La globalización en la era actual es un fenómeno que no tiene freno, siendo una de sus características más importantes el aumento de la movilidad de personas, y, por ende, del fenómeno migratorio. Estas dinámicas han modificado las sociedades actuales, rompiendo el canon cultural denominado occidental a través del asentimiento de minorías raciales, sociales y étnicas, convirtiéndolas en multiculturales. No obstante, este suceso, producido a nivel mundial, se ha evidenciado de forma más acentuada en Europa, consolidándose un multiculturalismo europeo que desafía la política criminal adoptada. Además, la problemática de este fenómeno no es el reconocimiento de derechos a estos ciudadanos, sino su integración real, cuyo resultado de no hacerla efectiva es la creación de sociedades paralelas (Bernal, 2014).

Así mismo, de forma simultánea al fenómeno globalizador, se ha desarrollado una sociedad del riesgo, caracterizada por el miedo, la inseguridad y el individualismo, la cual facilita el desprecio al diferente (con referencia al grupo dominante), o, dicho de otro modo, al *otro* (Movimiento contra la Intolerancia, 2017).

La consecuencia de los procesos mencionados ha sido la producción de un choque cultural en las sociedades europeas, en especial de los principios y valores jurídicos-sociales de los países de acogida, los cuales han desembocado en conflictos de corte social y jurídico, por lo que se ha destacado la necesidad de invocar al derecho penal como medio de resolución de conflictos, acentuándose en dicho artículo las conductas discriminatorias realizadas contra los colectivos minoritarios (Bernal, 2014).

En efecto, la dilatación en el tiempo de los conflictos mencionados en el párrafo anterior ha llevado a instituciones nacionales e internacionales a reafirmar su compromiso en la prevención, investigación, eliminación y enjuiciamientos de los delitos cometidos por razones de odio, discriminación o tolerancia. Igualmente, estas medidas también se justifican por los resultados de los últimos estudios realizados, donde se resalta que la indiferencia y la impunidad, unidos a la ausencia de memoria y empatía con la víctima, son aliados fundamentales de la intolerancia (Movimiento contra la Intolerancia, 2017). En síntesis, ha existido una legitimación,

a través de textos nacionales e internacionales, de la introducción de los delitos de odio en la ley penal.

Prosiguiendo con los delitos de odio o *hate crimes*, este término comenzó a ser utilizado a partir de los años ochenta en algunos países anglosajones, el cual suele estar precedido por el discurso de odio, más conocido como *hate speech* (García, 2016).

Comenzando con la primera tipología, de forma muy breve, podríamos definir un delito de odio como una infracción penal cometida con una motivación prejuzgada.¹ Sin embargo, estos delitos suelen estar precedidos por el discurso de odio representado a través de un ‘monólogo’ en el cual las personas son identificadas como objetos, cuyos elementos básicos son: la criminalización y la externalidad. De igual modo, aunque el discurso de odio abarca diversas formas y no requiere una incitación contra su integridad corporal, está caracterizado por hacer la diferenciación de ‘nosotros’ versus ‘ellos’, siendo los últimos a los cuales no se les otorga el reconocimiento (Cortina, 2017).

Centrando la atención en el discurso de odio, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha destacado que es preciso sancionar y prevenir las formas de expresión que inciten, propaguen, promuevan o, incluso, justifiquen el odio basado en la intolerancia en diversas sentencias, verbigracia, STEDH 26682/95, del 8 de julio de 1999 (caso *Sürek c. Turquía*), STEDH 35071/97, del 4 de diciembre de 2003 (caso *Müslüm c. Turquía*) o STEDH 15615/07, del 16 de julio de 2009 (caso *Féret c. Bélgica*) (Quesada, 2015). No obstante, el TEDH también ha expuesto el deber de diligencia, advirtiendo que el discurso de odio debe encontrar un equilibrio con la libertad de expresión, por lo que, según su interpretación, se excluiría del ámbito de protección de la norma penal la realización de conductas que impliquen una incitación indirecta (Sanz, 2017).

En cuanto a los sujetos afectados por los delitos de odio, se pone de relieve su habitualidad en minorías vulnerables, que son necesitadas de especial protección por determinadas características, sin la exclusión de los grupos mayoritarios (por ejemplo, las mujeres).² Es más, la categoría de delitos mencionada suele hacer

1 Aunque la definición más consolidada de los delitos de odio a nivel europeo fue establecida por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en 2003 dividida en dos partes. En la primera de ellas expresa que “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 tal como se define en la parte B”. Además, en la segunda parte expone que “un grupo puede 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 otro factor similar, ya sean reales o supuestos” (Movimiento contra la Intolerancia, s. f.).

2 El legislador español acentuó la protección de este colectivo con la reforma efectuada a través de la LO 1/2015, del 30 de marzo, que modificó los delitos de odio, incluyendo “razones de género” entre los motivos discriminatorios establecidos en los artículos 22.4 y 510 del CP (2019) (Gómez, 2016).

referencia a colectivos con cierto estigma discriminatorio o de marginalidad, constatados ambos en la realidad social (Landa, 2018). De forma análoga, estos son definidos como el grupo extraño ajeno al dominante.

Ahora bien, adentrándonos en el contexto español, el legislador ha establecido delitos autónomos para el castigo de los delitos de odio recogidos en los artículos 510 y siguientes del Código Penal español (CPE, 2019), en consonancia con una agravante genérica regulada en el artículo 22.4 del mismo código, para delitos comunes cometidos con motivaciones discriminatorias, cuya precisión se desprende de los datos existentes sobre la materia.

Respecto a las estadísticas oficiales, el último informe publicado por el Ministerio del Interior (2019) registró 1598 delitos de odio, lo que supone un incremento del 12,6 % en comparación con el año anterior,³ siendo la categoría más cometida el racismo y la xenofobia. No obstante, estas son las cifras oficiales, pero si las comparamos con los datos recogidos por otros organismos, como el Movimiento contra la Intolerancia (2017), este contabilizó 4000 delitos de odio en el año 2016 frente a los 1272 recogidos por el Ministerio del Interior (2017) en el mismo año, por lo que se puede corroborar que la infradenuncia⁴ es muy acusada.

Así mismo, los hechos relacionados con el discurso de odio⁵ sufrieron un incremento progresivo en el tiempo,⁶ contabilizando el Ministerio del interior (2019) 166 en el año 2018 frente a 156 en el año 2017, siendo estas las últimas cifras recogidas (Ministerio del Interior, 2018). Además, lo más preocupante es que la mayoría de estos actos son cometidos a través de internet, estableciéndose un porcentaje del 45,2 % en el año 2018 (Ministerio del Interior, 2019), por lo que su fácil difusión a través de la red es una temática que debe ser abordada en profundidad para el establecimiento de soluciones eficaces.

En síntesis, las estadísticas nos muestran la necesidad de tipificar de forma efectiva los delitos de odio en la legislación española, configurándose como el objetivo principal del presente artículo analizar el tratamiento penal de los delitos de odio en España, adoptando una perspectiva comparada. Sin embargo, un reto que se debe superar en este ámbito, destacado por la mayor parte de la doctrina, es la

3 Aunque la tendencia en aumento de los delitos de odio se ha observado desde el año 2013, a excepción del año 2016, en el cual la cifra disminuyó ligeramente (García, 2020).

4 Esta dinámica también fue corroborada por otros estudios nacionales, como el realizado por López (2017), quien concluyó que la denuncia es interpuesta en menos de un 5 % de los casos en los delitos de odio cometidos en el territorio nacional español.

5 A diferencia de otros países, España contabiliza separadamente los delitos de odio de la tipología de discursos de odio.

6 El Ministerio del Interior (2016) inició el registro de los actos relacionados con el discurso del odio de forma independiente a los delitos de odio en el año 2015, contabilizando 117 de la primera categoría indicada, cuya cifra se incrementó a 123 en el año 2016 (Ministerio del Interior, 2017).

tendencia expansiva, en especial por la presión normativa internacional, quien ha obligado a reformar y ampliar la protección penal de los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias (Bernal, 2014), como se expone en el siguiente apartado a través del análisis de la trasposición de la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia (2008), al CPE (2019).

1. El tratamiento penal de los delitos de odio en España

1.1. Trasposición de la DM 2008/913/JAI, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia, al Código Penal español

El presente apartado, como ya se mencionó, se inicia con la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia (2008), cuyo objetivo es establecer un consenso en los Estados miembros para reprimir las conductas motivadas por el odio. Para ello, prevé que se incluya en las legislaciones penales de los países pertenecientes a la Unión Europea las figuras de incitación en los delitos de odio y agravación por motivación racista y xenófoba, adoptando, de igual forma, unas sanciones de referencia para los crímenes cometidos por razón de odio.

Por lo tanto, centrando la atención en el país objeto de estudio, este modificó los delitos de odio regulados en los artículos 510 y siguientes del CPE, así como la agravante del artículo 22.4 del CPE, a través de la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, en cumplimiento de la normativa internacional.

Comenzando con el análisis de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008) desde una perspectiva penal, se destaca el motivo número 5, el cual indica que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, aludiendo a las personas físicas o jurídicas que cometan estos delitos. No obstante, el párrafo siguiente de la misma exposición de motivos limita el ámbito de actuación del derecho penal a las formas particularmente graves. A pesar de esto, *a priori*, se debe señalar que el legislador español no ha tenido en cuenta estas consideraciones, entre otras razones, porque en la regulación penal de los delitos de odio ha establecido una diferencia de pena mínima o insignificante entre acto preparatorio y lesión al bien jurídico. En consonancia con lo expuesto, el legislador no ha respetado el principio de proporcionalidad cuando el desvalor de resultado difiere en gran medida. También, cabe resaltar, en el motivo número 10 de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008), la posibilidad de ampliación de los delitos de extrema gravedad, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, a otros grupos de personas por parte

de los Estados miembros. Y, para finalizar, alude en su motivo número 13 a la justificación de acoger un nivel mínimo de sanciones que radica en la incapacidad de los países miembros de realizarlo de forma individual.

Consecutivamente, se analizará el artículo 1º de la DM 2008/913/JAI (2008), el cual ha sido plasmado en el artículo 510 del CPE.

En efecto, el artículo 510.1 del CPE, en su apartado a), cumple lo referido al artículo 1º, apartado 1, letra a), y lo expande, ya que mientras la DM 2008/913/JAI (2008) contiene la incitación pública a la violencia o al odio, el CPE (2019) recoge las conductas de fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación y violencia. En consecuencia, el legislador español, al no diferenciar entre una provocación a la discriminación directa o indirecta, ha establecido requisitos menos estrictos que los configurados para cualquier acto preparatorio de otro delito, en el cual se exige que sea directa. Del mismo modo, la amplitud del tipo es contraria a la exposición de motivos número 5 de dicha DM 2008/913/JAI (2008), en la cual, como se ha expuesto, se establece que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Además, en el CPE (2019) no solo se aumentan el número de acciones típicas (fomentar, promover o incitar), sino también los objetos sobre las que recaen (odio, hostilidad, discriminación o violencia).

Prosiguiendo con el artículo propuesto, en su apartado b) se observa la misma dinámica, es decir, el cumplimiento de lo establecido en la decisión marco con una ampliación: el artículo 1º, apartado 1, letra b), indica que se sancione la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales de los actos referidos a la letra a), y el CPE (2019), a mayores de las descritas, añade las conductas de producir, elaborar y poseer con la finalidad de distribuir, facilitar el acceso, difundir o vender escritos o cualquier otro material de soporte si su contenido es idóneo para fomentar las conductas descritas en el apartado a). Por lo tanto, se sancionan una gran cantidad de acciones, incluida la posesión, en contra de lo expresado por la exposición de motivos número 6, es decir, la limitación a la lucha contra las formas particularmente graves.

Respecto a las letras c) y d) de la DM 2008/913/JAI (2008), estas estipulan que se penalice la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad, de guerra y los definidos en el artículo 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional. En cuanto a su trasposición al artículo 510 del CPE (2019), se realiza de forma efectiva estableciendo como requisitos su realización de forma pública y la promoción o favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos establecidos. Con relación a la negación de estos delitos, en España existió una problemática debido a que cuando se incluyó en el artículo 607.2 del CPE la negación del holocausto,

el Tribunal Constitucional (Sala de lo Penal, STS 235/2007) lo declaró inconstitucional por no respetar el derecho a la libertad de expresión, por ende, se eliminó. Posteriormente, con el fin de solventar esta situación, se penalizó la negación de estos delitos siempre y cuando promoviesen o favoreciesen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, en otras palabras, se añadió un criterio acumulativo para la constitucionalidad de la norma española.

Continuando con el análisis propuesto, en el artículo 1º, apartado 2, de la DM 2008/913/JAI (2008) se dispone con relación al apartado 1 que los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que se lleven a cabo de forma que den lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Sin embargo, no se establece qué comportamientos son adecuados para alterar el orden público, por lo que esta cláusula, regulada de forma tan abierta, podría dar lugar al establecimiento de conceptos indeterminados que lesionen el principio de legalidad, y, más específicamente, de taxatividad, al no concretar los tipos penales.

Del mismo modo, el legislador español, manteniendo la tendencia expansiva, opta por establecer un tipo cualificado en el artículo 510.4 del CPE (2019) cuando los hechos sean idóneos para alterar la paz pública, o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, adoptando conceptos con una gran amplitud, e, incluso, indeterminados, contrarios al principio de legalidad mencionado en el párrafo anterior.

Avanzando con el análisis, se podría pensar que el artículo 2.1 de la DM 2008/913/JAI (2008), cuyo contenido es la sanción a las conductas descritas en el artículo 1º, apartado 1, letras c) y d), esté recogido en el artículo 510.2 del CPE (2019), que regula los delitos contra la integridad moral y de enaltecimiento con finalidad discriminatoria. No obstante, después del estudio de su letra a), en la cual se sanciona la lesión a la dignidad mediante acciones que atenten contra los ciudadanos por razones discriminatorias; y, posteriormente, su letra b), que penaliza la conducta típica de enaltecer o justificar delitos contra los grupos discriminatorios con publicidad, siempre y cuando no se trate de los artículos previstos en el artículo 510.1.c), se observa que no está contemplado. Sin embargo, lo expuesto en el artículo 2.1 de la DM 2008/913/JAI (2008) se recoge en el artículo 18 del CPE (2019), que contiene la provocación configurada como un acto preparatorio en los delitos previstos en la ley, incluso los que están siendo objeto de análisis.

Del mismo modo, continuando la dinámica expresada en el párrafo anterior, el cumplimiento del artículo 2.2 de la DM 2008/913/JAI (2008) se produce con la parte general del CPE (2019), y, más específicamente, con su artículo 29, que define la complicidad.

Para ultimar, el artículo 510 del CPE, en sus apartados 3 y 4, expone tipos cualificados, aunque solo uno de ellos fue exigido por la DM 2008/913/JAI⁷ (2008), lo que refleja, de nuevo, la ampliación, e, incluso, el punitivismo, ambos adoptados por la ley penal española.

Ulteriormente, el artículo 3º de la DM 2008/913/JAI (2008) está orientado al establecimiento de las sanciones penales, enfatizando su apartado 1 en la efectividad, proporcionalidad y disuasión de estas. Prosiguiendo con su apartado 2, concreta la pena mínima de 1 a 3 años de prisión para las conductas contempladas en el artículo 1º de esta, adoptando el legislador español el mínimo y aumentando el máximo, excediéndose de lo marcado por las directrices europeas. Por lo tanto, es cuestionable el cumplimiento de la proporcionalidad establecida en el artículo 3.1 de la DM 2008/913/JAI, con la sanción de la provocación indirecta, e, incluso, de la posesión, dispuestas en los artículos 510.1.a y 510.1.b del CPE (2019), respectivamente.

Subsiguientemente, el artículo 4º de la DM 2008/913/JAI (2008) está destinado a garantizar que la motivación racista y xenófoba sea considerada una agravante, o, en su defecto, sea tenida en cuenta en los tribunales a la hora de imponer la pena cuando los delitos difieran de los recogidos en los artículos 1º y 2º de esta. En España, se ha optado por la primera opción, debido a que en el artículo 22.4 del CPE (2019) se regula la agravante por motivos discriminatorios, por ende, se puede afirmar que la trasposición de este apartado ha sido efectuada.

Adicionalmente, como se puede observar, la DM 2008/913/JAI (2008) destina un apartado a las personas jurídicas en sus artículos 5º y 6º, a pesar de que se va a continuar el análisis con el siguiente artículo, denominado *normas constitucionales y principios fundamentales*. Este, correspondiente al artículo 7º en su apartado 1, destaca que la DM 2008/913/JAI (2008) no podrá afectar a derechos fundamentales o principios jurídicos fundamentales, enfatizando en la libertad de expresión y de asociación. Análogamente, en su apartado 2 profundiza en la protección de las libertades de asociación y expresión. En consecuencia, estos apartados podrían colisionar con el artículo 510.1 del CPE (2019) a causa de la ampliación realizada por el legislador español.

Con el fin de ultimar el análisis de la DM 2008/913/JAI (2008), su artículo 10º indica que los Estados miembros deberán dar cumplimiento al contenido de esta decisión marco antes de finales del año 2010. En consonancia con este, se presentó un informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (Comisión Europea, 2014) con la evaluación del grado de aplicación por los Estados miembros de las

7 Plasmado en el 510.4 del CPE (2019).

8 Los artículos 8º y 9º no son analizados debido a que difieren del objeto de estudio.

disposiciones descritas, cuya conclusión general es que se ha realizado de forma parcial, incompleta o incorrecta, a pesar de que en la categoría de incitación al odio y a la violencia racista existe una penalización general.⁹

1.2. La regulación penal de los delitos de odio

Ahora bien, centrando la atención en la regulación penal de los delitos de odio en España, se realizará un análisis de los artículos 22.4 y 510 del CPE,¹⁰ debido a que son los tipos delictivos que penalizan la motivación del autor basada en el odio, la intolerancia y/o la discriminación.

Empezando con el artículo 22.4 del CPE (2019), este se introdujo por la LO 4/1995, del 11 de mayo, cuyo motivo principal fue el aumento de actos violentos, racistas y antisemitas en el marco europeo. No obstante, su contenido inicial ha sido reformado a través de la inclusión de categorías como “identidad sexual” o “razones de género”, con la LO 5/2010, del 22 de junio, y la LO 1/2015, del 30 de marzo,¹¹ respectivamente, configurándose una agravante con un contenido muy amplio (Chacón, 2016).

En cuanto a su aplicación, existen tres elementos que corroborar: la infracción penal cometida, la condición de la víctima y la intencionalidad del autor.¹² Sin embargo, por el respeto al *non bis in idem*, esta circunstancia no se aplicará en los delitos cuya actitud discriminatoria ya esté contemplada, como, por ejemplo, el artículo 510 del CPE (2019), el cual será abordado de forma consecutiva.

Iniciando el estudio del artículo referenciado, el bien jurídico protegido ha sido muy debatido, existiendo diversas posturas. Una de ellas entiende que son “las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables” (Landa, 2018, p. 60), enfatizando en el concepto de grupo. No obstante, la doctrina mayoritaria defiende como bien jurídico el derecho a no ser discriminado, que se deriva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española (CE, 1978), es decir, incide en la no discriminación por motivos de raza, sexo, nacimiento, opinión, religión o condiciones análogas personales o sociales. A pesar de lo desarrollado, también se podría relacionar con la dignidad

9 Las deficiencias en la regulación penal española de los delitos de odio expuestas en el informe fueron solventadas con la LO 1/2015, del 30 de marzo, pese a que se cuestiona que no se realizasen de forma anterior, sobre todo cuando existió una reforma del CPE (2019) en el año 2010.

10 Aunque se desarrollará un estudio más profundo del artículo 510 del CPE debido a que se constituye como el principal instrumento en la lucha contra los delitos de odio (Vicente, 2018).

11 La inclusión de “razones de género” en este precepto es una reiteración dado que fue aludida al inicio del artículo.

12 En otras palabras, para la imputación de este tipo delictivo se debe corroborar el elemento subjetivo constituido por actuar con un móvil específico discriminatorio, siempre que sea relevante, por la mayor reprochabilidad del móvil, es decir, bajo el fundamento de la mayor culpabilidad del autor (Chacón, 2016).

del ser humano que tiene su reflejo constitucional en el artículo 10 de la CE (1978), cuya postura es apoyada por la doctrina minoritaria, y criticada por la mayoritaria, argumentando que no cumple la función propia de un bien jurídico (Vicente, 2018). Sin embargo, existe una excepción referente a esta última concepción: el artículo 510.2.a del CPE (2019), debido a que protege específicamente la lesión a la dignidad de determinados colectivos.

Respecto a los tipos delictivos del artículo 510 del CPE (2019), se configuran como delitos de peligro hipotético, por lo que no implican una lesión al bien jurídico protegido —a excepción de la letra a) del artículo 510.2—, existiendo una anticipación de la intervención penal. En consecuencia, es cuestionable la decisión de adelantar la barrera punitiva adoptada por el legislador debido a que podría suponer una vulneración a diversos derechos fundamentales.

Continuando con las tendencias comunes, los tipos delictivos comparten el mismo sujeto pasivo (constituido por un grupo, una parte de él o una persona que pueda representar al colectivo discriminado) y sujeto activo (que puede ser cualquier persona, por lo que se catalogan como delitos comunes). Así mismo, en los artículos 510.1 y 510.2.b del CPE (2019) se exige como elemento subjetivo la motivación discriminatoria o racista, por lo que se deduce que no existe tipificación imprudente y solo se conformará en su modalidad dolosa directa o de primer grado.

Por consiguiente, iniciando el análisis con el artículo 510.1.a del CPE (2019), este sanciona el fomento, la promoción o la incitación pública al odio, la violencia, la hostilidad y la discriminación, estableciendo una regulación muy amplia, debido a que no diferencia entre provocación directa o indirecta, como ya se ha expuesto. No obstante, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª, SAP 55/2017) incidió en la necesidad de que fuese directa para su sanción, y se debe tener en cuenta que la exigencia de publicidad restringe su aplicación.

Además, por la redacción excesivamente abierta del artículo objeto de estudio en el párrafo previo (Gómez, 2016), es ineludible aplicarlo conforme al mandato de taxatividad que se deriva del principio de legalidad, sancionando únicamente cuando “pueda colegirse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para fomentar, promover o incitar su repetición a una escala que pueda llegar a afectar el ejercicio de los derechos fundamentales” (Landa, 2018, p. 69), es decir, si la conducta es penalmente relevante y denota la gravedad suficiente para desencadenar agresiones en el futuro contra el grupo discriminado, lo que podría traducirse en un riesgo potencial real de acción posterior.

Prosiguiendo con el artículo 510.1.b del CPE, su contenido sanciona la cadena de difusión de las conductas contempladas en el apartado previo (Vicente, 2018). En

este punto, la doctrina y la jurisprudencia entienden que supone un adelantamiento aún mayor de la intervención penal que las conductas previstas en los párrafos anteriores, por lo que es cuestionable su legitimidad en un Estado social y democrático de derecho, donde la libertad de expresión es un derecho fundamental. Por lo tanto, en este apartado se estaría sancionando toda la cadena, desde el que produce hasta el que difunde o lo vende, penalizando incluso al que lo posee. Sin embargo, por la amplitud en la regulación del tipo, es necesaria una interpretación restrictiva en la cual queden al margen de la intervención penal las conductas esporádicas sin potencial lesivo o la posesión en mínimas cantidades. La interpretación señalada se debe al fin del artículo constituido por la difusión efectiva de este tipo de contenidos y su vocación de permanencia, aunque el matiz de idoneidad establecido en el tipo ya supone una restricción a su aplicación (Landa, 2018).

Con referencia al delito de provocación del artículo 510.1 del CPE (2019), que ha sido objeto de estudio, se observa una problemática con relación al acto preparatorio punible de la provocación regulado en el artículo 18 del CPE (2019). En efecto, existe una vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la pena que debe imponerse, de conformidad con el segundo artículo indicado, es la del delito cometido rebajada en uno o dos grados, por ende, esta regla no se cumpliría en la sanción del delito de provocación aplicado a preceptos penales que tengan establecidas penas leves. Un ejemplo es el delito de daños recogido en el artículo 263 del CPE (2019), cuya pena es de multa de 6 a 24 meses, una diferencia más que evidente respecto a la condena prevista para el 510.1 del CPE (2019): prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses (Gómez, 2016).

Para finalizar, el artículo 510.1, en su apartado c), sanciona las conductas de apología en sentido amplio de los crímenes de derecho penal internacional.¹³

Consecutivamente, los apartados del artículo 510.2 del CPE (2019) contemplan dos tipos atenuados:¹⁴

13 Con relación a este tipo delictivo no se va a profundizar por dos razones. La primera de ellas es que ha sido desarrollado en el estudio de la DM 2008/913/JAI; y la segunda, que se considera ineludible para su adecuado tratamiento efectuar un análisis profundo de la materia, el cual no es posible a causa de la extensión impuesta.

14 En este punto, conviene resaltar la existencia de las agravantes del artículo 510 y la sanción de las personas jurídicas expuesta en el artículo 510 bis, a pesar de no estar incluidas en el estudio propuesto.

En primer lugar, su apartado a) constituye la excepción por ser un delito que para su consumación es obligatoria la lesión o puesta en peligro de la dignidad de la persona. Así mismo, adentrándonos en la conducta típica de este, de forma simplificada, son las injurias colectivas en un sentido amplio que lesionan la dignidad de las personas, ya sea a través de acciones que produzcan humillación, menosprecio o descrédito del grupo o una parte de este —primera conducta, paralela a la letra a) del artículo 510.1—, o con algún comportamiento típico de la cadena de difusión, que engloba desde la producción hasta su difusión o venta —segunda conducta, que continúa la tendencia de la letra b) del artículo 510.1—, siempre y cuando el material sea idóneo para la lesión de la dignidad y se constate la gravedad de la humillación (lo que supone una diferencia con la primera conducta). Además, en la segunda acción típica no es necesario constatar el móvil discriminatorio. Con relación a lo descrito, se destaca que se penaliza de nuevo la posesión y que para su aplicación es preciso distinguir informaciones con descripciones objetivas de los hechos de las que tienen como finalidad la humillación del grupo discriminado (Landa, 2018).

También, el apartado a) del 510.2 ha sido muy criticado por contemplar la mitad de la pena de prisión que la prevista en el artículo 510.1 del CPE cuando en el artículo objeto de estudio se produce la lesión del bien jurídico. No obstante, diversos autores legitiman la decisión del legislador al entender que no se reúnen todas las características para fomentar al odio, la violencia, la hostilidad y la discriminación, por lo que el reproche jurídico debe ser menor, así como que la injuria colectiva deshumaniza al colectivo de forma anterior a la incitación indirecta recogida en el artículo 510.1 del CPE (Vicente, 2018).

En segundo lugar, el artículo 510.2.b sanciona las apologías de los delitos de odio, es decir, las conductas de enaltecer o justificar a través de medios públicos de difusión los delitos cometidos contra los grupos protegidos. De igual modo, cabe destacar que, al ser un tipo atenuado, no es necesario que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos mencionados, ya que es una conducta agravada contemplada en el artículo 510.2 *in fine*. Igualmente, se acentúa, como aspecto positivo, que recoge la situación familiar que no se contempla en la agravante del artículo 22.4 del CPE; y, como aspecto negativo, la extensión en su regulación debido a que podría implicar cuestiones de inconstitucionalidad al sancionar la expresión de ideas sin que suponga una incitación al odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad (requisito que si es exigido en los apartados del artículo 510.1 del CPE) (Vicente, 2018).

1.3. La práctica jurisprudencial en los delitos de odio: especial referencia a la aporofobia

Centrando la atención en la práctica jurisprudencial, la revisión de sentencias¹⁵ efectuada, cuyo delito principal es el artículo 510 del CPE, denotó 39 resultados en el año 2019. Sin embargo, en el análisis de los resultados obtenidos se excluyeron las sentencias que hacían referencia a la problemática de Cataluña y al terrorismo, ya que se considera que estas necesitan un estudio en profundidad de la realidad social para que el análisis crítico sea efectivo. Ahora bien, la investigación efectuada reveló que los tribunales españoles están aplicando el artículo mencionado de forma restrictiva, así como que, más que amparando la libertad de expresión, están aplicando los criterios en consonancia con las directrices internacionales.

Con relación a lo anterior, las sentencias analizadas podrían ser divididas en cuatro grupos.

El primero de ellos hace referencia a comentarios o actuaciones de trascendencia menor que se amparan en la libertad de expresión, a pesar de que pueden llegar a afectar a algún colectivo, como el Juzgado de lo Penal de Sevilla (Sección 10ª, SJP 65/2019), quien absuelve a varias mujeres por manifestarse a favor del aborto en la ciudad de Sevilla; la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª, SAP 102/2019), por comentarios a favor del aborto en las afueras de una iglesia; o el Juzgado de lo Penal de Valencia (Sección 2ª, SJP 119/2019), que absuelve a tres sujetos por comentarios desacertados en redes sociales. En este punto, se puede observar que, pese a la regulación penal de incitación indirecta contenida en la norma, los tribunales españoles, en algunos casos, están siguiendo las directrices expresadas por el TEDH.

En el segundo grupo, existen otros comentarios que, aunque son desagradables, no hacen ninguna referencia al discurso de odio como está regulado en la legislación española, y, menos aún, por mandatos internacionales. Algunos de los ejemplos más recientes son: la Sentencia 570 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª, SAP 570/2019), en la cual un sujeto increpó a otro: “No tienes ningún tipo de respeto, no te mereces ningún respeto, no eres nadie”, a causa de cerrar una de las ventanas de la escalera comunitaria que daba al patio de luces; o la Sentencia 54 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª, SAP 54/2019), por una discusión vecinal en la que un sujeto profirió insultos a otro por increpar el ruido existente en una terraza.

15 El análisis jurisprudencial se efectuó en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) a través del operador de búsqueda “odio” y “510”, restringiendo la búsqueda al período comprendido entre el 01/01/2019 al 31/12/2019. Así mismo, la limitación de la búsqueda al artículo 510 del CPE (2019) se debe a dos motivos: el primero de ellos es que el tipo penal objeto de estudio se ha configurado como el principal instrumento en la lucha contra los delitos de odio, como ya se ha mencionado; y el segundo, hace referencia al límite de extensión impuesto.

Así mismo, también se produjo la absolución con la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª, SAP 78/2019, p. 2) por el siguiente comentario racista: “Moros de mierda, iros a vuestro país, que no sabéis ni hablar”, en consonancia con lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 646, la cual expresa que el castigo penal únicamente debe aplicarse cuando provoque al odio, a la discriminación o a la violencia, atentando contra el principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, no se puede afirmar que el comentario expresado pueda provocar a los conceptos descritos en el tipo delictivo.

Prosiguiendo con el tercer grupo, este expresa otro tipo de situaciones que han sido objeto de condena, sobre todo en aplicación del artículo 510.2.a del CPE (2019) en concurso con un delito de lesiones.¹⁶ En este punto, se resalta la Sentencia 161 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª, SAP 161/2019) por los comentarios ofensivos vertidos sobre dos sujetos por su orientación sexual, en conjunto con un delito de lesiones, cuya comparación con la Sentencia 472 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª, SAP 472/2019) es increíblemente notoria. En el primer caso, se está sancionando a un menor por un comentario discriminatorio hacia el colectivo LGTB, que, a pesar de su contenido, en mi opinión, es dudosa su adecuación a la vía penal. Por el contrario, la segunda sentencia expresa la condena a un sujeto que exponía a través de la red (cuyo acceso era totalmente libre): videos, mensajes y canciones, fomentando al odio y a la violencia extrema hacia diversos colectivos por motivos racistas, xenófobos e ideológicos. Por consiguiente, se considera que las condenas no son proporcionarles con relación a los actos cometidos, debido a que la lesividad del comentario manifestado por el menor (condenado a siete meses de tareas socioeducativas por la imputación de un delito de lesiones *idem*) no es comparable al potencial lesivo de la web realizada por el segundo sujeto (condenado a dos años de privación de libertad, acompañada de otras medidas no restrictivas de la libertad).

El cuarto grupo, en el cual se encuadra la segunda sentencia expuesta en el párrafo anterior, se caracteriza por la difusión de contenido discriminatorio en las redes sociales, cuya respuesta ha sido la condena, como muestra la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, SAP 299/2019); o la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª, SAP 158/2019), penalizando esta última el contenido creado para incitar al odio y la discriminación por diversas orientaciones, defendiendo la ideología neonazi, a través de la red.

16 Algunos ejemplos de sentencias son: la número 82 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª, SAP 82/2019) o la número 36 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal, Sección 2ª, STSJ 36/2019).

Sin embargo, pese a la extensa regulación de los delitos de odio en nuestro ordenamiento jurídico, la aporofobia,¹⁷ un fenómeno muy presente en la sociedad española,¹⁸ ha obtenido un tratamiento penal inexistente. La problemática se deriva de la inaplicación de los artículos 510 y 22.4 del CPE (2019) por la motivación aporófoba que subyace en numerosos delitos que sufren las personas sin hogar, verbigracia, lesiones, amenazas, tratos degradantes o delitos sexuales¹⁹ (García, 2020).

Comenzando con el artículo 510 del CPE (2019), la aporofobia está categorizada como un delito de odio, aunque esta no se contempla en el artículo mencionado. No obstante, su inclusión estaría justificada por: la incidencia significativa en la sociedad, la motivación prejuiciosa que subyace y la consideración del colectivo de personas sin hogar como un grupo con identidad comunitaria, este último debido a que comparten un riesgo por su exposición a la violencia sistémica (García, 2020).

Prosiguiendo con el artículo 22.4 del CPE (2019), en el pasado, un sector doctrinal luchó para su adecuación al tipo delictivo referido, cuya petición fue excluida en la Sentencia del Tribunal Supremo 1160 (Sala Segunda de lo Penal, STS 1160/2006) por no poder aplicarse dicha agravante discriminatoria a un ataque sufrido con un trato peyorativo e inhumano por su condición de persona sin hogar. En consecuencia, se plantea la inclusión de una cláusula abierta que englobe la aporofobia, tal como *motivos relativos a la situación socioeconómica paupérrima de la víctima*, aunque esta expresión podría conllevar problemas con el principio de taxatividad debido a que es sabido que un *numerus clausus* aporta mayor seguridad jurídica y reduce la discrecionalidad judicial. Además, a causa de las dificultades de limitación conceptual y en aras a una mayor seguridad jurídica, fue rechazada en el pasado, incluso con la adhesión del concepto *extrema* (García, 2020).

Afortunadamente, en la actualidad se prevé su inclusión en la agravante genérica del artículo 22.4 del CPE, gracias a la proposición de ley presentada por Podemos para su adhesión, encontrándose en la actualidad a la espera de votación por el Congreso de los Diputados. Con base en lo expuesto, se destaca la necesidad de que los juristas desarrollen una cláusula que respete los principios de nuestro ordenamiento jurídico para que su adhesión sea efectiva.

17 Definida como el odio a los pobres (Cortina, 2017).

18 Esta afirmación se desprende de las estadísticas aportadas por diversas instituciones, especialmente por el Observatorio Hatento en la investigación realizada en el año 2015, la cual reveló una tasa de victimización de un 47,1% por conductas aporófbas, sobre una muestra de 261 personas, debido a que el Ministerio del Interior ha otorgado datos insignificantes (Observatorio Hatento, 2015). Así mismo, un estudio jurisprudencial llevado a cabo sobre delitos de odio cometidos contra personas sin hogar por motivación aporófoba descubrió que esta nunca había sido condenada (García, 2020).

19 El estudio jurisprudencial hecho por García (2020) demostró que la motivación aporófoba no se había condenado en ninguna de las sentencias analizadas.

Ahora bien, la introducción de la aporofobia en sendos artículos se justifica por dos razones: las necesidades desiguales a las que responden, encontrándose, incluso, en partes diferenciadas del CPE (2019);²⁰ y la constatación de que son dos instituciones jurídicas diferentes, cuyo fundamento, a pesar de no ser equivalente, está vinculado con el principio de igualdad.²¹ También, con referencia al artículo 22.4 del CPE (2019) conviene destacar el mayor merecimiento de sanción penal que se deriva de los delitos cometidos con una motivación aporófoba (Bustos, 2020).²²

2. Los delitos de odio en la adopción de una perspectiva comparada

2.1. Una exposición de las líneas generales adoptadas por la Unión

Europea: particular referencia a Alemania y el Reino Unido

Iniciando el estudio con el ámbito europeo, la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA, 2018) manifestó la incidencia acusada de los delitos de odio en las personas inmigrantes o pertenecientes a minorías en el pasado, así como la necesidad de ampliar la recolección de estos tipos delictivos por los Estados miembros, cuyas estadísticas son, mayoritariamente, escasas e insuficientes.

Respecto al último punto mencionado, se pone de relieve el avance de Alemania y Gran Bretaña en la regulación penal y en la contabilización nacional de los delitos de odio.²³ No obstante, el estudio de los países indicados, los cuales van a ser analizados con relación a España, debe ser interpretado con cautela debido a que no existe, todavía, un procedimiento común en la recolección de los datos.²⁴

20 De hecho, el artículo 510 del CPE (2019) pone el énfasis en el peligro creado para el grupo vulnerable, mientras que el artículo 22.4 del CPE (2019) sanciona motivaciones muy específicas que son contrarias al principio de igualdad (Díaz, 2012).

21 Efectivamente, el artículo 510 del CPE (2019) se dirige, generalmente, a grupos, o, en caso contrario, a personas por su pertenencia a ellos, focalizando la atención en la necesidad de proteger a los colectivos más vulnerables. Por el contrario, la agravante genérica del artículo 22.4 del CPE (2019) hace alusión a la identidad personal de la víctima y a la protección de todos los ciudadanos por las motivaciones que expresa el articulado (Díaz, 2020).

22 Es más, desde una perspectiva preventivo-general positiva, existen dos valores que reafirmar: el quebrantado por el delito base cometido y el valor de la igualdad (Bustos, 2020).

23 Estos son los motivos que responden a la elección de los países indicados —Alemania y Gran Bretaña— en la adopción de una perspectiva comparada.

24 En efecto, la FRA (2018) destacó el profundo grado de variación existente en la contabilización de los delitos de odio por parte de los Estados miembros, convirtiéndose en una materia pendiente de unificación a nivel de la Unión Europea. Con relación a este aspecto, se deben tener en cuenta las divergencias en la identificación, clasificación o registro de los delitos de odio en los diferentes países, así como las diferencias poblacionales en los territorios mencionados.

Iniciando con la ley penal en Alemania, este país incluyó el artículo 130 del CP alemán, dirigido, fundamentalmente, a penalizar el discurso de odio en el ámbito penal, el cual ha sido denominado “laberinto dogmático”. El requisito para su aplicación es la lesión a la dignidad humana, dispuesto en la actualidad como un tipo penal antidiscriminatorio de forma general, siendo su última reforma en 2015, la cual amplió su punición a los actos preparatorios relacionados con su difusión a través de la radio o la televisión. En cuanto al bien jurídico, la doctrina mayoritaria alega que es la paz pública para la protección del interés supraindividual, en detrimento de la dignidad humana que fue invocada por una parte de la doctrina. Así mismo, las conductas típicas más básicas son: la incitación al odio y a la violencia; el insulto, el menosprecio malicioso y la difamación; y la idoneidad para alterar la paz pública (Landa, 2018).

Con respecto al estudio comparado con la regulación penal española, esta ha sido objeto de la influencia alemana en dos de sus artículos. El primero de ellos alude al artículo 510.1.b del CPE con referencia al artículo 130 del CP alemán, debido a que ambos condenan la cadena de difusión. Igualmente, el segundo de ellos recoge la lesión efectiva de la dignidad, configurado por el artículo 510.2.a del CPE, cuya similitud se refleja en el apartado 1 del artículo que regula los delitos de odio en Alemania, aunque este lo regula de forma más restrictiva debido a que sanciona la perturbación de la paz pública, el ataque a la dignidad humana a través de las injurias y el descrédito de forma intencionada por su pertenencia al grupo (Vicente, 2018). Respecto al bien jurídico, mientras la doctrina mayoritaria española defiende la no discriminación, derivada del principio de igualdad, la legislación alemana se centra en la dignidad humana.

Prosiguiendo con el Reino Unido, los países de Inglaterra y Gales han apostado por una agravación de la pena en una lista cerrada de delitos comunes cuando se motive a la hostilidad basada en la raza o religión de la violencia, denominados los tipos agravados por las secciones 28-32 de la Crime and Disorder Act 1998. Así mismo, existen los delitos de incitación al odio, recogidos en la Public Order Act 1986, configurada como la pieza central del sistema penal antixenófobo del Reino Unido, la cual criminaliza una actuación con la intención de incitar al odio racial, religioso o con relación a la orientación sexual (Gómez, 2016). Por lo tanto, al igual que el modelo español, estos países han adoptado una agravante genérica, a pesar de que en España no existe una lista específica de delitos comunes a los cuales se les puede agravar la pena, sino que en la legislación penal española la agravante es aplicable a una gran variedad de delitos, siempre y cuando la motivación discriminatoria no esté contemplada en estos, como se ilustró anteriormente.

Subsiguientemente, en cuanto a las estadísticas oficiales sobre delitos de odio, en Alemania, estas han mostrado un crecimiento significativo desde el año 2016, contabilizando 3598 delitos de odio, en comparación con los 7916 y los 8113 de los años 2017 y 2018, respectivamente (OSCE, 2019). Igualmente, cabe resaltar que la mayoría de ellos se corresponden con una motivación racista y xenófoba (en torno a un 80 %), y la existencia de una elevada cifra de delitos de odio que permanece oculta, según informa la asociación MANEO de Berlín, consolidada en la protección de las víctimas de estos delitos (Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, 2018).

Continuando con los datos, el fenómeno de la infradenuncia se repite en los países que conforman el Reino Unido, estableciendo una diferencia porcentual significativa, lo que muestra la ineficacia de la policía en la contabilización de los delitos de odio, especialmente si se observa el número de condenas. Además, en consonancia con la tendencia expresada por Alemania, el Reino Unido ha experimentado un aumento relevante de los delitos de odio *idem*, duplicándose las cifras desde el inicio de su contabilización, en el cual se recogieron 52 853 delitos de odio en el año 2014, hasta el año 2018 cuya cifra se situó en 111 076, según las estadísticas oficiales (OSCE, 2019). Respecto a la motivación, del mismo modo que el país analizado en el párrafo anterior, la categoría correspondiente al racismo y a la xenofobia es mayoritaria, representando alrededor de un 80 % de los delitos cometidos.

En cambio, si focalizamos la atención en Gran Bretaña, podemos observar una cifra asombrosa y más que preocupante, con 94 098 delitos de odio cometidos en este territorio, lo que revela un incremento del 123 % desde 2013 que se comenzó su contabilización,²⁵ así como que, en Irlanda del Norte, la cifra de esta tipología de delitos es baja, en especial si se relaciona con sus países más próximos (Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, 2018).

En comparación con España, las estadísticas también han presentado un crecimiento significativo desde su contabilización en el año 2013, coincidiendo igualmente la motivación más cometida en los delitos, es decir, el racismo y la xenofobia, al igual que la presencia acentuada de la infradenuncia. Sin embargo, las cifras no pueden ser comparadas en términos cuantitativos ante la inexistencia de un instrumento y/o procedimiento común para la recogida de datos a nivel de la Unión Europea, como ya se ha expresado.

25 Diversos autores y expertos en la materia hallan en el Brexit la explicación, o, al menos, una fuerte influencia de este, en el crecimiento espeluznante de los delitos de odio en los Estados objeto de estudio (Perry, 2019).

2.2. Una aproximación al escenario latinoamericano: énfasis en el Estado de Brasil

Ahora bien, la problemática que presenta el contexto general de América Latina difiere en gran medida, comenzando con la inexistencia generalizada de estadísticas sobre las diferentes motivaciones que conforman los delitos de odio. Así mismo, en estas regiones, la igualdad no es observada como un requisito en la consecución de la democracia, y, más específicamente, respecto a la cuestión racial, debido a que existe una tendencia de negar la presencia del racismo, lo que dificulta no solo su reconocimiento, sino el establecimiento de sanciones efectivas (Dulitzky, 2017).

No obstante, los países latinoamericanos han reconocido los principios para luchar contra los delitos de odio, sosteniendo que las formas de discriminación e intolerancia promueven y reafirman la pobreza y exclusión existente en las sociedades, en especial en los colectivos minoritarios. Este punto es importante a causa de que las regiones expuestas presentan una distribución desigual de la riqueza muy acentuada, concentrándose las víctimas de estas dinámicas en grupos muy concretos. De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han realizado contribuciones específicas a la promoción de la igualdad,²⁶ aunque la jurisprudencia del primer órgano y las resoluciones del segundo no son abundantes, así como tampoco han desarrollado estándares de investigación y sanción de los delitos de odio, a diferencia de la experiencia europea. Es más, los órganos mencionados, es decir, la Corte IDH y la CIDH, han tomado como referencia la jurisprudencia dictada por el TEDH (Dulitzky, 2017).

Por consiguiente, varios países han tipificado en sus legislaciones algunas motivaciones del odio a través de delitos autónomos,²⁷ a diferencia de una minoría que ha adoptado una agravante genérica,²⁸ o ambas modalidades descritas (Landa, 2018). De hecho, en la actualidad, estos países han centrado la atención en los crímenes de odio LGTB, a través de la creación de observatorios e instrumentos para la contabilización de los delitos cometidos contra este colectivo. A pesar de lo expuesto, únicamente Uruguay ha establecido un tipo delictivo para actos que inciten al odio por motivación LGTB, aunque, en otros, como Colombia, existe un aumento

26 El informe anual de la CIDH (2009) advirtió que los Estados deben desarrollar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza con el fin de promover las condiciones de igualdad de los grupos que se encuentren en situación de discriminación. Al mismo tiempo, relacionado con lo indicado, la jurisprudencia interamericana ha enfatizado en la necesidad de respetar el derecho a la libertad de expresión.

27 Un ejemplo de lo señalado lo componen los artículos 176 y 177 del Código Penal ecuatoriano (Landa, 2018), siendo el caso de *Michael Arce* la primera condena por un delito de odio (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2016).

28 En este grupo, se podría destacar el artículo 12(21a) del Código Penal chileno, que permite agravar la pena de todos los tipos delictivos (Landa, 2018).

de la punibilidad basada en la “intolerancia” por razones de orientación sexual, sin hacer mención expresa al término “crimen de odio” (Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT, 2018).

Con referencia a las estadísticas, los crímenes LGTB han crecido en diez países de América Latina, situándose en el primer puesto Brasil con 958 delitos en los años correspondientes a 2015, 2016 y 2017 (Grupo de Diarios América, 2018). Así mismo, en el último país mencionado, también existe un delito de odio cuya necesidad de penalización se ha puesto de manifiesto en las estadísticas, debido a que está presente en la vida diaria de la mayor parte de los residentes en el territorio brasileiro, en especial en las personas sin hogar.

Efectivamente, la aporofobia, a la cual se hace referencia en el párrafo previo, afecta profundamente al territorio brasileiro, configurado como uno de los países con más población en situación de sinhogarismo, siendo la última estimativa de 101 584, con 777 904 casos contabilizados de violencia, exclusivamente durante el año 2015. De igual modo, en el estudio del período 2015-2017 fueron notificados más de 17 000 casos de violencia cuya motivación fue la ausencia de un hogar, es decir, el odio que se desprende por la condición de pobreza, correspondiente con la aporofobia. No obstante, al igual que en España, la infradenuncia se constituye como una dificultad que se debe salvar, principalmente en esta población de sinhogarismo, cuya vulnerabilidad obstaculiza de forma más acentuada el acceso a la justicia (Ministério da Saúde, 2019).

Sin embargo, la problemática es más grave que en el territorio español debido a que los crímenes de odio no son penalizados en la legislación penal brasileira, a pesar de que el artículo 5º de la Constitución Federal Brasileira de 1988 establece la igualdad como un pilar fundamental, enfatizando en la no discriminación por diversos motivos. Con base en lo expuesto, un sector doctrinal defiende centrar los esfuerzos, inicialmente, en la criminalización de la motivación discriminatoria en los delitos contra la vida cometidos a grupos sociales vulnerables, realizando un acercamiento con el delito de genocidio (Ríos & Dadico, 2017).

Por lo tanto, se puede observar en los diferentes territorios estudiados un escenario complicado ante la existencia de los delitos de odio, los cuales están elevando sus cifras, a pesar del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación manifestado en diversos instrumentos: internacionales, véase el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; americanos, como los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; europeos, como el artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2010; y nacionales, destacándose, en el caso español, el artículo 1º de la CE (1978).

Conclusiones

El crecimiento en la movilidad de las personas a causa del fenómeno globalizador, unido a la sociedad del riesgo desarrollada en los últimos años, ha producido un choque cultural, sobre todo en las sociedades europeas, desembocando en conflictos que han precisado acudir al derecho penal, como los delitos de odio, definidos como infracciones penales cometidas con motivaciones prejuiciosas. En estos, se destaca el discurso de odio, cuya penalización ha sido muy controvertida por su ponderación con la libertad de expresión, consolidada, generalmente, como un derecho fundamental.

Centrando la atención en las estadísticas, el estudio efectuado ha reflejado un aumento progresivo de los delitos de odio, particularmente por motivaciones racistas y xenófobas. Igualmente, también ha puesto de manifiesto la consolidación de estas dinámicas a nivel global, las cuales deben ser combatidas por la negación a la condición humana que implican. De forma análoga, este fenómeno, caracterizado por la intolerancia y el desprecio al diferente con relación a razones éticas, culturales, religiosas y sociales, fractura los valores más importantes del orden democrático establecido en los diferentes países objeto de estudio, como es el principio de igualdad y no discriminación.

Relacionado con lo expuesto anteriormente, los organismos internacionales han elaborado instrumentos con el objetivo de generar una lucha efectiva común desde el derecho penal, entre los cuales destaca la legislación europea, en especial con la DM 2008/913/JAI. No obstante, la decisión marco mencionada, a pesar de ser traspuesta a las diferentes legislaciones penales, como la española, ha demostrado no ser suficiente, cuya conclusión se obtiene a través de las estadísticas sobre los delitos de odio presentadas en el artículo.

En efecto, el legislador español se ha excedido con la amplitud en la configuración de los tipos penales destinados a los delitos de odio, compuestos principalmente por los artículos 22.4 y 510 del CPE, introduciendo conceptos indeterminados y, por ende, inseguridad jurídica, con el consiguiente ataque al principio de proporcionalidad o lesividad que podría representar su aplicación. Además, pese a su extensión, excluye la sanción de otras motivaciones cuya afección en el territorio español es considerable, como la aporofobia, cuya inclusión está justificada en sendos artículos. Ahora bien, haciendo referencia a la práctica jurisprudencial, los tribunales españoles están aplicando de forma restrictiva los tipos penales, condenando los de mayor gravedad, en consonancia con directrices internacionales, por lo que la extensión de la regulación es salvada en cierta medida.

Así mismo, la comparativa europea no aporta resultados más positivos, sino que, a la existencia de una cifra elevada de los delitos de odio, sobre todo en Gran Bretaña, se añaden confusas legislaciones penales, como el artículo 130 del CP alemán. En este sentido, el contexto latinoamericano nos muestra una realidad diferente, ya que no existe una regulación sólida acerca de los delitos de odio en los países que lo conforman, sino que, en ocasiones, existen delitos autónomos o agravantes genéricas. La causa de esta escasez de regulación podría deberse a la inobservancia de la igualdad como una condición ineludible en el establecimiento de una democracia efectiva. A pesar de lo expuesto, estos países han centrado la atención en una tipología muy específica: los crímenes LGTB. De hecho, se destaca Brasil por ser el Estado con la mayor cantidad de delitos de este tipo, aunque la aporofobia, por su ingente cantidad de personas sin hogar, también es un problema consolidado en este territorio, el cual no ha obtenido, todavía, una respuesta penal.

En conclusión, los delitos de odio se configuran como un fenómeno existente a nivel mundial con variaciones significativas entre sociedades, países y regulaciones penales. En consecuencia, se establece como ineludible un estudio más profundo de las diferencias en las tipologías de los delitos de odio cometidas en los territorios, las leyes penales adoptadas y las prácticas jurisprudenciales efectuadas. Todo ello con el fin de obtener un conocimiento especializado acerca de las dinámicas expuestas y de realizar las modificaciones en las legislaciones penales, consideradas estas como imprescindibles para emprender una lucha eficaz contra los delitos de odio.

Referencias

- Bernal, J. (2014). Política criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Revista Política criminal*, 9(8), 371-399. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A3.pdf
- Bustos, M. (2020). *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporófobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal*. Recuperado de <https://crimen.eu/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>
- Chacón, L. (2016). *Delitos de odio y discriminación en el Código Penal*. Trabajo presentado en el I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Córdoba, España.

- Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad. (2018). *Comparativo sobre delitos de odio en Europa, 2018*. Recuperado de http://www.mujeresenigualdad.com/Estudio-comparativo-sobre-los-delitos-de-odio-en-Europa_es_0_1940.html
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia: el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Valencia: Paidós.
- Díaz, L. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante* (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, España). Recuperado de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391_diaz_lopez_juan_alberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Dulitzky, A. (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/ceea/2bab3cd5bc81f1d781b8fbb73b9cdf36ccd0.pdf>
- García, I. (2020). *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis.
- García, J. (2016). El discurso de la discriminación y los delitos de odio. En F. Pérez (Dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías* (pp. 659-673). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Gómez, V. (2016). Incitación al odio y al género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, 18-20, 1-25. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>
- Landa, J. M. (2018). *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4 CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, A. I. (2017). Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Antropología Experimental*, 17, 19-37. Recuperado de <https://revista-selectronicas.ujen.es/index.php/rae/article/view/3197>
- Movimiento contra la Intolerancia. (2017). *Informe Raxen, especial 2017*. Recuperado de <http://www.informeraxen.es/wp-content/uploads/2018/07/Especial-2017.pdf>
- Movimiento contra la Intolerancia. (s. f.). *Cuadernos de Análisis N° 36, Leyes de delitos de odio: una guía práctica (OSCE)*. Recuperado de http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp

- Observatorio Hatento. (2015). *Muchas preguntas, algunas respuestas*. Recuperado de <http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf>
- Perry, J. (2019). *Facing all the facts. Connecting on hate crime data in England & Wales*. Recuperado de <https://www.facingfacts.eu/wp-content/uploads/sites/4/2019/11/Facing-Facts-Country-Report-England-and-Wales-with-Self-Assessment-271119.pdf>
- Quesada, C. (2015). La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 30, 1-33. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num30/articulos/labor-tribunal-europeo-derechos-humanos-torno-al-discurso-odio-partidos-politicos-coincidencias-contradicciones-con-jurisprudencia-espanola>
- Ríos, R. R., & Dadico, C. M. (2017). Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadounidense. *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, 141(26), 119-156.
- Sanz, N. (2017). *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis.
- Vicente, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Otras fuentes

- Brasil, Ministério da Saúde. (2019). População em situação de rua e violência. Uma análise das notificações no Brasil de 2015 a 2017. *Boletim Epidemiológico*, 50(14), 1-13. Recuperado de <https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/junho/13/2019-010-publicacao.pdf>
- Código Penal español (CPE). (2019). Tecnos.
- Comisión Europea. (2014). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52014DC0027>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2008. Volumen III. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión*.

- Consejo de la Unión Europea. (28 de noviembre de 2008). Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo del 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. Recuperado de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>
- Constitución Española (CE). (29 de diciembre de 1978). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Defensoría del Pueblo Ecuador. (5 de julio de 2016). *Se ratifica primera sentencia por odio racial en Ecuador*. Recuperado de <https://www.dpe.gob.ec/10254-2/>
- España, Ministerio del Interior. (2017). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2016*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+-DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>
- España, Ministerio del Interior. (2018). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con delitos de odio en España, año 2017*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+-DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>
- España, Ministerio del Interior. (2019). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, año 2018*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+2018/ab86b6d9-090b-465b-bd-14-cfafccdfbec>
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (2018). *Hate crime recording and data collection practice across the EU*. Recuperado de <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/hate-crime-recording-and-data-collection-practice-across-eu>
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (21 de junio de 2018). *Un mejor registro de los delitos motivados por el odio ayudaría a las víctimas de delitos*. [Comunicado de prensa de la FRA]. Recuperado de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/pr-2018-hate-crime-recording_es.pdf
- Grupo de Diarios América. (21 de enero de 2018). Especial GDA: Crímenes contra LGTB, una realidad invisible. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://blog.gda.com/2018/01/>

Jurisprudencia

- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª. Sentencia 299 (21 de mayo de 2019). M. P. José Antonio Lagares Morillo.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª. Sentencia 54 (18 de julio de 2019). M. P. Inmaculada Concepción Cerezo Cintas.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª. Sentencia 570 (16 de septiembre de 2019). M. P. Guillermo Benlloch Petit.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª. Sentencia 472 (4 de julio de 2019). M. P. José Grau Grasso.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª. Sentencia 78 (14 de febrero de 2019). M. P. Jesús Navarro Morales.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª. Sentencia 82 (18 de febrero de 2019). M. P. María Mercedes Otero Abrodos.
- España, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª. Sentencia 158 (28 de febrero de 2019). M. P. Mª Carmen Compained Polo.
- España, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª. Sentencia 102 (21 de febrero de 2019). M. P. Mª Fernando García Pérez.
- España, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª. Sentencia 55 (21 de marzo de 2017). M. P. Ricardo J. González.
- España, Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª. Sentencia 161 (8 de julio de 2019). M. P. Juan Miguel Donis Carracedo.
- España, Juzgado de lo Penal de Valencia, Sección 2ª. Sentencia 119 (19 de septiembre de 2019). M. P. Enrique Javier Ortola Icardo.
- España, Juzgado Penal de Sevilla, Sección 10ª. Sentencia 65 (9 de octubre de 2019). M. P. David Candilejo Blanco.
- España, Tribunal Constitucional, Sala de lo Penal. Sentencia 235 (7 de noviembre de 2007). M. P. Eugeni Gay Montalvo.
- España, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección 2ª. Sentencia 36 (26 de junio de 2019). M. P. Ignacio María de las Rivas Aramburu.
- España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sentencia 1160 (9 de noviembre de 2006). M. P. Siro Francisco García Pérez.