

I CONGRESO NACIONAL SOBRE DISCRIMINACIÓN Y DELITOS DE ODIO

CÓRDOBA, 24 Y 25 DE NOVIEMBRE DE 2016

CONCEPTOS GENERALES: DEFINICIÓN DE DELITOS DE ODIO  
CONCEPTOS GENERALES: MOTIVACIÓN  
DIRECTIVAS

Carmen Andreu Arnalte

*Fiscal Coordinadora de la Sección Tutela Penal de la Igualdad y contra  
la Discriminación de la Fiscalía Provincial de Valencia*

## ÍNDICE

### **1. CONCEPTOS GENERALES. DEFINICIÓN DE DELITOS DE ODIO**

- Definición.
- Discurso del odio.
- Discriminación directa, indirecta y no discriminación.

### **2. CONCEPTOS GENERALES. MOTIVACIÓN**

- Por motivos racistas
- Antisemitas
- 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
- Su discapacidad

### **3. DIRECTIVAS**

## 1. CONCEPTOS GENERALES. DELITOS DE ODIO

Las instituciones internacionales en defensa de los Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han venido exigiendo una investigación cada vez más eficaz de los delitos cometidos por motivos de odio y discriminación y una adecuada atención a las víctimas.

Exigencias que han tenido respuesta en nuestro Derecho, en textos legislativos fundamentales como: el Código Penal (CP), el Estatuto de la Víctima del Delito (EVD) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM).

Pero, ¿qué son los delitos de odio?

¿Qué es el discurso del odio?

¿Qué es la discriminación?

### ➤ Definición

La denominación delitos de odio es una denominación Internacional, no se corresponde con el tratamiento de nuestro (CP), en el que se enmarcan, especialmente, en el Libro II "Delitos y sus penas", Título XXI "Delitos contra la Constitución", Capítulo IV "De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", Sección 1ª "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución".

Tampoco se corresponde con la denominación de la Especialidad en la Fiscalía de Sala de Madrid, llamada "Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación" adoptada también por la Fiscalía Provincial de Valencia y la Red de Fiscales Delegados.<sup>2</sup>

La ventaja del término delito de odio es que recoge delitos motivados por una lista de categorías potenciales de prejuicios. Puede incluir delitos cometidos en el ámbito de la religión, la etnia, el género, la discapacidad, la orientación sexual, o por cualquier otra característica identitaria de la víctima (no todas, como veremos).

La OSCE define el crimen de odio o "hate crime":

---

<sup>2</sup> El término delitos de odio forma parte del lenguaje del Consejo de Ministros de Maastricht (2003), en el que los Ministros de Asuntos Exteriores de los 55 Estados miembros de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) acordaron por sí mismos mantener información y estadísticas sobre "delitos de odio" y enviar un informe con esta información a la OSCE de manera periódica. Fuente: Movimiento contra la Intolerancia, Materiales Didácticos nº 5. La lucha contra los delitos de odio en Europa, 2005, pag 10.

“Cualquier infracción penal contra **(A)**= personas y propiedades, donde el objetivo se elija por su, **real o percibida**, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo **(B)**= con alguna característica común entre sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen, etnia, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual”.

Dos elementos básicos: un **delito** y un **motivo** basado en prejuicios de diferente tipo. Sin delito, no existiría crimen de odio, aun existiendo el prejuicio; sin motivación basada en prejuicio tampoco existiría un crimen de odio, sino un delito común.

### ➤ **Discurso del odio**

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa en su Recomendación R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, sobre "discurso de odio" expresa: “se entenderá que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo expresamente la que se manifieste a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”.

Nuestro Derecho no diferencia el “Discurso del odio” de los “Delitos de Odio”, como veremos a continuación, incluyendo dicho discurso de odio como una de las formas de los delitos de odio (delitos contra la Constitución en nuestro CP, artículos (arts) 510 y 525).

El discurso que genera odio y discriminación no está amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia. Nuestro texto constitucional otorga fuerza interpretativa a los Tratados y textos internacionales ratificados por España.

Avala dicha posición la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Tribunal Constitucional (TC).

### ➤ **Discriminación**

El delito de discriminación tiene lugar cuando se ataca el bien jurídico de la igualdad de trato bien de manera directa bien de manera indirecta.

La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, establece el concepto de discriminación:

Se considera discriminación directa la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable, por motivos de lugar de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión,

convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad de género (como negar la entrada en un establecimiento público a una persona discapacitada por el hecho de serlo).

Se considera discriminación indirecta la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona con respecto a otras por los motivos antes expuestos (como exigir a determinados colectivos, para obtener una prestación social determinada, requisitos tan difíciles de obtener que los coloca en situación de desventaja respecto de otras personas).

No se considera discriminación la situación en que la diferencia de trato o la disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar ese objetivo.

Los principales textos **internacionales** que prohíben la discriminación con fuerza vinculante, en el **ámbito de Naciones Unidas (ONU)**, son los siguientes:

- ✓ **Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)**, de 10 de diciembre de 1948. Enuncia por primera vez los derechos humanos considerados básicos a partir de la Carta de San Francisco de 1945, destacando el derecho a la igualdad y no discriminación (arts 1, 2 y 7).
- ✓ **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR)**, de 21 de diciembre de 1965, principal texto internacional de lucha contra la discriminación racial o étnica. Define la discriminación racial.<sup>3</sup>
- ✓ **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**, de 16 de diciembre de 1966. Prohíbe de forma expresa el discurso del odio (arts 19 y 20).
- ✓ **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)**, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. Proscribe la discriminación por motivos de

---

<sup>3</sup> "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública..."(art 1)

discapacidad y proclama el igual reconocimiento como persona ante la Ley de las personas con discapacidad.<sup>4</sup>

Los principales textos que prohíben la discriminación con fuerza vinculante, en el **ámbito del Consejo de Europa (CdE)**, son los siguientes:

- ✓ **Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (CEDH)**, de 4 de noviembre de 1950. Prohíbe la discriminación de forma específica en su Protocolo 12.
- ✓ **Convenio sobre Cibercrimen**, firmado en Budapest en fecha 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España en fecha 20 de mayo de 2010. En su Protocolo Adicional firmado en Estrasburgo en fecha 28 de enero de 2003 y ratificado por España en fecha 11 de noviembre de 2014, penaliza los actos de índole racista y xenófobo cometidos a través de sistemas informáticos.

Los principales textos que prohíben la discriminación con fuerza vinculante, en el **ámbito de la Unión Europea (UE)**, son los siguientes:

- ✓ **Carta de los Derechos Fundamentales**, de 12 de diciembre de 2007. Reconoce la importancia de la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (Tratado de la UE), en diciembre de 2009, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

- ✓ **Directivas.** Durante el año 2000, la UE adoptó dos Directivas para combatir la discriminación.

La Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

La Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo.

---

<sup>4</sup> *Supone la consagración del cambio del enfoque de las políticas sobre discapacidad, según su Preámbulo, considerando a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social.*

- ✓ **Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI** del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008. Es la primera decisión relativa a la lucha contra la discriminación mediante determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, a través del Derecho Penal.

En el **ámbito de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la OSCE:**

- ✓ La **ODIHR** coopera con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) recopilando información y estadísticas recogidas por los Estados miembros, como organismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a la discriminación.
- ✓ La **OSCE** recomienda la redacción y publicación de instrumentos normativos específicos en la lucha contra la discriminación<sup>5</sup>, ha adoptado Decisiones recomendando la lucha contra el discurso del odio (Porto, 2002); (Sofía, 2004); (Bruselas, 2006) y (Atenas, 2009); y elaboró el concepto de Delito de Odio, ya referido.

Los principales textos **nacionales** que prohíben la discriminación con fuerza vinculante, son los siguientes:

- ✓ **Constitución Española** (CE) de 1978, no sólo consagra el principio de igualdad y prohibición de todo tipo de discriminación (artículo (art) 14) *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social”*.

También se refiere a los poderes públicos (incluido el poder judicial) como obligados materialmente a hacer realidad dicho principio.

Protege el respeto a la dignidad de la persona (art 10.1) *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*

---

<sup>5</sup> “Leyes de delitos de odio: Una guía práctica” 2009

Y establece (arts 10.2 y 96.1) la fuerza interpretativa de los Tratados Internacionales en relación a las normas y su configuración como parte del ordenamiento jurídico interno.

- ✓ **Código Penal**, hace una referencia específica a la discriminación al referirse a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante por motivos discriminatorios, del art 22.4ª; también en los arts 314, castigando la discriminación en el ámbito laboral, 510 y 515.

Pero la motivación del autor, aunque no se utilice dicho término expresamente, es el odio o la discriminación en la totalidad de los tipos penales que configuran el contenido de la especialidad:

1. Circunstancia genérica agravante de motivos discriminatorios, art 22.4ª.
2. Delitos de amenazas, art 170.
3. Delitos contra la integridad moral y de tortura, arts 173.1 y 174.
4. Delitos de discriminación laboral, art 314.
5. Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, arts 510 (incitación al odio ...), 510 bis (personas jurídicas), 511 (discriminación en servicios públicos), 512 (discriminación en actividades empresariales) y 515 (asociación ilícita).
6. Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, arts 522, 523, 524, 525 y 526.
7. Delitos de genocidio, art 607.

La reciente reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un avance para la persecución de estas conductas.

Se sustenta en las exigencias de la DM 2008/913/ JAI, del Consejo de 28 de noviembre de 2008, que recoge un conjunto de conductas que todos los estados miembros deberán castigar, a las que se asocia unas penas mínimas, disponiendo que las legislaciones nacionales podrán ampliar el alcance de esas normas sancionadoras (habiendo incrementado el legislador las actuaciones sancionables); y en las directrices

marcadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 235/2007, de 7 de noviembre.

La reforma acaba con la discusión doctrinal sobre si el art 510.1 anterior exigía una remisión al art 18.1 que regula la provocación, ya que se sancionaba a quienes «provocaren» a la discriminación, al odio o a la violencia. Esta cláusula se interpretó como una remisión al segundo precepto, precisando una incitación directa a esos efectos, junto al uso de publicidad. El problema era el tercer requisito contenido en el art 18.1 CP, relativo a la incitación a la perpetración de un delito, debido a la dificultad de exigirlo en la provocación al odio. Es decir, podía entenderse que para aplicar el art 510.1 era necesario que se incitara a cometer delitos de discriminación o de violencia, pero difícilmente cabía sostener esta condición respecto al odio, que es un sentimiento.

La nueva redacción admite tanto la incitación directa como la indirecta, diferenciándose netamente de la provocación; de forma congruente con la doctrina sentada en la STC referida, donde se declara conforme a la Constitución la criminalización de ambas clases de incitación a la discriminación, el odio o la violencia.

#### ✓ **Estatuto de la víctima del delito**

Ante el desconocimiento de muchos de los delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, porque no se denuncian (el 80% según la FRA) por distintos motivos.

Y cuando se denuncian existe una manifiesta insatisfacción hacia las Instituciones por parte de los denunciadores, por considerar que los Policías, Jueces y Fiscales tienen una tendencia a minimizar los hechos que afecta a la investigación o inexistencia de ella, por lo que no reciben un trato adecuado como víctimas de tales delitos (En este sentido el reciente estudio efectuado por el Observatorio de Delitos de Odio contra personas sin hogar "Hatento" se refiere a la atención recibida por el 37% de los entrevistados que acudieron a los servicios policiales, como poco o nada satisfactoria para el 68,4%, porque no les ofrecieron soluciones, les dijeron que no se podía hacer nada o sencillamente no les creyeron).

Es necesario fomentar la confianza en los recursos y servicios disponibles adaptándolos a las necesidades de las víctimas, en apoyo y reparación del daño sufrido por las mismas.

Haciéndose eco de ello, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del EVD, publicada en el BOE de 28 de abril de 2015, acorde con la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, ha sido más ambiciosa y recoge las necesidades y demandas de la sociedad española.

Concretamente, en el art 23 la Ley tiene en cuenta para la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, además de las características personales de la víctima, la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, **entre otros, de los delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, y delitos cometidos por una organización criminal.**

Esta Ley contempla en su Disposición Final Primera la modificación de la LECRIM a estos efectos.

- ✓ **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, establece en el párrafo primero del art 282 que *“la Policía Judicial llevará a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas, a estos efectos, para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al juez o tribunal”*.

Reforzando con ello la importancia de la labor policial, como primer eslabón en la investigación de hechos delictivos y trato con la víctima.

## **2. CONCEPTOS GENERALES. MOTIVACIÓN.**

Los delitos motivados por prejuicios (juicio previo) requieren una respuesta punitiva grave, por su naturaleza, se trata de delitos que producen efectos nocivos para la comunidad y vulneran el principio de igualdad de derechos y la dignidad de las personas.

De ahí la importancia de la especialización desde el inicio de la investigación de los hechos para el favorecimiento de la obtención de pruebas.

Nuestro CP, en su art 22.4<sup>º</sup> hace una referencia tasada de las motivaciones discriminatorias que actúan como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad penal. Con independencia de que su naturaleza jurídica ha sido muy cuestionada por la doctrina, *“sólo será necesario probar la motivación del autor para aplicar la agravante, sobre el fundamento del principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales”*<sup>6</sup>. *Se castiga el hecho típico teniendo en cuenta los motivos proyectados en el hecho.*

Ello excluye su aplicación a motivaciones por prejuicios no recogidas en este art (como la aporofobia...), que las reglas de determinación e individualización de la pena permiten paliar, valorando la gravedad de los hechos, la vulnerabilidad de la víctima y la motivación por prejuicios de su autor.

Es importante determinar el prejuicio que motiva la actuación del autor de los hechos, ya que en ocasiones no se dará un único prejuicio, lo que añadirá un factor de vulnerabilidad a la discriminación de que sea objeto su víctima.

También es importante distinguir la discriminación directa, indirecta y la no discriminación (referidas) de la discriminación por asociación (cuando se discrimina a alguien por su relación o contacto con una o más personas sobre las que recae una discriminación por alguno de los motivos enumerados en el CP) y la discriminación por error (apreciación errónea de la persona por asociarla a determinadas características, como negar la entrada en un local a una persona por la creencia de que es extranjero sin serlo).

En ambos supuestos será aplicable la circunstancia agravante del nº 4 del art 22 del CP, dado que *“la exigencia es cometer el delito **-por motivos-** por lo que será suficiente que el autor de los hechos actúe por la motivación, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre o no en el sujeto pasivo de la conducta”*(Gómez Martín)

El art 22.4<sup>º</sup> del CP dice literalmente: *Es una circunstancia agravante:*

*“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”*

El concepto de **racismo** ha evolucionado. Su uso está generalizado en los textos nacionales e internacionales como concepto global

---

<sup>6</sup> Díaz López, J.A “La reforma de la agravante genérica de discriminación”

que abarca aspectos como la etnia, el color de la piel o el origen nacional.

El art 1 de la CEDR (ONU, 1965), define el racismo como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*

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

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

La ECRI, en su Recomendación sobre la Política General número 11 “Lucha contra el racismo y la discriminación en el ámbito policial” de fecha 29 Junio 2.007, define el incidente racista: “Un incidente racista es cualquier incidente que es percibido como racista por la víctima o por cualquier otra persona”.

La sólo percepción o sentimiento por parte de la víctima de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar la naturaleza racista del delito. La percepción subjetiva de la víctima no significa que finalmente el hecho deba calificarse de racista pero obliga a la policía, a los Fiscales y a los Jueces de Instrucción a investigarlo de manera eficaz. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en las Sentencias dictadas en fechas 4 de Marzo del 2.008, 31 de Marzo del 2.010, 4 de Marzo del 2.001 y 24 de Julio del 2.012.

La DM 2.008/913/JAI de 28 de Noviembre (UE) relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, señala que: *“el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento”* y que *“es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos”* y exige a cada Estado miembro *“que adopte las medidas necesarias para garantizar que se castiguen”*.

Son motivos **antisemitas** mantener actitudes, conductas y manifestaciones hostiles hacia el colectivo judío. El antisemitismo abarca una combinación de motivos étnicos, religiosos, culturales, económicos y políticos, adoptando formas diversas

La ECRI del CdE en su Recomendación núm 9 de Política General sobre la lucha contra el Antisemitismo establece un listado de los actos de antisemitismo más comunes.

La discriminación por motivos **ideológicos** se refiere al ámbito político, la circunstancia agravante es aplicable tanto a quien comete un delito movido por odio ideológico de extrema derecha, hacia personas de ideología contraria, como a la inversa.

La discriminación por la **religión o creencias** de la víctima ha sufrido un paulatino incremento a pesar de estar consagrada su prohibición en todos los textos internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge dicha prohibición en el art 18 de la misma.

La Islamofobia puede entenderse como temor, prejuicios, hostilidad o rechazo hacia el Islam o hacia las comunidades musulmanas.

El anticristianismo, también llamado cristofobia o cristianofobia, consiste en oponerse a las personas cristianas, a la religión cristiana, o a la práctica del cristianismo.

Incluye cualquier atentado contra los cristianos y contra las figuras representativas de su creencia.

No existe definición legal sobre ello.

La libertad religiosa o de creencia está consagrada en diversos instrumentos internacionales. Es una de las tres características protegidas básicas, junto con la raza y la nacionalidad.

El comentario General 22 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que contiene una interpretación autorizada de las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha señalado que el concepto de libertad de pensamiento, conciencia o religión abarca “las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar religión o creencia alguna” y que los términos “religión” y “creencia” deben interpretarse de la forma más amplia posible para incluir los sistemas de creencias institucionales y los menos conocidos.

La discriminación por razón de **etnia** se produce cuando se trata de forma diferente a una persona por su pertenencia a un grupo o una comunidad que comparte una lengua, identidad simbólica, ideología, cultura y en algunos casos ciertos rasgos físicos visibles, que los diferencian del resto de grupos o comunidades. En ocasiones se racionaliza como nacionalidad.

La discriminación étnica supone la desvalorización de la cultura, lo cual es un conjunto de hábitos, costumbres, indumentaria, formas de vida, sentido de pertenencia, e idioma, de un grupo social determinado.

Etnicidad y raza están relacionadas, la sentencia del TEDH de fecha 13 de Diciembre del 2.005 (STEDH Sección 2ª en el caso Timishev contra Rusia): *“la etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales”*.

### La **raza o nación a la que pertenezca**

En este supuesto repite el legislador el término raza, de forma inexplicable, por reiterativo.

El término nación interpretado en sentido estricto, como perteneciente a un Estado regido por el mismo gobierno, es un vínculo jurídico entre el Estado y el particular “nacionalidad” que no necesariamente implica origen étnico.

Interpretado en sentido amplio puede significar “origen nacional” o integración cultural en un grupo nacional que puede estar vinculado a un país distinto del de la propia nacionalidad.

Puede hablarse de nación como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero como señala el profesor Díaz López *el término nación utilizado por el CP se refiere a la propia del Estado (como por ejemplo el español)*.

Su **sexo**, entendiendo por tal lo relacionado con la biología, el cuerpo de los seres humanos, las características biológicas masculinas o femeninas; normalmente nacemos hombres o mujeres, aunque existe un pequeño porcentaje de personas que nace intersexual (hermafroditas).

Las cuestiones de intersexualidad han sido tratadas en gran medida desde un punto de vista médico aunque las instituciones y la sociedad civil están empezando a ser más conscientes de las implicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales y la discriminación de la que son objeto.

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

**Razones de género**, se introduce con la reforma del CP de 2015. Es un concepto cultural, se refiere a las ideas socialmente aceptadas de masculinidad o feminidad y sobre cómo nos sentimos individualmente.

Agredir a una persona por razón de su sexo, o porque su comportamiento es contrario a las creencias generalizadas de la población sobre cómo deben actuar las personas en función de su sexo, es un delito de odio por prejuicios de género.

El Convenio n.º 210 del CdE sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del CdE el 7 de abril de 2011, señala cómo *“los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”*.

El género es un rol sociológicamente atribuido y el sexo es una realidad biológica, por lo que son condiciones personales diferenciadas.

No es una agravante por machismo, es una agravante fundada en la igualdad de todos sea cual sea nuestro género.

Las personas transgénero son aquellas que habiendo nacido hombres o mujeres, se sienten y autodesignan en la identidad de género contraria a la que habitualmente las sociedades atribuyen.

### **Orientación o identidad sexual**

La orientación sexual siguiendo a Peramato es *“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*

La heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad de las personas, se corresponde con su opción u orientación sexual, con sus preferencias (lo que implica voluntad en la elección) a la hora de relacionarse afectiva y sexualmente con otras personas. Se trata, por tanto, de un concepto diferente al del sexo biológico o a la identidad de género.

La identidad sexual como *el conjunto de características sexuales que nos hacen genuinamente diferentes a los demás, es “el sentimiento de masculinidad o feminidad que acompañará a la persona a lo largo de su vida, no siempre de acuerdo con su sexo biológico, o de su genitalidad”*.

La transexualidad está relacionada con la identidad sexual, el sexo con el que la persona se identifica.

### **La enfermedad que padezca**

La Organización Mundial de la Salud define la enfermedad como la presencia de un mal o afección puntual, pero como motivación discriminatoria el CP se refiere a actos discriminatorios contra personas que sufren una enfermedad de carácter duradero (como ejemplo las personas portadoras del VIH, enfermos de sida, hepatitis C...).

### **Su discapacidad.**

Los distintos tipos de discapacidad (motriz, visual, auditiva y mental) son un motivo de discriminación frecuente que debe ser objeto de estudio y análisis, partiendo de la consideración de que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y no meros objetos de tratamiento y protección social.

La CDPD y su Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006) señala: *“las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás”*

La Ley 26/2.011 de fecha 1 de Agosto de adaptación normativa a la CDPD establece en su Preámbulo importantes consideraciones para evitar cualquier tipo de discriminación respecto de las personas que sufran algún tipo de discapacidad: *“Se establecen como principios generales el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual -incluida la libertad para tomar las propias decisiones-, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana”*

El art 25 del CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, facilita una definición de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección en los términos siguientes:

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

## **2. DIRECTIVAS**

Las Directivas y la DM (ya analizada), forman parte de la normativa de la UE y obligan a los países miembros de la misma.

Hasta el año 2000 la legislación de la UE contra la discriminación sólo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones o motivos de género.

La presión para que se ampliara la prohibición de discriminación a otras áreas o motivos como la raza y el origen étnico, así como la orientación sexual, las creencias religiosas, la edad y la discapacidad, estimuló la voluntad política de los Estados para conferir a la Comunidad competencia legislativa en estas materias.

En el punto 1 de este trabajo han sido referidas las dos Directivas adoptadas en el año 2000 para combatir la discriminación (concepto de discriminación y principales textos que prohíben la discriminación en el ámbito de la UE con carácter vinculante).

La prohibición de la discriminación en las Directivas de la UE contra la discriminación cubre tres ámbitos: el empleo, el sistema de bienestar y el acceso a los bienes y servicios.

**Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000**, en relación al concepto de discriminación.

Establecía la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico.

Prohibía la discriminación por motivos de raza y origen étnico en el ámbito del empleo, pero también en el acceso al sistema de bienestar, así como a los bienes y servicios.

Esta ampliación de la legislación europea contra la discriminación es la respuesta al convencimiento de que para que las personas desarrollen todo su potencial en el trabajo, es preciso garantizar la igualdad de acceso en el ámbito de la salud, la educación y la vivienda.

**Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000**, en relación a los principales textos internacionales que prohíben la discriminación con fuerza vinculante.

Prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad, en el ámbito del empleo.

Estos motivos sólo están protegidos en el ámbito del empleo, pero no en el ámbito del sistema de bienestar ni en el acceso a bienes y servicios.

Dichas Directivas entienden el derecho a la igualdad como fundamento de la UE y ponen de manifiesto que:

La discriminación basada en el origen racial o étnico y la discriminación por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad y discapacidad puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de la UE, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la

elevación del nivel y calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y también puede hipotecar el objetivo de desarrollar la UE como espacio de libertad, seguridad y justicia.

Son fuente de interpretación y favorecen conceptos y definiciones, no sólo respecto a la discriminación, también respecto a la Igualdad de Trato (ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico) y al acoso (todo comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo).

Los países miembros fueron incorporando esta normativa a su legislación nacional.

Las mismas **se transpusieron al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

**Directiva 2010/13/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

Su objetivo es la regulación de actividades de comunicación en el marco europeo.

Garantiza, de acuerdo a su art 4, la libertad de recepción y la no obstrucción de las retransmisiones (en el territorio de los Estados) de servicios de comunicación audiovisual que procedan de otros Estados, con excepciones establecidas en el art 2.4 a) i) como: la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad de las personas individuales.

En su art 6 obliga a los Estados a garantizar, mediante la aplicación de medidas idóneas, que los servicios de comunicación audiovisual que estén bajo su jurisdicción no contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad.

Se trata de distanciar el discurso del odio de los medios de comunicación, e impedir que sean plataforma de ese lenguaje, en consonancia con la Recomendación R (97) 20 del CdE.

**Directiva 2012/29/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas.

Identifica a las víctimas de delitos de odio como personas con particular riesgo de victimización secundaria o reiterada.

Debe evaluarse este riesgo lo antes posible en el desarrollo del procedimiento penal, como parte de la evaluación individual de la víctima.

Se deberán aplicar, en caso necesario, las medidas especiales de protección previstas en la misma, además de la protección que se le confiere a la víctima de cualquier delito.

Los Estados miembros de la UE estaban obligados a adaptar su legislación y sus políticas a lo dispuesto en la Directiva antes del 16 de noviembre de 2015.

La Directiva se centra fundamentalmente en el desarrollo de los derechos de la víctima en el ámbito del proceso penal, aunque aborda también de modo parcial aspectos de carácter extraprocesal.

Declara en el art 1.1 que su finalidad es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo, protección y puedan participar en procesos penales.

El derecho de las víctimas a recibir apoyo no pueda estar condicionado a que éstas denuncien el hecho delictivo (art 8.5). El apoyo a la víctima no se fundamenta en un pago que el Estado hace a ésta por su colaboración con la justicia, sino que emana de un derecho originario vinculado a deberes de solidaridad y a un deber de prevención y protección por parte del Estado.

Los servicios de apoyo deben funcionar de modo autónomo respecto al proceso penal, estando a disposición de la víctima antes, durante y después del mismo, si es necesario.

Incide en aspectos fundamentales para una buena praxis que permita satisfacer los derechos y las necesidades de las víctimas, como la necesidad de que los Estados garanticen una formación adecuada de los profesionales que deben entrar en contacto con víctimas (art 25), la coordinación de los servicios que presten atención a las víctimas para mejorar que éstas puedan ver efectivamente respetados sus derechos (art 26).

La Directiva opta por un enfoque individualizador. La diversidad de las víctimas, de sus experiencias, vivencias y reacciones emocionales desaconseja adoptar fórmulas generalizadoras y obliga a la detección de las necesidades individuales, de ahí la importancia de formación adecuada de los profesionales vinculados con las víctimas.

En relación con las evaluaciones individuales precisa que se deberán tomar en consideración las características personales de la víctima, como edad, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia del mismo y experiencia anterior de haber sufrido otros delitos. También alude a la necesidad de valorar la naturaleza del delito y las circunstancias del mismo, haciendo referencia expresa, a si se trata de un delito cometido por motivos de odio, prejuicios o discriminación.

La calificación de una persona como víctima es independiente de que haya sido identificada, detenida, acusada o condenada la persona responsable del hecho delictivo, así como de la relación que pueda existir entre ésta y aquélla. Con ello se quiere hacer patente que las necesidades de las víctimas son en gran medida independientes de la respuesta social y del Estado contra el responsable y que los supuestos en los que éste no pueda ser hallado, juzgado o condenado, por las razones que sean, las instituciones también están comprometidas con las víctimas y con sus derechos.

El contenido de la **Directiva, como exigencia de mínimos, se incorpora y desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico interno, mediante la Ley 4//2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito**, que implica, a su vez, una modificación de la LECRIM (referido todo ello en el apartado 1 de este trabajo).

## TEXTOS CONSULTADOS

- Recomendación R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, sobre el discurso del odio.
- Materiales Didácticos nº 5 “La lucha contra los delitos de odio en Europa”, 2005. Movimiento contra la Intolerancia.
- Directivas 2000/43/CE del Consejo de Europa, de 29 de junio de 2000, sobre el concepto de discriminación; y 2000/78, de noviembre de 2000.
- Constitución Española, octubre 1978.
- Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre modificada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y 1/2015 de 30 de marzo.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 22 de junio de 1882. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito.
- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la UE de 28 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.
- Manual Práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de Delitos de Odio y Discriminación, 2015. Director: Miguel Ángel Aguilar García, Fiscal. Autores: Víctor Gómez Martí, Catedrático acreditado de Derecho Penal. Marta Marquina Bertrán, Fiscal. Miriam de Rosa Palacio, Magistrada. Josep Maria Tamarit, Catedrático de Derecho Penal. Miguel Ángel Aguilar García, Fiscal (apartados 2, 4 y 6).
- La Persecución Penal de los Delitos de Odio. Guía Práctica, 2016 (apartados 2.1, 2.4 y 2.7).
- La reforma de la agravante genérica de discriminación, Juan Alberto Díaz López, 2015. (<http://litigaciónpenal.com>).
- El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección, Andrés Gascón Cuenca. Estudios Aranzadi, 2016 (cap 1.8).
- Manual de legislación europea contra la discriminación. Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010. Consejo de Europa, 2010.