

LA DECISIVA INFLUENCIA DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA RECIENTE CONFIGURACIÓN DE LOS “DELITOS DE ODIO” EN ESPAÑA¹

Ángeles Liñán García
Profesora Contratada Doctora
Derecho y Factor Religioso
Universidad de Málaga

I. Planteamiento

El avance en las sociedades del momento de fenómenos como los movimientos antisistemas y partidos políticos antiglobalización; el rechazo a la diversidad étnica, religiosa y cultural con la defensa a ultranza de la identidad nacional; el miedo que existe a escala internacional a sufrir nuevos atentados terroristas o la presión ante los efectos que provoca el aumento de la inmigración ilegal en los países que denominamos “desarrollados” son tan solo algunos ejemplos de los factores que originan un caldo de cultivo idóneo para la propagación de manifestaciones racistas, xenófobas, de intolerancia y discriminación hacia determinadas minorías étnicas, culturales o religiosas, o hacia las personas que padecen alguna discapacidad, a las personas sin hogar o simplemente por su orientación sexual, etc.)².

¹ Ponencia realizada en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad denominado *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional* (Ref. DER2015-67512-P) y la *Red Temática sobre “Justicia Civil: análisis y prospectiva”*.

² FALAH PÉREZ, Carmelo (2009): “La persecución penal de graves manifestaciones de racismo y xenofobia en la Unión Europea: Comentario a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo” en *RGDE*, 19, p.1.

Dicha situación, sin duda genera numerosas víctimas por motivos de odio o discriminación y violentan abiertamente, principios constitucionales como el de la dignidad de las personas (art. 10.1CE) y el principio de igualdad y de no discriminación (art. 14CE).

Con ello, pensamos que se pone en grave peligro en España o, en cualquier otro contexto jurídico-político que se plantee dicho fenómeno las posibilidades de conquistar la cohesión social y convivencia pacífica de la ciudadanía. Ya que, sus actores lo que pretenden es eliminar cualquier signo de diversidad y entorpecer el encuentro, el diálogo y el respeto con lo diferente. Con el desvalor añadido de que con la perpetración de este tipo de delitos por odio se aspira no solo a agredir a sus víctimas de manera directa, sino también, violentar indirectamente a sus familiares, amigos y a los colectivos a los que pertenecen o que les apoyan. Por tanto, su principal pretensión es hacer sentir a las víctimas la mayor sensación de angustia, miedo e inseguridad que les sea posible. De ahí que debemos estar atentos y no bajar la guardia, ante la grave amenaza que implican los sucesos cometidos “por odio o discriminación” que parecen proliferar en nuestras sociedades democráticas del siglo XXI que nos recuerdan un lejano pasado sombrío que ya creíamos haber superado.

II. Avances significativos llevados a cabo en la lucha contra dicha lacra social.

Los primeros logros en la lucha contra dicho fenómeno se originan en un primer momento, en el espacio internacional y europeo. Más tarde, en España se asume como una prioridad democrática combatir cualquier forma de intolerancia, actos de violencia e incitación al odio.

A) En el ámbito internacional. En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas con el propósito de instaurar una Carta de derechos

que afirmara los valores defendidos durante la Segunda Guerra Mundial en la lucha contra el Fascismo y el Nazismo, adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)³ como un referente a seguir de convivencia pacífica al que deben aspirar todos los pueblos y naciones civilizadas. En ella, su artículo 1 determinó que:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin que puedan prevalecer entre ellos distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, nacimiento...y el derecho a igual protección de la ley frente a cualquier forma de discriminación y contra la incitación a la misma".

De tal manera que, la mayor parte de las declaraciones, pactos y documentos internacionales elaborados sobre Derechos Humanos siguieron insistiendo y avanzando en la misma dirección de que la "igualdad de trato y no discriminación" es un principio básico y primordial que ha de ser protegido de forma rotunda y, sin excepción alguna por todas las naciones. Como por ejemplo:

-El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966 (PIDSEC).

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP).

-La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965⁴.

-La Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, que afirmó:

"Estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra

³ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 en París e inspirada en el texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

⁴ (BOE n. 118, de 17 de mayo de 1969, pp. 7462 a 7466).

cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de la raza, color, religión, idioma y origen nacional".

A partir de esos momentos, el lema imperante será que en todas las sociedades democráticas hay que adoptar medidas que fomenten la paz y la cohesión social y que repriman cualquier forma de intolerancia, actos de violencia e incitación al odio.

B) En la Unión Europea los diferentes estados tomaron buena nota de todos estos logros legislativos conseguidos a escala mundial. Por ello contamos con un importante acervo normativo común sobre derechos fundamentales y de manera concreta, en igualdad de trato y no discriminación que han sido consagrados como uno de sus principios básicos. Así, el Tratado de la Unión Europea su artículo 2 reconoce que está fundamentada en los valores de respeto a la Dignidad humana, la Libertad, la Democracia, la Igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los Derechos humanos (incluidos los de las minorías).

C) En nuestro país, tanto en el ámbito legislativo estatal, autonómico o de las corporaciones locales se ha ido elaborando y poniendo en práctica una normativa específica (penal) o conexa y transversal sobre la materia que actúe como un eficaz mecanismo que logre prevenir o, en su caso, reprimir los efectos de tan nefasto problema.

Concretamente, -como aludirémos en unos momentos- una normativa específica: la nueva configuración penal de los "delitos de odio" y su especial problemática del "discurso de odio" en España. Lógicamente, en dicha reforma han sido determinante decisiones -cito tan sólo algunos ejemplos significativos- del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como:

-*Caso Pavel Ivanov contra Rusia*. La libertad de expresión del art. 10 de la Convención no puede alegarse para difundir ideas antisemitas .

-*Caso Feret contra Belgium*. Excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y "hostilidad contra las minorías y los inmigrantes".

Otras más recientes (2015):

-*Caso Balázs contra Hungría*.-Los actos basados únicamente en las características de las víctimas no son los únicos que pueden considerarse como delitos de odio.

-*Caso M'Bala contra Francia*.-Libertad de Expresión. Antisemitismo (espectáculo de un cómico francés que junto a un relevante profesor universitario (con claras implicaciones políticas) negacionista del Holocausto ridiculizaban el sufrimiento judío. El Tribunal considera que dicho espectáculo no podría quedar amparado bajo la cobertura del art. 10 del Convenio, sino más bien un acto político contra los valores de paz y justicia.

III. ¿Pero cuándo estamos realmente ante "delitos de odio"?

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en diciembre de 2003 elaboró una definición clara y muy útil porque permitía adaptarse a cada una de las necesidades específicas de los distintos estados integrantes de la misma:

" 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 intencionadamente a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que 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".⁵

Por tanto, conforme a todo lo expuesto anteriormente, podemos concretar que los "delitos de odio" son: todo delito o falta, incidente o crimen, realizado contra personas, colectivos sociales o contra sus propiedades cuando la motivación de su acción está basada en prejuicios como:

- La enfermedad o discapacidad mental o física.
- La raza, origen étnico, idioma o país de procedencia.
- La religión o las creencias.
- La orientación e identidad sexual.
- La situación de exclusión social en la que vive la persona.
- Cualquier otra circunstancia o condición social o personal.

Además, en estos delitos de odio sus víctimas:

a) Sus víctimas son escogidas de forma premeditada por reunir unos caracteres diferenciales que con arreglo a las valoraciones sociales imperantes, pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social. Por tanto, se eligen por el agresor por pertenecer a un determinado colectivo que las coloca en una situación de inferioridad respecto del resto de la población o la mayoría dominante.

b) También se identifican por el impacto psicológico, sensación de inseguridad y las secuelas que provocan en la víctima los delitos de odio son mucho mayores que en otros delitos similares en los que su causa no está presente el prejuicio. Pues, afectan directamente a la identidad, la libertad o la igualdad de las personas.

⁵ Vid. Decisión 4/03 del Consejo Ministerial de la OSCE aceptada por el Ministerio del Interior español en sus informes específicos elaborados sobre los delitos de odio de los años 2013 y 2014.

c) Además, con tales incidentes por odio no sólo se intenta atemorizar o intimidar a las personas y al colectivo (a la comunidad) a la que pertenecen. Con lo cual, en la práctica dichos sucesos pueden generar una peligrosa espiral de violencia y una gran alarma social.

Efectivamente, el desvalor de este tipo de delitos posee un doble fundamento:

El primero un componente de amenaza a la víctima y al colectivo al que pertenece.

El segundo un tratamiento desigual injustificado a la/as víctima/s al considerar que carecen de valor humano. Afectan a la dignidad de las personas, las humillan, las intimidan y condicionan notablemente sus vidas.

IV. ¿Qué objetivos persigue la reforma legislativa llevada a cabo en España en materia penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en el Código penal español de 1995?

Supuestamente, -como indica la propia ley- la reforma persigue un doble objetivo:

-Por un lado, adaptarse a la interpretación efectuada por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con el delito de negación del genocidio. Sentencia que concluyó: "que la negación del genocidio sólo puede considerarse como un tipo delictivo cuando estemos ante una conducta que implique una incitación y hostilidad contra una minoría o colectivo determinado".

-Por otro lado, proporcionar una regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y

xenofobia mediante el Derecho penal (que deroga la anterior Acción Común 96/443/JAI ya obsoleta) que establecía los criterios alternativos que los distintos Estados miembros podían aplicar a la hora de determinar su competencia para perseguir y enjuiciar tales delitos que suponen graves manifestaciones de racismo en su artículo 9. Estos son:

a. Un criterio de carácter espacial. Que exige que cuando un delito de este tipo se cometa en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, la legislación interna del mismo haya previsto su competencia para investigar y enjuiciar tales hechos delictivos, cualesquiera que sean sus actores y grupos afectados (nacionales o no) y con independencia de que tales hechos delictivos se hubieran realizado total o sólo parcialmente en su territorio. Lógicamente, tal criterio está pensado para los supuestos de delitos racistas y xenófobos que utilizan las facilidades que les brinda la red informática mundial para actuar desde su país. Aunque utilizando recursos alejados en servidores situados en el exterior o en el caso contrario, es decir, utilizando material alojado en sistemas informáticos del país de un Estado miembro y la conducta delictiva se perpetre desde el exterior. E incluso, impone a los Estados miembros la obligación de actuar de oficio cuando estén ante casos muy graves.

b. Un criterio de carácter personal. Permite que la normativa interna de cada Estado miembro se atribuya competencias para reprimir tales hechos delictivos cuando hayan sido cometidos por un nacional suyo.

c. Un criterio mixto. También un Estado miembro tendrá competencia para reprimir tales hechos delictivos, cuando se trate de una persona jurídica en el que su domicilio social radique en su territorio.

Además, dicha Decisión Marco exhortaba a los distintos Estados miembros a que en el plazo máximo de dos años adoptasen las

medidas que fuesen necesarias para poder llevar a efecto el cumplimiento de sus obligaciones. Todo ello, con la finalidad de garantizar que fueran sancionadas determinadas conductas intencionadas que citamos textualmente como:

a. La incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b. La realización o perpetración de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c. La apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

Por tanto, estaba orientada de manera prioritaria a conseguir que la equiparación penal de la regulación en todos los Estados miembros de la Unión Europea de determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia facilitara la cooperación judicial y la sanción de determinadas conductas de odio y discriminación que antes de la reforma quedaban impunes.

-A estas razones, pienso podríamos añadir otra más ya apuntada, esto es: la necesidad de superar posiciones encontradas de carácter doctrinal y jurisprudencial sobre el asunto en lo que se refiere a la aplicación de los tipos penales, hasta el momento vigentes, quizás provocada por una deficiente técnica legislativa que hacía posible

interpretaciones muy dispares en los Tribunales en perjuicio de las víctimas por odio y discriminación.

V. ¿Cuáles son las novedades más significativas que ha planteado esta reforma penal en el tratamiento del asunto?

El Código Penal reformado sitúa la cuestión en el Libro II denominado de “los Delitos y sus penas” del Título XXI “Delitos contra la Constitución”, en el Capítulo IV₇ denominado “De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”, Sección 1^a “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas en la Constitución”. Sin embargo, en él no aparece como tal una categoría de los delitos de odio. Pues, como ya hemos apuntado anteriormente, su denominación es el resultado de una construcción social acuñada por organismos internacionales como es la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

En la nueva formulación podemos observar entre otras las siguientes novedades:

a) Elabora una nueva y más amplia nomenclatura en la materia y añade conceptos novedosos como los de: hostilidad, menosprecio, humillación y descrédito, a los que ya existían de odio, violencia y discriminación y se especifican cuáles son los tipos penales que pueden encuadrarse y calificarse como delitos de odio.

b) Contiene una regulación específica para aquellos supuestos en los que la comisión de estos delitos se produzca a través de Internet u otros medios de comunicación social de gran difusión. Para ello, introduce como novedad en el apartado segundo del art. 510.1 como

conducta típica “la posesión o creación de materiales idóneos para materializar las conductas reseñadas, con intención de distribuirlos”. Por tanto, no se requiere que se haya consumado la distribución de tales materiales. Tan sólo, basta con su posesión con la finalidad de distribuirlos. Con ello, estaríamos ante lo que la doctrina penal ha llamado como una conducta de “peligro en abstracto”.

c) Además, faculta a los jueces y tribunales a decretar la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier otra clase de soporte objeto de este tipo delictivo, cuando el mismo se hubiera perpetrado a través de tecnologías de la información y la comunicación. Así como al bloqueo de acceso o la interrupción de prestación de servicios de la sociedad de la información con eficacia en la investigación transfronteriza y el enjuiciamiento de los crímenes de odio a través de Internet.

d) La inhabilitación especial para profesión u oficio en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre para los autores que resulten condenados por estos hechos.

e) Permite imponer un plus punitivo para los mismos. Su conducta es más lesiva, por ello, requiere una mayor necesidad de prevención y le atribuye una pena mayor.

f) Especial atención merece, como algo muy positivo, el hecho de que entre las nuevas causas de agravación del artículo 22.4 del Código Penal se contemplen las “razones de género”. Por lo que el Parlamento Español se suma a las recomendaciones de las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas en orden a que en todos los estados se promueva la utilización del término “género”.

VI. Otra normativa conexa o de carácter transversal y múltiples medidas arbitradas para luchar contra los “delitos de odio”

Si efectivamente, encontramos otra normativa que tiene relación con el asunto por ejemplo:

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

- Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte y su Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte).

- Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito por la que se transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, y se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre dicha norma y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito en la que se destaca la labor trascendental que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están llamadas a desempeñar en esta lucha contra el odio y la discriminación

- La Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta ley ha creado la figura del agente encubierto informático y ha puesto en marcha otra serie de medidas de investigación tecnológica, facultando a los agentes a investigar bien la difusión en las redes sociales de mensajes ofensivos que incitan al odio y la violencia o aquellas publicaciones en Internet que contengan contenidos que puedan constituir delitos de odio (amenazas, injurias, etc.).

Además se ponen en marcha otras medidas o articulan determinados mecanismos para combatirlo como:

-La puesta en marcha de Un Servicio especializado de Delitos de odio y discriminación en las Fiscalías de todas las provincias españolas.

-Medidas en los medios de comunicación social, Internet y redes sociales.

-Medidas en materia de educación. Destaca el papel clave la educación en los valores de ciudadanía, integración, interculturalidad, democracia y el desarrollo de programas de integración y convivencia.

- Medidas en materia laboral en lo relativo al empleo y la ocupación.

- Medidas de carácter fiscal, administrativo y del orden social.

- La elaboración de Guías y de Protocolos de Actuación.

- Medidas en materia de inmigración y emigración.

- Medidas en materia deportiva.

- En el acceso a la vivienda y servicios públicos.

- Actuaciones del Defensor/a del Pueblo.

Quizás, las más importantes:

-En materia de sensibilización social: A partir del año 2014 la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) puso a funcionar una herramienta interactiva y accesible a todos como es un nuevo sitio web que recopila y analiza los datos sobre delitos de odio facilitados por todos los Estados participantes de la región, organismos intergubernamentales y organizaciones de la sociedad civil. Con lo cual, sustituye y mejora el Informe que anualmente publicaba este organismo (Delitos de odio en la Región de la OSCE. Incidentes y Respuestas). Ya que, al estar estructurado por temática y por países, permite visualizar mejor el problema y sensibilizar a la ciudadanía.

-También, desde el Ministerio del Interior se presentan informes anuales sobre los incidentes relacionados con los delitos de odio, así

como la elaboración de distintos Protocolos y Planes de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía Local.

-Y, como no citar la notable labor efectuada por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando en el año 2009 instituía un Servicio específico para abordar estos delitos, considerada como un referente de buenas prácticas en el marco del Proyecto "Stop Hate Crimes in Europe". Lo que propició que a esta iniciativa se sumaran después las demás fiscalías españolas.

VII. Conclusiones

Uno de los grandes desafíos que inevitablemente, han de afrontar todos los Estados democráticos del momento, es conseguir una adecuada gestión de la diversidad en el espacio público, entendida en el sentido más amplio de la palabra. Para ello, será imprescindible la creación de nuevos puntos de encuentro que fomenten la comunicación entre culturas, grupos sociales y, en general entre todas las personas que forman parte de nuestra sociedad plural.

Por ello, pensamos que la nueva configuración de los delitos de odio en España es la plasmación del interés del conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea en aproximar sus normas y la acción en materia penal en la lucha contra comportamiento delictivos racistas y xenófobos. Con el objetivo sustancial de lograr reglas comunes y compatibles con un "mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En España es fácil encontrarnos en nuestro acontecer histórico - remoto o más cercano, numerosas expresiones y manifestaciones de odio e intolerancia de toda índole hacia "el diferente": sociales, culturales y religiosas. Esta realidad, no podemos ignorarlas sin más. Todo lo contrario, debemos tenerla muy presente para no volver a caer

en los errores de intolerancia y discriminación de un pasado del que aún, no hemos conseguido borrar todas sus terribles secuelas.

Por tanto, es preciso aprender de los tropiezos para comprender y, lo que es mucho más importante, conseguir eliminar la problemática del discurso del odio y de los delitos motivados por odio y discriminación en las actuales sociedades democráticas por varias razones:

- Por razones de justicia y de protección de los derechos fundamentales.

- Para devolver a las víctimas del odio y la discriminación su dignidad.

- Como un mecanismo necesario para fomentar la paz, la convivencia y la cohesión social.

Pero para ello es necesario que sepamos perfectamente, cuáles son los elementos que generan tal fenómeno y los mecanismos internos por los que actúa. Sólo así, estaremos en condiciones de elaborar respuestas acertadas desde el punto de vista social, político o jurídico eficaces para erradicar este grave problema, o al menos, ponerle un enérgico freno.