

12.8 **Iniciativas de reforma legislativa y propuestas de modificación**

La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso un importante avance en la tipificación y, consiguientemente, en la lucha contra los delitos de odio y discriminación. En los cinco años transcurridos desde la misma se han apreciado diversas deficiencias en la actual regulación que hacen precisa una modificación. A ello se ha hecho referencia en anteriores memorias de la Fiscalía General del Estado. Pese a hacerse producido diversas iniciativas legislativas, ninguna ha cuajado hasta el momento, por diversas vicisitudes ya conocidas.

Así, en enero de 2019 el Secretario de Estado de Justicia remitió a la Fiscalía General del Estado el texto del *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, a los efectos de que el Consejo Fiscal elaborara el preceptivo informe (artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto contenía una modificación de la circunstancia agravante cuarta del artículo 22 del Código penal, que quedaría redactado de la siguiente forma:

«Son circunstancias agravantes:

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación, identidad sexual o de género, razones de género, razones de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.»

Esta modificación fue remitida a todos los/las fiscales delegados/as y de enlace de delitos de odio y contra la discriminación, para que planteasen su opinión y propuestas, siendo todas las contestaciones remitidas a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado previamente a la elaboración de su propuesta de informe.

Entre los motivos del art. 22.4 se incluye la *edad*. En la exposición de motivos del Anteproyecto se dice que «*se incorpora la edad como agravante genérica con el fin de dar una mayor respuesta penal a los delitos cometidos contra las personas menores de edad, por su espe-*

cial vulnerabilidad, sin menoscabo de que el precepto, de acuerdo con el principio constitucional de igualdad, permita la protección de otros colectivos susceptibles de protección penal por este motivo». Sin embargo, al hablar de edad, con carácter general, se debe entender que se incluye la gerontofobia.

Se incluye asimismo la aporofobia o exclusión social, lo que ya había sido solicitado en las últimas memorias. Recordemos asimismo que en las secciones de delitos de odio se viene haciendo un especial seguimiento y control estadístico de estos supuestos, aunque no se aplique el art. 22.4 CP.

La *orientación* aparece desligada de cualquier otra circunstancia. En la redacción actual se dice: *orientación o identidad sexual*. La propuesta dice: *orientación, identidad sexual o de género*. Es de suponer que la orientación sigue refiriéndose a la orientación sexual o de género, pero la coma puede desorientar.

También supone una novedad de trascendencia decir expresamente que la agravación se debe a la especial motivación, por lo que deberá apreciarse *con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*, acogiendo la postura que también se había planteado en memorias anteriores, incluyendo la motivación por error de percepción, de conformidad también con lo ya expresado en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado.

La cuestión más problemática puede resultar el establecimiento de una cláusula abierta: *o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio*, lo que ha sido reiteradamente demandado por las asociaciones de defensa de los colectivos afectados.

El Consejo Fiscal examinó el Anteproyecto en su reunión del día 13 de marzo de 2019, acogiendo diversas de las propuestas o comentarios que le fueron remitidos desde esta Unidad. El informe se muestra favorable a la reforma, tanto sobre la inclusión de las razones de aporofobia o de exclusión social, como de la cláusula genérica de cierre. Acoge favorablemente «la sensibilidad del legislador al incorporar en el artículo 22.4.^a del Código Penal estos nuevos comportamientos de rechazo, si bien lamenta la no inclusión de otros, como el origen territorial o el idioma, cuya incorporación expresa otorgaría mayor seguridad jurídica que su posible apreciación a través de la cláusula abierta con la que se cierra la enumeración»

También acoge favorablemente la modificación «para precisar que el motivo discriminatorio que inspira la actuación del sujeto activo es independiente de que el mismo efectivamente concorra en el sujeto pasivo, especificación considerada necesaria ante las dudas interpreta-

tivas existentes doctrinal y jurisprudencialmente y que igualmente había sido objeto de propuesta de reforma legislativa en la Memoria de la FGE del año 2016. Con esta adición queda clara la naturaleza subjetiva de la agravante para cuya apreciación bastará con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por esas motivaciones discriminatorias». El informe completo del Consejo Fiscal puede ser consultado en la página web oficial de la Fiscalía General del Estado www.fiscal.es.

Este Anteproyecto decayó al disolverse las Cortes Generales por Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo y convocarse elecciones generales que se celebrarían el 28 de abril, proceso que debería repetirse entre el 24 de septiembre y 19 de noviembre de 2019.

Son varios los fiscales que realizan diversas propuestas de modificación legislativa, algunas de las cuales ya han sido debatidas en alguna Jornada de Fiscales Delegados e, incluso recogidas en alguna anterior memoria de la Fiscalía General del Estado.

La reforma del Código Penal debe ir acompañada, o precedida, de la promulgación de una Ley integral de igualdad de trato y no discriminación, partiendo de los aspectos positivos que ofrecían proyectos anteriores no aprobados.

En sus informes cuarto y quinto, publicados en 2011 y 2018, la ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa) recomendó que las autoridades españolas adoptaran a la mayor brevedad posible una nueva legislación sobre igualdad de trato y no discriminación. En mayo de 2016, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas formuló una recomendación similar. Hasta la fecha se han presentado dos proyectos, uno en 2011 y otro en 2018, que no han visto la luz por la citada disolución de las Cortes Generales.

Dicha ley debería contener previsiones para prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador y facilitar herramientas eficaces para combatir la discriminación en todos los órdenes jurisdiccionales con la adopción de las medidas como las que en estos apartados se exponen.

A tal efecto, la ley debe garantizar una adecuada protección del principio de igualdad y de lucha contra la discriminación e incorporar los compromisos internacionales asumidos por España, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo del Consejo de Europa número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tratado de Lisboa (artículo 2 y artículo 9) y las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113 de protección

frente a la discriminación, que fijan un marco europeo de lucha contra la discriminación obligatorio para los Estados de la Unión.

El último informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación racial de Naciones Unidas reitera la necesidad de la creación de una autoridad para la igualdad u organismo de igualdad de trato encargado de impulsar y vigilar el cumplimiento por los poderes públicos de las políticas activas de prevención de la discriminación, órgano que deberá ser autónomo, con personalidad jurídica propia e independiente.

En cuanto al Código Penal, ya se ha hecho referencia a que en el *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* de enero de 2019 se preveía una modificación de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del art. 22.4.^a En la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, se señala (Conclusión 15.^a) que *la agravante prevista en el art. 22.4.^a CP se construye a partir de un catálogo taxativo de motivaciones discriminatorias, lo que impide apreciarla en otros supuestos no contemplados en el precepto, por muy reprochables que sean*. Y el propio Tribunal Supremo puso de manifiesto en STS 1160/2006, 9-11, F. J. 23.º que el catálogo de motivos de discriminación del art. 22.4 del Código Penal es cerrado y no un *numerus apertus*, lo que hace necesaria una reforma legislativa que permita incluir motivos de discriminación que suponen un ataque a la dignidad de la persona por razón de la especial situación del sujeto pasivo. Así, podrían incluir los siguientes:

– Aporofobia (odio al pobre), motivo de discriminación que está expresamente contemplado en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Siendo el sector de la población más desprotegido y en mayor situación de exclusión social de todos ellos, su inclusión como motivo de discriminación resulta imprescindible, por razones de justicia y porque su inclusión viene siendo demandada por la propia sociedad civil, hasta el punto de que desde las secciones de delitos de odio se hace un seguimiento de los delitos motivados por aporofobia y la Circular 7/2019 señala que *en estos supuestos se deberá estudiar la posibilidad de apreciar la existencia de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP u otra agravante, como pudiera ser la de abuso de superioridad del art. 22.2.^a CP*.

– Origen nacional y ascendencia: está en el art. 510 tras la reforma LO 1/2015, pero no en el 22.4. Permitirá incluir casos cada vez más comunes de discriminación contra personas de origen extranjero que han adquirido la nacionalidad española. Es uno de los motivos de dis-

criminación más comunes que afectan a segundas y sucesivas generaciones de inmigrantes y que además recoge la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI) en su recomendación n.º 15.

– Origen territorial dentro de España: permitirá abarcar delitos cometidos por ser catalán, vasco, andaluz, etc. Actualmente son encofados como supuestos de discriminación por etnia, entendida como conjunto de personas que tienen una historia, lengua, cultura, etc., comunes, pero quedaría mucho más claro si se recogiese ese motivo específico de discriminación.

– Idioma y lenguas oficiales dentro del Estado español: este motivo está en otros artículos como el art. 314 CP, e inexplicablemente no lo está en el art. 22.4 ni en los arts. 510, 511, 512 y 515.4 CP. El idioma es uno de los motivos de discriminación que recoge la ECRI en su recomendación n.º 15.

– Aspecto físico: permitiría incluir los casos de discriminación por obesidad que en algunos casos se producen. El aspecto físico está incluido a nivel administrativo en la Ley 17/2011 de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición como motivo de discriminación.

– Antigitanismo o romafofia: Referido desde hace años en todos los documentos de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque su inclusión está en el concepto de etnia, se destacaría de esta forma, de manera similar al antisemitismo, que también está incluido en los conceptos de etnia o religión.

La aparición de algún motivo claramente discriminatorio que no viniera expresamente recogido en el Código Penal podría solventarse mediante una cláusula de cierre como la propuesta en el Anteproyecto más arriba mencionado: «*o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio*», acogida favorablemente por el Consejo Fiscal en el informe también mencionado.

Resultaría preciso realizar una redacción uniforme de los motivos de discriminación contemplados en el Código Penal. Así, los artículos 22.4, 314, 510 a 512 y 515.4 no se refieren a los mismos motivos discriminatorios. Cualquier reforma debería contemplar de manera conjunta todos los preceptos.

Deben asimismo incluirse expresamente los supuestos de discriminación por asociación y por error. Así lo reclaman los organismos internacionales y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado acoge expresamente esta posición, pero sería conveniente un pronunciamiento claro en la norma penal.

El artículo 314 del Código Penal relativo a la discriminación laboral está sometido a tantos requisitos que su aplicación es prácticamente imposible ya que exige: 1) Un acto de discriminación en el empleo, 2) Concurrencia de uno de los móviles discriminatorios descritos en la ley y que, de la misma manera que el art. 22.4, no abarca todas las formas de discriminación, 3) Una intervención previa de la administración con un requerimiento o sanción administrativa al empleador, 4) Que este último no restablezca las condiciones de igualdad ante la ley tras dicho requerimiento o sanción, 5) Y, finalmente, que no repare los daños económicos causados. Sólo cuando se cumplan todos y cada uno de los citados requisitos, la conducta es penalmente reprochable.

No hay registros de una sola sentencia condenatoria en toda España aplicando dicho precepto, habiéndose convertido en un claro ejemplo de derecho penal simbólico. Se hace imprescindible una reforma de este artículo que, sin renunciar al principio de intervención mínima del derecho penal y a la eficacia de la jurisdicción laboral caracterizada por la existencia del principio de inversión de carga de la prueba, permita su aplicación a los casos más graves de discriminación en el ámbito laboral.

En cuanto a la penalidad del artículo 510 del Código Penal, ya en anteriores memorias se propuso una modificación del severo régimen punitivo previsto en el artículo 510 del Código Penal, sugiriendo, en la línea de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la recomendación n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa que, en aquellos supuestos que, por su contexto, contenido, ausencia de reiteración, características o circunstancias personales del autor, tienen menor entidad y no han de tener un reproche tan elevado –penas de prisión de hasta cuatro años– la posibilidad de que se contemplen de forma alternativa, bien penas de prisión de inferior duración o penas diferentes a la prisión como multas, pérdida de derechos políticos, trabajos en beneficio de la comunidad, etc.

Tampoco parece adecuada la elevada pena de inhabilitación prevista en el apartado 5.º del artículo 510 que hace imperativa la competencia de la Audiencia Provincial, impidiendo la posibilidad de dictar sentencias de plena conformidad. En definitiva, esta propuesta pretende una mejor adaptación de las penas al principio de proporcionalidad.

Los artículos 511 y 512, relativos a la denegación de prestaciones utilizan el término «prestación», que plantea también problemas de interpretación y además no contempla todos los supuestos que en la

práctica suelen darse, por lo que sería más aconsejable incluir conceptos como bienes, servicios o actividades, bien privadas o públicas.

En atención a lo expuesto, parece necesaria una modificación del Código Penal en el ámbito de los delitos de odio. Así lo demuestran los distintos Anteproyectos de Ley al respecto que, por diversos motivos, no han llegado a cuajar. Ahora bien, no resultarían admisibles reformas que supongan una merma en la lucha contra los delitos relativos a la igualdad, la no discriminación y el fomento del odio o que generen cierta desprotección de los bienes jurídicos aludidos.