

## 2.4 Reformas en materia de delitos de odio. Inclusión expresa de los supuestos de discriminación por asociación y asociación por error

Tanto en esta como en anteriores memorias se han recogido diversas propuestas de mejora en la descripción de los supuestos discriminatorios del art. 22.4.<sup>a</sup> CP, formuladas principalmente por la Unidad Especializada en esta materia, el Fiscal de Sala al frente de la misma y la red de fiscales especialistas desplegados por todo el territorio nacional. En esta misma dirección, se entiende aconsejable también la introducción *in fine* de una cláusula al citado precepto que permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades que motivan la discriminación concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

Según la doctrina dominante, la circunstancia agravante prevista en el art. 22.4.<sup>a</sup> CP es de naturaleza subjetiva, ya que expresa un móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad. Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Dicha posición vendría respaldada por la redacción literal del propio artículo 22.4 CP al exigir «cometer el delito por motivos...».

Sin embargo, existen sentencias contradictorias al respecto que generan cierta inseguridad jurídica. Así la STS 1341/2002 de 17 de julio, señala que es suficiente para la aplicación de la circunstancia agravante presuponer la condición homosexual de la víctima, aunque no lo sea. Por contra la STS 145/2006, de 23 de noviembre, afirma que *«para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad»*.

Sin embargo, la propia naturaleza de la circunstancia agravante del art. 22.4.<sup>a</sup> CP debería conllevar su aplicabilidad en aquellos casos en los que el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STEDH 28/03/2017 (ASUNTO ŠKORJANEC c. CROACIA), considera vulnerado el Convenio Europeo de Derechos Humanos por no

haber tenido en cuenta el Estado croata la discriminación por asociación en la investigación de una agresión

Las contradictorias sentencias detectadas, no solo en el Tribunal Supremo sino también en las audiencias provinciales, exigirían tal vez de una reforma del art. 22.4 CP que despeje las dudas interpretativas a nivel doctrinal y jurisprudencial, pudiendo añadirse *in fine*, una cláusula «*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*».

Esta fórmula es la que propone la OSCE en su definición de delito de odio y ha sido adoptada en Estados Unidos a través de la «Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio» aprobada por el Congreso en fecha 22/10/2009 y ratificada por quien fuera su presidente, Barack Obama, el 22/10/2009, que describe el delito de odio como aquel cometido «por la, real o percibida, raza, color u origen nacional o por la, real o supuesta, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad».

Con una redacción clara del artículo 22.4 del Código Penal quedaría garantizada su adecuada aplicación a los casos de discriminación por asociación o discriminación por error, en la línea recomendada por los organismos internacionales, cubriendo casos como los hechos delictivos producidos respecto de una persona por estar casada con otra cuyo color de piel es diferente, o de un periodista, político o activista de una ONG por defender a minorías raciales o étnicas, o cuando se agrede a una persona pensando que es homosexual o extranjero, y no lo es. En todos estos casos el sujeto activo comete el hecho por móvil discriminatorio, de tal forma que, si estas personas no tuvieran relación o vinculación con otras personas pertenecientes a dichas minorías, el hecho no se habría cometido. Del mismo modo que si el autor supiera que la víctima no pertenece a una minoría, tampoco habría cometido el hecho.