

### 13.6 Novedades legislativas y jurisprudenciales

Entre las novedades legislativas producidas en el año destaca claramente la reforma del Código Penal operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. La disposición adicional sexta de esta ley incorpora modificaciones de calado en la agravante y tipos penales de los delitos de odio. Se modifican los artículos 22.4.<sup>a</sup>, 314, 511, 512 y 515.4 CP introduciendo nuevos motivos discriminatorios hasta ahora no presentes en la norma penal, avanzando en la necesaria unificación de los mismos e incorporando en el artículo 22.4.<sup>a</sup> una cláusula final que posibilita la aplicación de la agravante con independencia de que las condiciones o circunstancias que recoge concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta delictiva.

Como se ha reflejado en las Conclusiones de las Jornadas de Especialistas, desde hace tiempo se viene reclamando una unificación de los motivos discriminatorios recogidos en la agravante y tipos penales de delitos de odio. Esta reforma ha supuesto un avance muy significativo en esta dirección, pero no ha culminado la necesaria armonización de los motivos. De forma incomprensible, el artículo 510 del Código Penal, uno de los tipos penales emblemáticos de la especialidad, que engloba diversas y muy significativas tipologías delictivas y que con más frecuencia es aplicado en la práctica (510.1.a y b, delito de discurso de odio; 510.1.c, delito de enaltecimiento o negación del delito de genocidio y de lesa humanidad; 510.2.a, delito de lesión de la dignidad por motivación discriminatoria; 510.2.b, delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de odio) quedó fuera de la reforma y no ha incorporado los nuevos motivos discriminatorios introducidos en el resto de tipos.

Así, una atenta lectura de la agravante y de los artículos que nos conciernen permiten comprobar que, sin ir más lejos, la agravante del artículo 22.4.<sup>a</sup> no contiene los motivos discriminatorios de «origen nacional» y «situación familiar» que sí se encuentran en otros tipos, y que, al mismo tiempo, en las distintas conductas delictivas recogidas en el artículo 510 se hallan ausentes los nuevos motivos discriminatorios introducidos por la LO 8/2021 de «edad», «identidad de género» y «aporofobia o exclusión social».

En esta situación, por ejemplo, se puede aplicar la agravante de discriminación en un delito cometido contra una persona sin hogar, pero no perseguir penalmente un discurso de incitación al odio contra este colectivo. O no se puede aplicar la agravante en base al origen nacional cuando, frecuentemente, nos encontramos con víctimas de

nacionalidad española, pertenecientes a segunda o tercera generación de migrantes, que son atacadas en atención a su origen familiar extranjero. O que cuando el ataque se produce en atención a la condición de adoptado de un menor (situación familiar), sí pueda haber respuesta penal vía artículo 510.2.a CP, pero no aplicar la agravante si se ha cometido otro delito distinto.

En el apartado correspondiente a las Conclusiones de las Jornadas de Especialistas ya se ha hecho referencia a los motivos de «edad» y de «aporofobia o exclusión social». El primero de ellos, conforme expresa el legislador en la Exposición de Motivos, ha de ser interpretado «en una vertiente dual, pues no solo se aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada». En lo que se refiere al de «aporofobia y exclusión social» ya se ha subrayado que se trata de dos términos próximos entre sí, pero no equivalentes. El primero tiene una connotación esencialmente económica y el segundo un significado más amplio que engloba diversas situaciones de exclusión de las actividades que se desarrollan en la sociedad.

Por su parte, el motivo de «identidad de género» se suma al resto de motivos relacionados con el género y el sexo. De este modo, vinculados a estos dos conceptos hallamos en la agravante y los tipos los siguientes motivos discriminatorios: «sexo», «razones de género», «identidad sexual», «orientación sexual» e «identidad de género». No resulta ocioso precisar, siquiera brevemente y sin ánimo de exhaustividad, las distintas realidades o nociones a que se refieren cada uno de ellos.

El motivo de «razones de género» se introdujo por LO 1/2015, de 30 de marzo, vinculado a la violencia de género y doméstica, y se inspira en el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 7 de abril de 2011*, donde se define el género como «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». Como se afirma en la Circular de la FGE 7/2019, *sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, es un motivo discriminatorio relacionado con la situación de dominación y sumisión del hombre sobre las mujeres.

Sin embargo, el «sexo» se refiere al sexo biológico, a las características biológicas, anatómicas o fisiológicas que identifican a una

persona como hombre, mujer o intersexual (variaciones corporales o fisiológicas diversas o ambiguas de la persona).

Por su parte, la «orientación sexual» tiene una distinta significación y remite a la capacidad de cada persona de sentir una atracción emocional, afectiva o sexual y de mantener relaciones íntimas o sexuales hacia personas de un género distinto al suyo, de su mismo género y de más de un género (RPG n.º 15 ECRI; Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia). Incluye situaciones como la homosexualidad, bisexualidad, asexualidad o cualquier otra tendencia sexual.

En cuanto a la «identidad de sexo», se trata de la forma en que cada persona se define sexualmente, de forma coincidente o no con su sexo biológico. Es clara su conexión con los supuestos de no correspondencia entre el sexo biológico y el sexo sentido y los procesos de transexualidad.

Finalmente, el novedoso motivo que ahora se introduce de «identidad de género» parece referirse (nada dice al respecto la Exposición de Motivos de la ley) a la vivencia interna e individual de cómo la persona siente profundamente su género (RPG n.º 15 ECRI). Como afirma parte de la doctrina, puede interpretarse como «expresión de género», la forma en que manifestamos nuestro género a través de nuestros roles sociales, apariencia y comportamiento social. Estarían incluida la realidad del transgénero y manifestaciones de género no binario (bigénero, pangénero, agénero, género fluido).

En lo que respecta a las novedades jurisprudenciales, destacar la STEDH de 2 de septiembre de 2021, *Caso Sánchez c. Francia*, que avala la sanción penal de un cargo público electo por no haber retirado con prontitud los comentarios ilícitos que terceros realizaron en el muro de su cuenta de Facebook —de libre acceso— durante una campaña electoral y en los que se vinculaba al colectivo musulmán con la delincuencia y la inseguridad. Los comentarios, como se ha dicho, referidos a la comunidad musulmana, eran del siguiente tenor: «traficantes de droga y prostitutas» que «reinan», «escoria que vende su droga todo el día» o los autores de «apedreamientos a coches de gente blanca». El Tribunal analiza los hechos, obviamente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, pero poniendo especial énfasis en el contexto de campaña electoral y de la condición de responsable político del autor.

El tribunal hace unas consideraciones que resultan sumamente interesantes: «85. Sin embargo, en un contexto electoral, si bien los partidos políticos deberían gozar de una mayor libertad de expresión para tratar de convencer a sus votantes, en el caso del discurso racista o xenófobo dicho contexto contribuye a alimentar el odio y la intolerancia porque,

por lógica, las posiciones de los candidatos a las elecciones tienden a volverse más rígidas y los eslóganes o las fórmulas estereotipadas llegan a primar sobre los argumentos razonables. El impacto de los discursos racistas y xenófobos puede por ello ser mayor y más perjudicial... El Tribunal recuerda que la responsabilidad particular de los políticos en la lucha contra el discurso del odio también ha sido destacada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General n.º 35 del 26 de septiembre de 2013... y por la ECRI en su Recomendación General n.º 15. ... 86. El Tribunal recuerda, a todos los efectos, que la incitación al odio no requiere necesariamente una llamada a un acto de violencia concreto o a otro tipo de acto delictivo. Los ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra esas conductas frente a la libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estos sectores o grupos de población».

En definitiva, con apoyo en pronunciamientos anteriores, entre los que destaca la STEDH *Féret c. Bélgica*, el TEDH vuelve a subrayar que el discurso de odio de tintes xenófobos y religiosos puede actuar como límite a la libertad de expresión y que, dadas las circunstancias referidas y la difusión de los mensajes propiciada por la utilización de una red social, la injerencia por el Estado en dicha libertad era legítima y necesaria en una sociedad democrática.

En otro ámbito también importante de la especialidad hay que señalar los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en relación con la agravante de «razones de género» (art. 22. 4.ª CP). Puede citarse como ejemplo la STS 114/2021, de 11 de febrero, muestra de una ya consolidada doctrina jurisprudencial en varios sentidos. Por un lado, la compatibilidad entre la agravante de género del artículo 22. 4.ª CP y la de parentesco del artículo 23 CP (SSTS 12/2020, de 23 de enero o 257/2020, de 28 de mayo) y, por otro, la posibilidad de aplicar esta agravante (art. 22.4.ª CP) también a los supuestos en los que no existe una relación de pareja o expareja con la víctima, así como su aplicación en delitos contra la libertad sexual (SSTS 444/2020, de 14 de septiembre o 565/2018, de 19 de noviembre).