

“Delimitar la separación entre delitos de odio y libertad de expresión es una tarea tremendamente valorativa y circunstancial”

Entrevista a Fernando Rodríguez Rey. Fiscal de Sala Delegado de Delitos de Odio y Discriminación

La interpretación del artículo 510 del Código Penal ha generado una gran controversia desde la reforma de 2015, hasta el punto de que la fiscalía ha tenido que emitir pautas aclaratorias. ¿A día de hoy, existe un criterio común para determinar qué es y qué no es un delito de odio?

En el debate ciudadano y en los medios de comunicación, se observa en muchas ocasiones una confusión terminológica y de conceptos. De manera poco rigurosa se utilizan términos que son similares pero que expresan realidades distintas entre sí. Es muy curioso ver cómo se habla de manera confusa de incidente de odio y de delito de odio, o de delito de odio y de delito cometido por odio.

Desde el punto de vista del derecho positivo español, un delito de odio es cualquier delito común al que se le aplica la agravante discriminatoria del artículo 22.4 del Código Penal y todos aquellos tipos penales, incluido el art. 510, en los que ya está incorporado el móvil discriminatorio. Son conductas que se dirigen contra una persona o contra un colectivo en atención a su especial condición.

Por tanto, cuando se aborda esta materia siempre hay que hacer un esfuerzo para utilizar la precisión terminológica. Porque observamos que, en muchas ocasiones, cuando se habla de delito de odio, la atención se focaliza en exceso en el delito de discurso de odio del artículo 510.1 del CP, olvidando que este no es más que una especie dentro del conjunto de delitos de odio, y que no es precisamente el tipo penal que con más frecuencia se aplica en la práctica.

¿Cuál es el más común?

El tipo penal de delito de odio que con más frecuencia aparece en las denuncias y en los procedimientos penales es el delito de lesión de la dignidad del artículo 510.2 del Código Penal. Con mucha diferencia, este es el tipo penal que más se está aplicando en la práctica. A tenor de la variedad y cantidad de personas y colectivos que se consideran víctimas del odio (desde toreros a policías, pasando por grupos de ideología nazi o por la Casa Real), hay quien dice que nos estamos convirtiendo en una sociedad de ofendidos. ¿Quiénes son realmente las víctimas del odio?

La apreciación de esa tendencia a considerar una sociedad de ofendidos me parece acertada. Efectivamente, los colectivos a los que protegen los móviles en los delitos de odio y los móviles discriminatorios que caracterizan el delito de odio son los expresamente contenidos en el Código Penal, en el agravante del artículo 22.4 y en el resto de tipos penales. No son específicamente un delito de odio delitos como el de injurias a la corona o a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Puede ser un delito motivado por odio, pero no es específicamente un

delito de odio.

Desde el ámbito de la defensa de los derechos humanos, preocupan los efectos colaterales que la persecución penal de los delitos de discurso de odio puede tener sobre derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión.

La libertad de expresión sólo está en juego en el delito de discurso de odio. Cuando estamos hablando de un delito de coacciones, lesiones, homicidio o asesinato que se comete por una motivación discriminatoria, nada tiene que ver la libertad de expresión.

¿En qué medida preocupa este fenómeno a la fiscalía y qué medidas se están tomando para velar por la protección de este derecho?

El ministerio fiscal está comprometido con la persecución eficaz de los delitos de odio, pero también es su función garantizar la efectividad de todos los derechos fundamentales, y obviamente la libertad de expresión es uno de ellos. También sabemos que la libertad de expresión, como cualquier otro derecho, no es un derecho ilimitado o absoluto, y en este caso hay que determinar hasta dónde llega la libertad de expresión y que tiene su límite cuando se trata de conductas que inciten de manera directa o indirecta a la violencia, a la humillación o a la discriminación.

¿Cómo se delimita esa línea de separación?

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de nuestro Tribunal Constitucional nos lo dice: hay que ponderar los intereses en conflicto, y ver si en el caso concreto el ejercicio de la libertad de expresión estaba justificado o se ha producido una extralimitación. Es una tarea tremendamente valorativa y circunstancial. Por mucho que la jurisprudencia nos proporcione criterios y pautas generales, siempre vamos a tener problemas a la hora de delimitarlo. Pero esto es lo que hay que hacer, hay que hacer un cuidadoso y delicado juicio sobre esos intereses en conflicto.

La tarea es realmente difícil porque el 510 del CP está configurado como un delito de peligro abstracto, de mera actividad. Para que se produzca este delito no es necesario que después se materialice en una conducta de odio, violencia o discriminación, sino que es suficiente con que se cree un clima de odio, violencia o discriminación. Por tanto, habrá que analizar con cuidado las circunstancias del caso, valorar factores como el propio contenido del mensaje, la significación de las expresiones que se utilizan, el contexto en el que tiene lugar, si es reiterado o no reiterado, la difusión que alcanza, la posición o no de liderazgo de la persona que emite el mensaje... Hay que hacer una valoración conjunta de todos los factores y decidir si era un ejercicio legítimo o si ha habido una extralimitación, y, por tanto, si se ha puesto en peligro el bien jurídico que, no lo olvidemos, es la dignidad y la igualdad de las personas. De hecho, uno de los objetivos de la Fiscalía General, en tanto se va consolidando la jurisprudencia de este delito, era proporcionar pautas para interpretar este delito. Se abordó en la circular 7/2019, que ha tenido por objeto tanto la conducta del art. 510 como la del 510.2. Y ahí se ha analizado la naturaleza y los requisitos de este delito, y se proporcionan criterios para valorar cada caso y determinar si hay responsabilidad penal o no.

¿Esta circular es suficiente o evoluciona demasiado deprisa la casuística?

Creo que las conclusiones que se plasmaron en la circular siguen vigentes, no aprecio que haya pronunciamientos jurisprudenciales que contradigan la doctrina de la Fiscalía General. Por supuesto que va habiendo pronunciamientos, no solamente en España, que lo que hacen es ir enriqueciendo esa doctrina.

Pero la dificultad está en aplicar esas pautas generales al caso concreto. Lo que tampoco podemos hacer es

traslación mecánica de la resolución que se adapta a un caso a otro distinto, porque por muy similares que sean, siempre habrá circunstancias y diferencias entre ambos.

Según la última memoria de la Fiscalía General del Estado, el uso cada vez más intenso de las TIC está detrás del aumento de este tipo de delitos. ¿A qué se debe este aumento?

Si cogemos los últimos años, se aprecia un aumento sostenido, aunque no muy intenso, de los delitos de odio, con la única excepción del 2020, un año muy particular que distorsiona el análisis, porque como consecuencia de las medidas restrictivas de la pandemia, la interacción social se paraliza y el número total de delitos de odio disminuye respecto de 2019. Y paralelamente, lo cual también es lógico, dentro de esa disminución general hay un aumento del número de conductas que pueden ser delitos de odio que tienen lugar a través de las redes sociales y TIC.

En cuanto a los motivos discriminatorios, sigue siendo el motivo de la xenofobia y el racismo el más frecuente, seguido por el de la orientación sexual e identidad de género o sexual. Apreciamos respecto a este último un aumento significativo.

¿Es casualidad que se haya producido este aumento a la vez que se refuerza la protección de los derechos de estos colectivos, o se trata de un fenómeno reactivo?

No creo que haya un aumento de los delitos de odio como reacción directa a unas iniciativas legislativas. Lo que es cierto, creo, es que en el ámbito de la orientación sexual y de las identidades de género, la sociedad cada vez es más diversa y más plural, y cada vez se visibiliza más, y ello hace que al mismo tiempo se produzcan reacciones intolerantes de personas que probablemente ni admiten ni entienden tal diversidad, sino que la interpretan como una amenaza.

Aunque también hay que subrayar que se trata de conductas minoritarias, porque podríamos trasladar la sensación de una sociedad española como tremendamente intolerante y radicalizada, pero la mayoría no es así. Yo creo que la sociedad española en su conjunto es una sociedad especialmente tolerante, respetuosa con el diverso y con el diferente.

De todas maneras, el aumento del número de procedimientos por delitos de odio a su vez es una buena noticia. Porque eso supone que cada vez hay más víctimas, más personas afectadas que se deciden a denunciar, a poner los hechos en conocimiento de las autoridades para que en su caso haya una respuesta penal. Por lo tanto, yo creo que hay un doble factor que incide en ese aumento de las cifras. Por un lado, que efectivamente hay una reacción minoritaria de intolerancia frente a la diversidad. Y paralelamente, y afortunadamente, cada vez hay más víctimas que están dispuestas a denunciarlo y a poner en conocimiento de las autoridades estos hechos.

Sin embargo, muchas de las agresiones por motivos de odio y discriminación no son denunciadas.

En los últimos informes que hace la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la infradenuncia se sitúa en torno al 80 o 90%. Y la reciente encuesta que ha realizado el Ministerio del Interior arroja unas cifras similares. Tanto en España como en Europa, el tema de la infradenuncia es una realidad incontestable.

¿Por qué cree que un alto número de víctimas deciden no denunciar?

Estos mismos estudios, que se basan en trabajo de campo con los colectivos afectados, suelen identificar tres

motivos fundamentales. En primer lugar, el desconocimiento. Muchas veces las víctimas no son conscientes de haber sufrido un hecho que se puede denunciar, o no saben dónde y cómo hacerlo. En segundo lugar, el miedo, en un doble sentido: en ocasiones es temor a represalias de los autores o del entorno del autor que ha cometido la conducta. En otros casos, se trata de un recelo a revelar esa condición personal por la que uno ha sido agredido o discriminado. Esto se da especialmente en los supuestos de delitos de odio motivados por orientación sexual o identidad de género.

La tercera causa que apuntan los estudios es la desconfianza, que se aprecia todavía en las víctimas, respecto a que su denuncia sea debidamente atendida y vaya a dar lugar a una respuesta penal eficaz.

¿De qué manera se puede revertir esta tendencia?

Tenemos que trabajar con las víctimas, facilitar su acceso a la denuncia y darles seguridad, además de hacer una tarea de divulgación sobre esta materia. Y a la vez tenemos que mejorar la respuesta penal. De esta manera, si tenemos las causas, tenemos las líneas de trabajo y podemos combatir la infradenuncia.

Si se atiende a las noticias que aparecen en los medios, la comisión de delitos de odio no sólo es más frecuente, sino que se observa un aumento en el uso de la violencia. ¿Es realmente así?

En ese contexto general de aumento continuado de los delitos de odio, es cierto que en los últimos meses se han producido hechos especialmente graves y violentos que han tenido una enorme repercusión y que lógicamente causan cierta alarma.

No obstante, debemos de esperar a tener cifras completas y ver si en 2021, al margen de esos episodios de extraordinaria violencia, hay un salto o no en las cifras de los delitos de odio. De momento, no tenemos datos como para poder afirmarlo.

¿El aumento de la polarización política genera un incremento del discurso del odio?

Está claro que no ayuda, pero ya no solamente es una polarización en el ámbito estrictamente político, sino que se percibe en el debate público en general e incluso en los medios de comunicación. Si de lo que se trata es de tener presente valores como la igualdad, tolerancia, el respeto.... la radicalización de las posiciones no contribuye a eso.

Hay que tener clara una cosa: del discurso del odio se pasa al delito de odio. Normalmente el discurso de odio es la antesala del delito de odio. De las palabras se puede pasar a los hechos, y esa es una constatación real.

¿Es la esfera penal la más efectiva para combatir el auge de los delitos de odio?

En esta materia, como en otras, el derecho penal es una herramienta imprescindible, es irrenunciable. Pero solo con derecho penal no se soluciona ni este ni ninguno de los grandes problemas de la sociedad. En el ámbito de las conductas discriminatorias, subyace un tema de valores. Se trata de que realmente la sociedad, y particularmente los jóvenes, puedan interiorizar realmente esos valores de igualdad, de no discriminación, de tolerancia, de respeto a los ciudadanos. Utilicemos el derecho penal, pero no olvidemos el resto de tareas que debemos desarrollar como sociedad. Y que nos conciernen a todos: a los responsables públicos, al mundo de la justicia, y en general a todo el entramado institucional y educativo que estamos trabajando en la materia.

¿Qué papel juegan los colegios profesionales, y en particular la abogacía, para frenar el

aumento de los delitos de odio?

Evidentemente, los colegios profesionales tienen su papel. Hemos comprobado que hay colegios de abogados, y particularmente el de Madrid, donde se están llevando a cabo actividades formativas dirigidas a los colegiados, tanto en aspectos estrictamente jurídicos como en aspectos relativos a la situación y condiciones personales de estas personas y colectivos.

Hay que colaborar entre las instituciones: colegios de abogados directamente con el CGPJ, con la Fiscalía General del Estado y con el resto de operadores. Y en ese sentido destaca la importancia de los turnos de oficio especializados, como ya existen en el ICAM y en otros colegios de la abogacía, en el doble sentido de asistencia letrada al acusado y sobre todo de protección y asesoramiento de las víctimas de delitos de odio y discriminación.

¿Con qué herramientas cuenta la fiscalía para combatir los delitos de odio?

Para la Fiscalía, la materia de delitos de odio es en estos momentos prioritaria y objeto de especialización. Pero esto no viene de ahora. Ya en el año 2012, se nombró al primer Fiscal de Sala Delegado para los delitos de odio. Y ya entonces se comenzó a crear una red de fiscales especialistas en delitos de odio. Actualmente, tenemos una red consolidada de fiscales delegados en todas y cada una de las provincias de España. Y esa es la gran fortaleza del ministerio fiscal: tenemos un fiscal especialista en cada provincia encargado de despachar e intervenir en este tipo de asuntos, y de intervenir en todas las fases procesales.

Esos fiscales, a su vez, están coordinados por el fiscal de sala delegado, que ejerce funciones que le delega el fiscal General del Estado. Funciones de apoyo al trabajo que realizan estos fiscales, de coordinar su actividad, proporcionar pautas o criterios de interpretación de aplicación de los tipos y de procurar la aplicación de criterios uniformes en todo el ministerio fiscal. A su vez, el fiscal de sala dirige las actividades formativas a los fiscales y especialistas y al conjunto de los fiscales, así como a los fiscales que están en la escuela judicial, donde se han introducido módulos específicos sobre el tema de igualdad y no discriminación y delitos de odio.