



La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria

The investigation and proof of hate crimes. Special reference to
circumstantial evidence

José Neftalí Nicolás García

joseneftali.nicolas@um.es

ORCID: 0000-0003-2100-2198

Resumen

Desde los inicios de la humanidad la población del mundo se ha mostrado en continuo movimiento, originando los llamados flujos migratorios, respondiendo estos movimientos a diversas razones, entre otras, el trabajo, la familia, la violencia, persecuciones y educación. Los delitos de odio nacen en una sociedad multiétnica y se desarrollan sobre la base de tres factores esenciales: la discriminación, la protección de los colectivos más vulnerables y la necesidad de proteger los valores de nuestra comunidad. En este contexto el odio puede ocasionar amenazas e incluso alterar el orden social, por ello el concepto de odio adquiere suma importancia desde el punto de vista penológico y encuentra su tipificación en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, si bien es necesario llevar a cabo por parte de las autoridades policiales y judiciales una investigación exhaustiva para conseguir prueba suficiente que sustente una condena penal. La mayoría de ocasiones hay que acudir a la prueba indiciaria para acreditar la motivación de la comisión del delito por razones de odio, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito depende de la prueba indiciaria.

Palabras clave: Discriminación; Odio; Delitos; Investigación; Prueba indiciaria

Abstract

Since the beginning of humanity, the world's population has been in continuous movement, originating the so-called migratory flows, these movements responding to various reasons, among others, work, family, violence, persecution and education. Hate crimes are born in a multiethnic society and develop based on three essential factors: discrimination, the protection of the most vulnerable groups and the need to protect the values of our community. In this context, hate can cause threats and even alter the social order, which is why the concept of hate becomes extremely important from a penological point of view and is classified in Organic Law 10/1995, of November 23 of the Penal Code, although it is necessary to carry out an exhaustive investigation by the police and judicial authorities to obtain sufficient evidence to support a criminal conviction. In most cases, it is necessary to resort to circumstantial evidence to prove the motivation for committing the crime for reasons of hate, that is to say, proving discriminatory hatred and its projection in the crime depends on the circumstantial evidence.

Key words: Discrimination; Hate; Crimes; Investigation; Circumstantial evidence

Cómo citar este trabajo: Nicolás García, José Neftalí. (2024). *La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria.* Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (3), 128–148. <https://doi.org/10.46661/respublica.9522>

Recepción: 29.12.2023

Aceptación: 12.02.2024

Publicación: 13.02.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1. Introducción

El odio es un término conocido en el ámbito de la criminología. Es un concepto que se emplea para referirnos a aquellas conductas caracterizadas por el insulto y la ófon, es decir, comportamientos que se desvían de la norma y cuyo denominador común es la abominación hacia una persona o colectivos determinados.

Desde el punto de vista del derecho penal no existe una concepción unánime respecto al concepto de delitos de odio. Sin embargo, estamos ante una sociedad marcada por la globalización en la que este tipo de delitos son más visibles y se han convertido en una autentica preocupación en todos los países europeos.

Los delitos de odio son impulsados por sentimientos de rechazo e intolerancia que conllevan a la marginación y discriminación de determinados grupos de la sociedad. No podemos aprovechar la libertad de expresión para traspasar los límites del respeto y encubrir conductas delictivas amparadas en el odio¹.

Como hemos manifestado anteriormente, en las últimas décadas el racismo y la intolerancia se han incrementado notablemente en todos los países del mundo incluyendo España. Podemos pensar que ese racismo e intolerancia se debe a factores de carácter sociológico, entre los que cabe mencionar el aumento de la inmigración y la pluralidad de culturas que conviven en nuestro país.

Así las cosas, desde los inicios de la democracia, las infracciones motivadas por la

discriminación, la intolerancia y el racismo han experimentado en España un aumento progresivo e importante y, por ende, los delitos de odio.

No podemos olvidar que la existencia de las redes sociales son una herramienta para cometer estos ilícitos penales. Así, a través de las redes sociales se produce la comunicación en masa y se abre la puerta a la difusión de mensajes alentadores de la violencia, el odio y la hostilidad hacia el extranjero.

Las instituciones gubernamentales, tanto españolas como europeas, se enfrentan un grave problema, por ello aúnan sus fuerzas para buscar soluciones a estos delitos. En este sentido, la Unión Europea puso en marcha la firma del Código de Conductas con las empresas dedicadas a la tecnología y se ha constituido un Grupo de Alto Nivel del que forma parte, entre otras, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), con el objeto de combatir y prevenir los crímenes de odio, prestando especial atención a la difusión del odio de forma online².

La FRA lleva a cabo una labor de asesoramiento a los gobiernos de las diferentes naciones y a las instituciones de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, y especialmente en aspectos como la discriminación, el racismo y xenofobia, derechos de las víctimas, protección de datos, derechos del niño y acceso a la justicia³.

Por su parte, la UNESCO también ha puesto de manifiesto, a través de diversos informes, que

¹ CÁMARA ARROYO, Sergio. (2017) "El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX. pp. 139-225.

² CABO ISASI, Alex; GARCÍA JUANATEY, Ana, (2016). El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión. *Ajuntament de Barcelona*. Recuperado de: [https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-](https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf)

[content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf](https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf) (consultado 13/12/2023).

³ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA). ¿Qué hace la FRA?. Recuperado de: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra_es (consultado el 13/12/2023).

en las redes sociales está latente el discurso de la intolerancia y el odio contra concretas minorías y la imperiosa necesidad de abordar estrategias para mitigarlo⁴.

La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que apuesta por el desarrollo del ser humano bajo la premisa del respeto mutuo y el diálogo entre culturas para alcanzar la paz duradera⁵.

En suma, los delitos de odio se han convertido en un problema de gran magnitud que alteran el orden social, de ahí, que la mayor parte de los organismos nacionales e internacionales elaboren mecanismos para combatirlos. Pues no es tolerable, que la ira y el odio queden impunes y, además, se aproveche internet y las redes sociales para la difusión de ideologías que animen al insulto, humillación, homofobia o cualquier otra conducta intolerante hacia determinadas personas o colectivos⁶.

2. Aproximación al significado de los delitos de odio y otros conceptos claves.

En este epígrafe trataremos de realizar una aproximación a determinados conceptos que resultan de interés para la calificación de este tipo de ilícitos penales. Para ello, nos apoyaremos esencialmente en el marco normativo europeo y directrices marcadas por organizaciones internacionales.

2.1 Conceptualización del delito de odio.

Podemos afirmar que no existe una única nomenclatura para aludir a los delitos de odio, por ello en ocasiones se emplea indistintamente los términos delitos de odio y crímenes de odio. Sin embargo, puede resultar más correcto utilizar el término crímenes de odio para referirnos a los delitos de genocidio y lesa humanidad⁷.

Atendiendo a la semántica, la palabra odio procede del latín «*odium*» y es definida como la «*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*». El vocablo deseo procede del latín «*desid um*» y se refiere al «*movimiento afectivo hacia algo que se apetece*»⁸.

El odio en cuanto a que desea el mal constituye una emoción. Si tenemos en cuenta que nuestro código penal vincula varios tipos penales con los delitos de odio (como la agravante del artículo 22.4^a del Código Penal o el artículo 510 del mismo texto legal), observaremos que hacen referencia a los motivos. El término motivo procede del latín «*mot vus*» y un motivo significa la razón que mueve para realizar algo. Por su parte, la palabra discriminar (del latín *discrimin re*) significa tratar a una persona o colectivos de personas de forma inferior por su raza, religión, ideología, etc⁹.

En este contexto, tenemos que subrayar que existe una estrecha relación entre odio y delito. El odio se identifica con una emoción que impulsa el incremento de la fuerza, por lo

⁴ CABO ISASI, A., GARCÍA JUANATEY, A. Ob. Cit. p. 6.

⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). Cultura. Recuperado de: <https://www.unesco.org/es/culture> (consultado el 13/12/2023).

⁶ LIZ-RIVAS, Lenny & PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. (2023) La violencia y agresión a las personas durante la Tercera Edad, en *Cuadernos de psicosociobiología de la agresión: educación y prevención*. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 101-122.

⁷ CÁMARA ARROYO, Sergio. Ob. Cit. p. 9.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/odio#otras> (consultado el 13/12/2023).

⁹ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (2020). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio en Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

que sirve de motor para fomentar la comisión de delitos en los que la fuerza es imprescindible, como son los actos violentos.

Por tanto, la expresión delitos de odio define el motivo que impulsa al autor a realizar el delito, que no es otro que su propia intolerancia y rechazo hacia un concreto colectivo de personas por razón de su origen, ideología, raza, religión, sexo o cualquier otro motivo de carácter discriminatorio¹⁰.

Para la OSCE¹¹ los delitos de odio comprenden la base del delito y el motivo basado en diversos prejuicios. Además, el infractor elige a su víctima por su vinculación a una raza, etnia, religión, etc., y comete este tipo de delitos por su intolerancia y a fan de discriminar a determinadas personas por sus rasgos característicos.

Por último, cabe mencionar que el término delitos de odio es utilizado por diversas organizaciones e instituciones internacionales, como son la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) y la Comisión Europea para el Racismo y la Intolerancia (ECRI)¹² del Consejo de Europa.

2.2. El delito de odio, los estereotipos y la discriminación.

La palabra estereotipo, está formada por los vocablos griegos stereós (sólido) y tipo (modelo, molde) y significa idea concebida y aceptada de forma general por un grupo o sociedad de forma inmutable¹³.

El término estereotipos, se emplea para considerar que todos los miembros de un grupo tienen las mismas características. Esta palabra choca con la realidad, pues ciertamente todas las personas que pertenecen un colectivo concreto no presentan paridad en sus características individuales.

La conducta discriminatoria encuentra su fiel aliado en los estereotipos y prejuicios, como motor impulsor del animus discriminatorio. Entre la diversidad de prejuicios y estereotipos podemos mencionar, la negativa de un empresario a contratar a un inmigrante o que la mayoría de los inmigrantes son unos delincuentes.

En cuanto a la palabra discriminación, proviene del latín «*discriminatio*» y significa aquella acción o efecto de discriminar¹⁴.

El Comité de Derechos de las Naciones Unidas, establece como definición de discriminación la siguiente:

«[...] el término “discriminación”, tal y como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, (2015). Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.

¹¹ La OSCE es la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. Con 57 estados de Europa, Asia Central y América del Norte constituye la organización de seguridad regional más amplia del mundo.

¹² La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se funda en el año 1994. Es un organismo independiente del Consejo de Europa para vigilar los derechos humanos y cuya labro primordial es luchar

contra el antisemitismo, el racismo, la discriminación, xenofobia e intolerancia religiosa..

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/estereotipo> (consultado el 15/12/2023).

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/discriminaci%C3%B3n?m=form&m=form&wq=discriminaci%C3%B3n> (consultado el 15/12/2023).

o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas».

Para la organización Accem¹⁵, la discriminación consiste en la desigualdad de trato hacia la persona o grupo de personas por razón de sus caracteres, lo que implica la privación de gozar de todos aquellos derechos que les asisten y cuyo disfrute ostenta toda persona.

En este clima, la definición de discriminación la podemos hallar tanto en la normativa europea que lucha contra las prácticas discriminatorias como en la española¹⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico destacan en materia de lucha contra la discriminación, entre otras, las siguientes normas:

- Constitución Española de 1978, que proclama en su artículo 14 el derecho a la igualdad y a la no discriminación, enumerando los motivos por los que rechaza la práctica discriminatoria.
- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.
- Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito y el Real Decreto 1109/2015 que lo desarrolla.

Asimismo, podemos decir que existen cuatro tipos de discriminaciones: la discriminación directa, la indirecta, por asociación y por error.

La discriminación directa se produce cuando una persona en situación análoga a otra recibe un trato desigual y desfavorable por motivos que se encuentran bajo protección normativa. Un ejemplo de este tipo de discriminación se produce cuando se prohíbe la entrada a un establecimiento de una persona por pertenecer una concreta etnia.

La discriminación indirecta se origina cuando una norma e incluso criterio aparentemente neutro sitúa a una o varias personas en una posición desventajosa en relación con otras por motivos discriminatorios. Por ejemplo, para acceder a determinadas ayudas sociales se le exige a la población extranjera documentación que han de conseguir en el país de origen.

La discriminación por asociación consiste en excluir a una o varias personas, en virtud de su relación o contacto con otras personas que son discriminadas por alguno de los motivos protegidos legislativamente. Este tipo de discriminación está presente, por ejemplo, cuando se ataca a un miembro de una organización sin ánimo de lucro, que defiende los derechos de los inmigrantes de una determinada nacionalidad.

En este tipo de discriminación se puede apreciar la agravante de discriminación prevista en el artículo 22. 4ª de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que considera que son circunstancias agravantes cometer el delito por motivos:

«[...], racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la

¹⁵ Accem es una organización sin ánimo de lucro, apartidista y aconfesional, cuya finalidad es la defensa de la igualdad, deberes y oportunidades para todas las personas, con independencia de su origen, raza, religión, identidad sexual, género o grupo social.

¹⁶GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 25-27

víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

La discriminación por error es aquella que consiste en discriminar a una persona por vincularla equívocamente a unas características propias de un colectivo determinado al que en realidad no pertenece. En estos casos al igual que ocurre en la discriminación por asociación se puede aplicar la agravante del artículo 22. 4ª del Código Penal.

Como ejemplo a este tipo de discriminación, podemos mencionar el caso en el que a una persona se niega la entrada en un establecimiento bajo la creencia que pertenece a una etnia concreta cuando en realidad nada tiene que ver con aquella.

En este contexto de discriminación, debemos hacer mención al acoso, represalias discriminatorias y a la discriminación múltiple.

Desde el punto de vista del marco normativo europeo el acoso es una práctica discriminatoria, cuando se lleva a cabo un comportamiento desviado de la norma vinculado a un motivo protegido y, cuyo fin sea agredir la dignidad de la persona e incluso crear una ambiente intimidatorio y hostil.

En el Código penal español (CP en adelante), el acoso discriminatorio encuentra su encaje en función de los hechos y circunstancias que concurren.

Así, se puede apreciar acoso discriminatorio en un delito de amenazas cometido a colectivos (artículo 170 del CP¹⁷), el acoso previsto en el artículo 172. 1 ter del CP e incluso en aquellos actos lesivos para la dignidad previsto en el artículo 510. 2. a del CP¹⁸.

Constituyen ejemplos de acoso discriminatorio, los insultos por parte de un grupo de alumnos a otro alumno por razón de su religión o en un centro de trabajo cuando los compañeros humillan a otro trabajador por razón de su sexo¹⁹.

La represalia discriminatoria consiste en la animadversión hacia una persona que ha mostrado su desacuerdo con alguna práctica discriminatoria. Este tipo de represalia se

¹⁷ El artículo 170. 1 del CP, establece que: “Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.

¹⁸ Artículo 510. 2. a del CP preceptúa que: “2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a

una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

¹⁹ PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. & LIZ-RIVAS, Lenny. (2022). El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en *Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención*. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 91-102.

puede apreciar en los delitos penados en el artículo 464 del CP²⁰.

En cuanto a la discriminación múltiple, manifestar que se produce cuando una persona es discriminada debido a dos o más motivos discriminatorios. Entre las notas características de la discriminación múltiple podemos señalar:

- Que es una discriminación aditiva, puesto que el efecto que produce los diversos motivos discriminatorios puede ser diferenciado. Por ejemplo, un hombre con cierta edad puede ser discriminado en el ámbito laboral por su ideología, y en el acceso a cualquier prestación pública por su ratio de edad.
- Que la discriminación se sustente en la mezcla de varias características.

En consecuencia, estamos ante una amplia variedad de modalidades discriminatorias, que transgreden los derechos de las personas, por ello todos los países ha de seguir trabajando para luchar contra cualquier tipo de discriminación.

3. Los delitos de odio y discriminación en la legislación española.

Una buena parte de la doctrina española considera que el Código Penal protege el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación proclamada en el artículo 14 de la Constitución Española. Sin embargo, la controversia surge, cuando al elemento que

motiva la conducta discriminatoria se adiciona otro elemento más, que es el odio y, obtener como resultado los llamados delitos de odio y discriminación.

El Código Penal español no prevé un capítulo específico para este tipo de delitos, no obstante, pese a esa laguna, haremos un breve recorrido por el articulado del texto legal que tipifica el odio y, por ende, la discriminación²¹.

De este modo, el artículo 22.4 del CP preceptúa la agravante por motivos discriminatorios. Una parte de la doctrina es partidaria, de que se trata de una agravante que responde a una circunstancia de carácter subjetivo, cuyo móvil es la negativa al principio de igualdad. Otra parte de la doctrina defiende que la circunstancia puede estar basada en la intención de acoquinar a la víctima y los miembros de su grupo.

Ante esta diversidad de opiniones es preferible considerar que la agravante del artículo 22. 4^a del CP resulta aplicable en el caso de que el infractor cometa el ilícito penal por motivos discriminatorios o racistas, al considerar, que el sujeto pasivo reúne la aptitud objeto del móvil, es decir que pertenece a una etnia, religión, etc..

Asimismo, podemos expresar, que esta agravante se construye sobre la base de un amplio abanico de razones discriminatorias.

No obstante, aunque el artículo 22. 4 del CP presenta sus lagunas, no podemos perder de vista, que los delitos de odio y discriminación vulneran la dignidad del individuo

²⁰ Artículo 464 del CP establece que: *“1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.*

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos”.

²¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 170-182

estrechamente unida a sus circunstancias tanto personales como sociales, por lo que el referido precepto agrava la pena por motivos discriminatorios.

Respecto al artículo 170. 1 del CP, señalar que, regula las amenazas dirigidas a colectivos. En este ilícito penal se identifican los siguientes rasgos fundamentales:

- El autor tiene como finalidad causar el temor en todos o en una buena parte de los miembros que componen el colectivo.
- La amenaza ha de ser identificable con un mal susceptible de delito y, ha de ser idónea para lograr atemorizar.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, éste ha de tener un rasgo común que identifique a las personas que constituyen el grupo. Si bien, el sujeto pasivo puede ser tanto una persona concreta, que el sujeto activo por confusión considere que pertenece al colectivo que quiere amedrentar, como personas que ajenas al colectivo comparte sus mismas ideas.

Por otra parte, tal y como se ha reflejado en el epígrafe anterior, también se puede apreciar un cierto enfoque discriminatorio en los delitos contra la integridad moral previsto en el artículo 173. 1 del CP²² y, en los actos que

atentan contra la dignidad previsto en el artículo 510. 2. a del CP²³.

El artículo 314 del CP prevé el delito de discriminación en el ámbito laboral enumerando un catálogo de causas discriminatorias, al preceptuar que:

“Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.”

Llegados este punto, también debemos referirnos de forma sucinta a los delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia.

El artículo 510. 1. a del CP²⁴ constituye un instrumento para combatir tanto el racismo

²² El artículo 173.1 párrafo primero del CP, establece que: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

²³ El artículo 510. 2. b, establece que: “2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o

discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. [...]”.

²⁴ El artículo 510. 1 del CP, establece que: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra

como la discriminación por cualquier motivo protegido. De esta forma el precepto castiga la incitación al odio, a la discriminación o a la violencia.

En este sentido tenemos que precisar que, a lo largo de los años, se ha ido imponiendo en las diversas legislaciones de los países europeos la necesidad de luchar contra estas conductas ilícitas, penando las conductas que inciten a la violencia, al odio o la discriminación. Y esto es así, dado a la exigencia que marca la normativa europea en la contienda contra el racismo y la xenofobia. De esta forma, dentro del marco normativo de la Unión Europea destaca la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Centrándonos en la legislación española, por un lado, se tipifica los delitos consistentes en expresiones incitadoras al odio, hostilidad, discriminación o violencia, como es el caso del artículo 510. 1. a. de nuestro CP y, por otro lado, se prevé agravar la pena para la comisión de delitos motivados por la discriminación.

En relación con la apología de los delitos de genocidio debemos de remitirnos al artículo 510. 1. c que tipifica los delitos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado.

El mismo precepto en su apartado 2. b, tipifica el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un colectivo, una parte

de este o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo A.

Para concluir, en relación con los delitos de genocidio y lesa humanidad, el Código Penal Español dedica un capítulo para este tipo de delitos, encontrándose su regulación en el artículo 607 y 607 bis del CP.

4. La prueba de los delitos de odio en el proceso penal.

En los delitos de odio, uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en el proceso penal radica en la dificultad de probar el motivo que ha llevado al infractor a la comisión del tipo delictivo, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito.

El principal problema que presenta el artículo 22. 4ª del CP a lo largo de los años es probar en el proceso la concurrencia de los elementos necesarios para que resulte viable aplicar el referido precepto. Por ello, resulta imprescindible la investigación policial en relación a la motivación del autor para concluir sobre la procedencia de aplicar el artículo 22. 4ª del CP, además de ser fundamental para la adopción de medidas cautelares para garantizar la integridad de las víctimas.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puso el acento en la necesidad, dentro de lo posible, que las

clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y

bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

autoridades policiales indaguen en la motivación del sujeto activo²⁵.

Un elemento de especial importancia, para la aplicación del artículo 22. 4^ª del CP sería que en el seno de la investigación policial se obtuviera la confesión del autor y su ulterior ratificación en sede judicial. Sin embargo, esta confesión no se suele obtener, tal y como arroja la práctica forense.

Por tanto, lo interesante de la cuestión es que la investigación policial aporte suficientes indicios sobre la motivación que hagan posible probar la concurrencia del odio discriminatorio, permitiendo a los fiscales formular acusación y a los jueces condenar por ello, es decir, que suponga prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia de todo justiciable reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Por ello resultan esenciales las primeras investigaciones realizadas por la policía²⁶.

Asimismo, también cabe mencionar, que las reglas de nuestro sistema penal hacen que en ocasiones resulte improcedente aplicar el artículo 22. 4^ª del CP, por lo que en cuanto a esta clase de prueba tendremos que tener en cuenta la jurisprudencia al respecto.

En este contexto, la prueba indiciaria requiere de un análisis adecuado de los diferentes indicios, que permitan concluir, que el sujeto cometió el delito motivado por el ánimo discriminatorio. Sobre la validez y requisitos de la prueba indiciaria como prueba de cargo nos centraremos más adelante.

Por tanto, el artículo 22. 4^ª del CP resultará aplicable cuando, fuera de la duda razonable, el autor hubiera cometido el delito motivado por el odio discriminatorio.

Por otro lado, conviene recordar que la falta de cifras y datos fiables por delitos que vienen motivados por el odio, hace que se produzca una falta de conciencia sobre la gravedad del problema no solo en la sociedad en general, sino también en aquellas personas que tienen la obligación legal de investigar estos delitos, las cuales en muchas ocasiones tienden a minimizar los hechos y, en consecuencia, se produce un menor castigo del delincuente.

Ello ocurre especialmente con la investigación y castigo de delitos leves, donde desde el primer momento no se profundiza en la motivación del delito y, en consecuencia, no se valora otros bienes jurídicos que pueden verse afectados, como la dignidad y la integridad moral de la víctima.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado de forma reiterada la obligación de los Estados de investigar en profundidad y de una forma eficaz todos los incidentes que puedan tener una motivación racista, xenófoba u otros motivos discriminatorios. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes sentencias:

1. Caso Nachova y otros contra Bulgaria, demandas nº 43577/98 y 43579/98, sentencia de la Gran Sala, Estrasburgo, 6 de julio de 2005.
2. Caso Moldovan y otros contra Rumanía, demandas nº 41138/98 y 64320/01.
3. Asunto Secic contra Croacia, 31 de mayo de 2007.
4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Beauty Salomon contra España, demanda nº 47159/08,

²⁵ LÓPEZ DÍAZ, Juan Antonio (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. pp. 1-518. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11312> (consultado el 17/12/2023).

²⁶ LUQUE JUÁREZ, José María, & Liz-Rivas, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en

la valoración policial del riesgo, en; "Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica". Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256.

sentencia, Estrasburgo, 24 de julio de 2012.

En esta última sentencia

«El Tribunal considera que, cuando investigan incidentes violentos las autoridades del Estado, tienen la obligación de tomar todas las medidas razonables para descubrir si existía una motivación racista y para establecer si los sentimientos de odio o los prejuicios fundados sobre el origen étnico han jugado un papel en los acontecimientos. Ciertamente es que es a menudo extremadamente difícil en la práctica probar la motivación racista. La obligación que el Estado tiene de investigar sobre las eventuales connotaciones racistas en un acto violento es una obligación de medios y no de resultados. [...] el Tribunal ha constatado que las autoridades españolas habían vulnerado el artículo 3 del Convenio en tanto que no habían conducido una investigación efectiva sobre el incidente. [...] El Tribunal toma nota de que en las demandas de 21 y 25 de julio de 2005 la demandante mencionaba los insultos racistas que habían sido proferidos por los policías [...] estos argumentos no han sido examinados por los tribunales encargados del asunto [...] sin efectuar una investigación más profunda sobre las actitudes pretendidamente racistas. [...] A la luz de los elementos de prueba proporcionados, el Tribunal estima que las decisiones adoptadas por las jurisdicciones internas no han tomado en consideración la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su calidad

de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las autoridades han faltado así a la obligación que les correspondía en virtud del artículo 14 de la Convención, combinado con el artículo 3 de tomar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria habría podido o no jugar un cierto papel en los acontecimientos».

Un problema que también se produce frecuentemente en los atestados de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad y en algunas ocasiones en las declaraciones que se obtienen en los juzgados es que se observa una ausencia de referencia a la motivación del autor en la comisión de las infracciones penales con contenido discriminatorio, limitándose a tramitar la agresión²⁷, el insulto, la coacción, etc., como cualquiera otra más.

La descripción de la motivación a través de los datos que se obtienen no solo de las declaraciones de víctimas o de implicados, sino también de la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía, debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o videográficos que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores, son de máxima importancia para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos y, en especial, para la apreciación de la agravante del art. 22.4 CP, todo ello, además, con importantes repercusiones en la posible adopción de medidas cautelares como la prisión provisional o la prohibición de acercamiento del autor a la víctima.

En este sentido, los policías y los jueces y fiscales deben contar con la suficiente formación para detectar un delito motivado por el odio o la discriminación y saber, por tanto, enfocar la investigación para su debida acreditación. Un déficit en la formación de

²⁷ Liz-Rivas, Lenny (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;"Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente " coord. Por Emilio José García Mercader,

Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.), Juan Jose Delgado Morán (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955.

estos profesionales en los conocimientos relativos al principio de igualdad y no discriminación, impide detectar con el rigor necesario los casos de discriminación y dar la respuesta adecuada, con la consiguiente frustración para las víctimas²⁸.

Y es que, tal y como avanzábamos anteriormente, la investigación de los delitos de odio debe ser detallada y minuciosa para averiguar con de forma inequívoca la motivación del hecho. En pocas ocasiones la motivación discriminatoria es evidente y no plantea problemas para ser detectada, por ejemplo, cuando los hechos constitutivos del delito implican el uso de palabras o símbolos que muestran dicha motivación y la víctima pertenece a un colectivo minoritario, o cuando el acusado admite que el delito fue motivado por sus prejuicios racistas, xenófobos, homófobos, etc.

Pero en muchas ocasiones la motivación discriminatoria no es obvia y, al tratarse de conductas definidas por su motivación, su naturaleza de delito de odio puede quedar enmascarada si, con ocasión de la investigación policial o judicial, no se llegan a detectar aquellos datos o indicios que revelan dicha motivación como origen y causa de la acción criminal.

En estos casos, el éxito depende de los conocimientos y las acciones emprendidas por el primer agente de policía que tuvo conocimiento de los hechos e inicia las primeras diligencias en el lugar de la escena de los hechos y realiza las primeras entrevistas con la víctima y los testigos presenciales de los hechos, entre otros. Las señales o indicadores que apuntan a la comisión de un delito de odio se basan en hechos objetivos, circunstancias o acciones del agresor que, bien de forma independiente, o bien en conjunción con otros hechos y circunstancias, sugieren a

través de la prueba indiciaria que el delito fue motivado por odio o discriminación.

2.1. La prueba indiciaria

Tal y como señala el Tribunal Supremo, en Sentencia 314/2015, de 4 de mayo, acreditar la motivación del autor al cometer el delito supone introducirnos en un terreno valorativo que, sin duda, se presta a la discrecionalidad; por tanto, nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios.

La prueba circunstancial o indirecta puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación, y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica y detallado expresamente en la sentencia condenatoria (SSTC 61/2005, 137/2005).

El valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) y el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2015, *que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia*.

El Tribunal Constitucional ha considerado como requisitos imprescindibles que los

²⁸ LUQUE JUÁREZ, José María, & Liz-Rivas, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; "Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica". Víctor Rodríguez González (dir), Ana

María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256.

indicios han de estar plenamente probados, debiendo ser plurales (pues su propia naturaleza periférica les priva de idoneidad para fundar por sí mismos la convicción judicial), aunque excepcionalmente se admite el indicio único cuando tenga singular potencia acreditativa o un significado especialmente relevante; los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y, sobre todo, que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y por último, es necesario que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

Más recientemente, lo ha explicado con detalle y claridad el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 598/2021 de 7 de Julio, Rec 10097/2021, al señalar que como requisitos a la hora de evaluar el alcance de la prueba indiciaria concurrente en el proceso penal es preciso que el Juez o Tribunal hagan referencia a cada una de las siguientes cuestiones en la sentencia para alcanzar el convencimiento de que los hechos han ocurrido tal cual se reflejan en la misma:

1. Se contó con indicios probados y no con meras "probabilidades".
2. El Tribunal explicó por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios que son reseñados.
3. La condena se ha fundado en la creencia del Tribunal de que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que explican con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.

4. Existe una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria".
5. Se relacionan los indicios con detalle en la sentencia.
6. Los indicios reúnen el requisito de la pluralidad. Se explicitan en la sentencia.
7. El Tribunal ha explicado no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido.
8. En la explicación del Tribunal los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación, que en este caso se ha expuesto.
9. Existe en la explicación dada en la sentencia un enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.
10. Queda plasmado el proceso deductivo que lleva a cabo el Tribunal en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia.
11. La inducción o inferencia es razonable, es decir, que no solamente no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia.
12. Los indicios expuestos mantienen una correlación de forma tal que forman una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción.
13. Existe una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios.

A mayor abundamiento, podemos citar una serie de parámetros que, sin exigencia de agotamiento y concurrencia en su totalidad, se pueden tener en cuenta para que la prueba de indicios permita validar la presencia de prueba de cargo. Es importante tener en cuenta que en este caso se trata de parámetros o consideraciones de referencia que no es preciso que concurren todos, sino que son criterios recogidos por el propio Tribunal Supremo que han sido recopilados en la sentencia 532/2019, de 4 de noviembre, con la siguiente denominación:

“Reglas o principios para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria”.

De lo expuesto podemos concluir y relacionar los siguientes principios o reglas que es preciso tener en cuenta para admitir que los indicios concurrentes y relacionados por el Tribunal son suficientes para dictar sentencia condenatoria:

1. No pueden confundirse los indicios con las sospechas. Para enervar la presunción de inocencia debemos contar con indicios probados y no con meras "probabilidades" de que el hecho haya ocurrido como señala la acusación. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.
2. El Juez o Tribunal no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo. No se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que "expliquen" por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad.

3. La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que "creen" que los hechos ocurrieron como relatan, sino que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que deben explicar con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.
4. Se exige del Tribunal una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria". Así, en la operación deductiva deberán señalarse:
 - a.- En primer lugar, cuáles son los indicios probados, y
 - b.- En segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.
5. Elementos y requisitos en la prueba indiciaria:

Elementos:

- 1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho.
- 2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él.
- 3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

Requisitos:

- 1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número (STS de 22 de julio de 1987), y con ello se niega cualquier posibilidad de que un indicio aislado pudiera servir para construir una presunción.
- 2) Que esta pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba

directa. Construir una inferencia sobre meras afirmaciones de parte sería tan peligroso como arbitrario. Se precisa objetividad.

- 3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, y
- 4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.
- 5) Es el proceso deductivo se aplican las máximas de experiencia, que se trata de "reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos" (STS 1159/2005, de 10 de octubre).
6. La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que está es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

Es preciso que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. (STS 506/2006, de 10 de mayo).

7. Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación para que el acusado sepa por qué se le condena en ausencia de prueba indiciaria. Esa

evocación ideal de la relación entre los hechos -indicio y *thema probandum*-, es lo que permite inferir un término a partir de la comprobación del otro. En otros términos, se trata del "Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios" (STS de 18 de enero de 1995).

8. Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es "arbitrario, absurdo o irracional".
9. La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia. Si el enlace no es ni lógico ni racional, y por supuesto basado en prueba directa que acredita los indicios o afirmaciones base, no puede llegarse a la afirmación consecuencia.
10. Cuando el Tribunal "suma" los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, "certeza subjetiva", que lleva a la "convicción judicial", y ésta dimana de un pensamiento lógico y racional, es decir, que no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador Sentenciador, basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral.
11. La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Que sea lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar. No es una sentencia de "sospechas", sino de

convicciones respecto a que la suma de indicios determinan y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.

12. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos
13. El proceso deductivo que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.
14. La inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.
15. Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.
16. Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta. La puerta procesal que abre este posible control de la razonabilidad del discurso es la posible

vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Pero ello no se hace invadiendo la inmediación en la valoración de la prueba, sino por la vía del juicio de racionalidad del discurso recogido por el Tribunal.

Es perfectamente revisable, mediante recurso de casación y mediante demanda de amparo, el "convencimiento judicial". Esto no quiere decir que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional vayan a revisar las pruebas practicadas ante el órgano sentenciador. Sin embargo, esta Sala del Tribunal Supremo sí que tiene acceso a la Sentencia dictada por el órgano sentenciador, y puede acceder a la motivación plasmada en ella, pudiendo valorar si esta motivación es lógica y racional, o si por el contrario es absurda, ilógica e irracional, y por lo tanto, podrán pronunciarse sobre si el órgano jurisdiccional sentenciador aplicó o no aplicó correctamente la teoría de la prueba de indicios.

El criterio de revisión de esta Sala es, por consecuencia, sólo respecto a la motivación de la condena por los indicios, y si es absurda, ilógica e irracional, pero sin poder entrar en valoración de prueba y la redacción de un indicio si ello afecta a la valoración de prueba.

17. El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse:
 - a.- Tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él),
 - b.- Como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues,

razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

Si bien son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

18. Puede hablarse, así, de dos tipos de irracionalidad distintos que merecen tratamiento separado.

a.- La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo.

Las deducciones realizadas por el juzgador de instancia no tienen que resultar arbitrarias, incoherentes, descabelladas o absurdas, sino lógicas y razonables según el buen sentido y el recto razonamiento" (STS de 8 de marzo de 1994). Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias" (STS 151/2010, de 22 de febrero). La inferencia es incoherente, absurda y descabellada cuando un indicio se pretende subsumir en una máxima de experiencia en la que no tiene cabida o cuando se emplea una máxima de experiencia que resulta manifiestamente errónea. En definitiva, cuando el hecho presunto "no fluye o se deduce naturalmente de aquellos hechos-base" (STS 19/2009, de 7 de enero).

b.- La falta de conclusividad.

Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STS 631/2007, de 4 de julio).

20. La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada. "En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante". (STS 151/2010, de 22 de febrero).

Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo.

Esta sentencia ha sido comentada por Rodríguez Monserrat²⁹, señalando que: "La meritada sentencia ha supuesto un punto de inflexión en el conocimiento y aplicación de la prueba indiciaria aportando un análisis contundente, claro y conciso sobre todos sus elementos,

Por lo tanto, se reducen las posibilidades de que se cometa un error por parte de los tribunales y, por ende, que se pueda justificar

²⁹ RODRIGUEZ MONSERRAT, Manuel (2020), La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia

532/2019, de 4 de noviembre, en Diario La Ley, Nº 9674, Sección Doctrina. Wolters Kluwer.

la especial transcendencia constitucional en la vía de amparo. A pesar de que en los requisitos del citado concepto jurídico indeterminado adquiere especial relevancia la casuística de cada caso concreto (ortega Gutierrez, 2010, pag. 510), la claridad con la que se han elaborado las reglas de indicios reducirán los casos de irracionalidad en la convicción de los tribunales”.

2.2. Indicios más comunes en los delitos de odio.

En los delitos de odio existen una serie de indicios muy particulares y bastante frecuentes³⁰, en orden a la acreditación de la motivación delictiva, los cuales deben ser debidamente recopilados por la policía e incorporados al atestado policial, con el fin de dotar a fiscales de los suficientes indicios racionales de criminalidad que permitan formular acusación y, en su caso, los jueces puedan fundamentar condenas. Entre estos indicios cabe destacar:

- La percepción de la víctima. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), la sola percepción o sentimiento por parte de la víctima de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista o xenófobo debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar la naturaleza racista o xenófoba de dicho delito.
- La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritarios por motivos étnicos, raciales, religiosos, de orientación o identidad sexual, discapacidad, etc.
- Discriminación por asociación: la víctima puede no ser miembro del grupo objetivo, pero puede ser un activista en solidaridad con el colectivo. Se trata de víctimas que sin pertenecer a un colectivo minoritario son deliberadamente escogidas por su relación con él.
- Las expresiones o comentarios racistas, xenófobos u homófobos que profiera el autor/es al cometer los hechos.
- Los tatuajes o la ropa que lleve puesto el autor de los hechos y que en muchas ocasiones serán, por su simbología relacionada con el odio, muy gráficos para acreditar el perfil del autor y la motivación del delito.
- La propaganda, estandartes, banderas, pancartas, etc., de carácter ultra que pueda llevar el autor de los hechos o que puedan encontrarse en su domicilio si es registrado.
- Los antecedentes policiales del sospechoso por haber participado en hechos similares o por haber sido identificado anteriormente en la asistencia a conciertos de carácter neonazi, asistencia a conferencias, reuniones o manifestaciones de carácter ultra caracterizadas por su hostilidad a colectivos minoritarios.
- El incidente en ocasiones ha ocurrido cerca de un lugar de culto (p. ej., una sinagoga o una mezquita), un cementerio (p. ej., en la parte musulmana) o un establecimiento de un grupo considerado minoritario en la vecindad (p. ej., a la salida de un bar de ambiente gay).
- La relación del sospechoso con grupos ultras del fútbol.
- La relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra colectivos de inmigrantes, musulmanes, judíos, homosexuales, etc.
- Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.
- Si los hechos ocurren con motivo u ocasión de una fecha significativa para la comunidad o colectivo de destino, (p. ej., un viernes, día de la oración para

³⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT,

Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 319-323

musulmanes, o un sábado para los judíos, o el día del orgullo gay, etc.).

- Si los hechos ocurren en un día, hora o lugar en el que se conmemora un acontecimiento o es un símbolo para el delincuente (p. ej., 20 de abril, día del cumpleaños de Hitler).
- La aparente gratuidad de los hechos, particularmente si son violentos y la víctima pertenece a un colectivo minoritario. Cuando tengamos una agresión o unos daños intencionados que no tienen otra explicación verosímil y la víctima pertenece a un colectivo minoritario por su origen, etnia, religión, orientación sexual, el color de su piel o sus rasgos físicos, es altamente probable que tengamos delante un delito de odio y que la motivación real encubierta sea la animadversión a la víctima por su pertenencia o relación con dicho colectivo.

Para una correcta investigación en los delitos de odio, estos indicios u otros de análoga significación deben quedar claramente plasmados en el correspondiente atestado policial, recogiendo de forma literal las expresiones proferidas por el denunciado en las declaraciones de la víctima y/o testigos, aportando informes fotográficos de su ropa y tatuajes y recopilando toda la información que esté al alcance de la policía.

5. Conclusiones

Aunque resulte difícil de apreciar, es evidente que el odio, la ira y la agresividad se han convertido en un verdadero problema en la sociedad, que conducen a la práctica de determinados delitos, que provocan en la víctima un perjuicio emocional y favorecen la vulneración de los derechos fundamentales y estigmatización de determinadas personas y colectivos de nuestra sociedad.

El discurso del odio, expresión que se refiere a la incitación a la discriminación y violencia por motivos de odio racial, xenofobia, etc... está presente tanto en España como en el resto de los países de Europa.

El concepto de delitos de odio está estrechamente vinculado a otras figuras, si bien se ha producido una regulación de esta materia por el legislador en el Código Penal español, tomando como referente el marco normativo europeo. No obstante, la normativa encuentra su límite en la libertad de expresión, por ello, el legislador ha de tipificar las conductas desviadas de la norma motivadas por el odio y la discriminación sin conculcar, por ende, el derecho a la libertad de expresión.

En los delitos de odio, uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en el proceso penal radica en la dificultad de probar el motivo que ha llevado al infractor a la comisión del tipo delictivo, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito.

Por ello, la investigación policial debe aportar suficientes indicios sobre la motivación que hagan posible probar la concurrencia del odio discriminatorio, permitiendo a los fiscales formular acusación y, en su caso, a los Jueces y Tribunales condenar por ello, es decir, que suponga prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia de todo justiciable reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Se considera prueba suficiente la prueba de cargo obtenida por indicios, la llamada prueba indiciaria, si bien esta prueba debe cumplir los rigurosos requisitos establecidos a través de la jurisprudencia.

Por último, debemos preguntarnos si la mejor lucha contra este tipo de delitos debiera comenzar por inculcar el respeto y la tolerancia hacia los demás. En este sentido, se llevan a cabo por las instituciones diferentes campañas para mitigar los estereotipos y la intolerancia, pues sólo a través de la educación y la formación será posible combatir el discurso del odio.

Referencias

VAN ACCEM. Conócenos. Recuperado de: <https://www.accem.es/conocenos/>

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA). ¿Qué hace la FRA?. https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra_es
- CÁMARA ARROYO, Sergio, (2017) “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX.
- CABO ISASI, Alex; GARCÍA JUANATEY, Ana, (2016). El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión. *Ajuntament de Barcelona*. https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf (consultado 13/12/2023).
- Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, num. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- DELGADO-MORÁN, Juan. José, y LIZ-RIVAS, Lenny. (2022) Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343. Mai./Ago. 2022. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. (2020). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio en *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis. (2017). “El odio como delito” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 19-27 (2017) pp. 1-52. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel. (2015). Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.
- LÓPEZ DÍAZ, Juan Antonio (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. 2012. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. pp. 1-518. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11312>.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 101, de 28 de abril de 2015.
- Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 15/2022, de 12 de julio de 2023, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Boletín Oficial del Estado, núm. 167, de 13 de julio de 2022.
- LIZ-RIVAS, Lenny (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;“Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente “ coord. Por Emilio José García Mercader, Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.).
- LIZ-RIVAS, Lenny y PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. (2023) La violencia y agresión a las personas durante la Tercera Edad, *Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención*. Dykinson. pp. 101-122. <https://doi.org/10.14679/2709>
- LUQUE JUÁREZ, José María, y LIZ-RIVAS, Lenny,(2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica”. Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- NACIONES UNIDAS. “Cambios demográficos”. <https://www.un.org/es/un75/shifting->

demographics (consultado el 12 de diciembre de 2023).

NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. ÓRGANO DE TRATADOS. No discriminación: .10/11/89. CCPR Observación General 18 (37º período de sesiones, 1989).
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Cultura.
<https://www.unesco.org/es/culture>

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).
<https://www.osce.org/es>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española.
<https://dle.rae.es/odio#otras>

PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. y LIZRIVAS, Lenny. (2022). El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en *Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención*. Dykinson. pp. 91-102.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv36k5cdb.13>

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015.

RODRIGUEZ MONSERRAT, Manuel. (2020), La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre, en Diario La Ley, Nª 9674, Sección Doctrina. Wolters Kluwer.