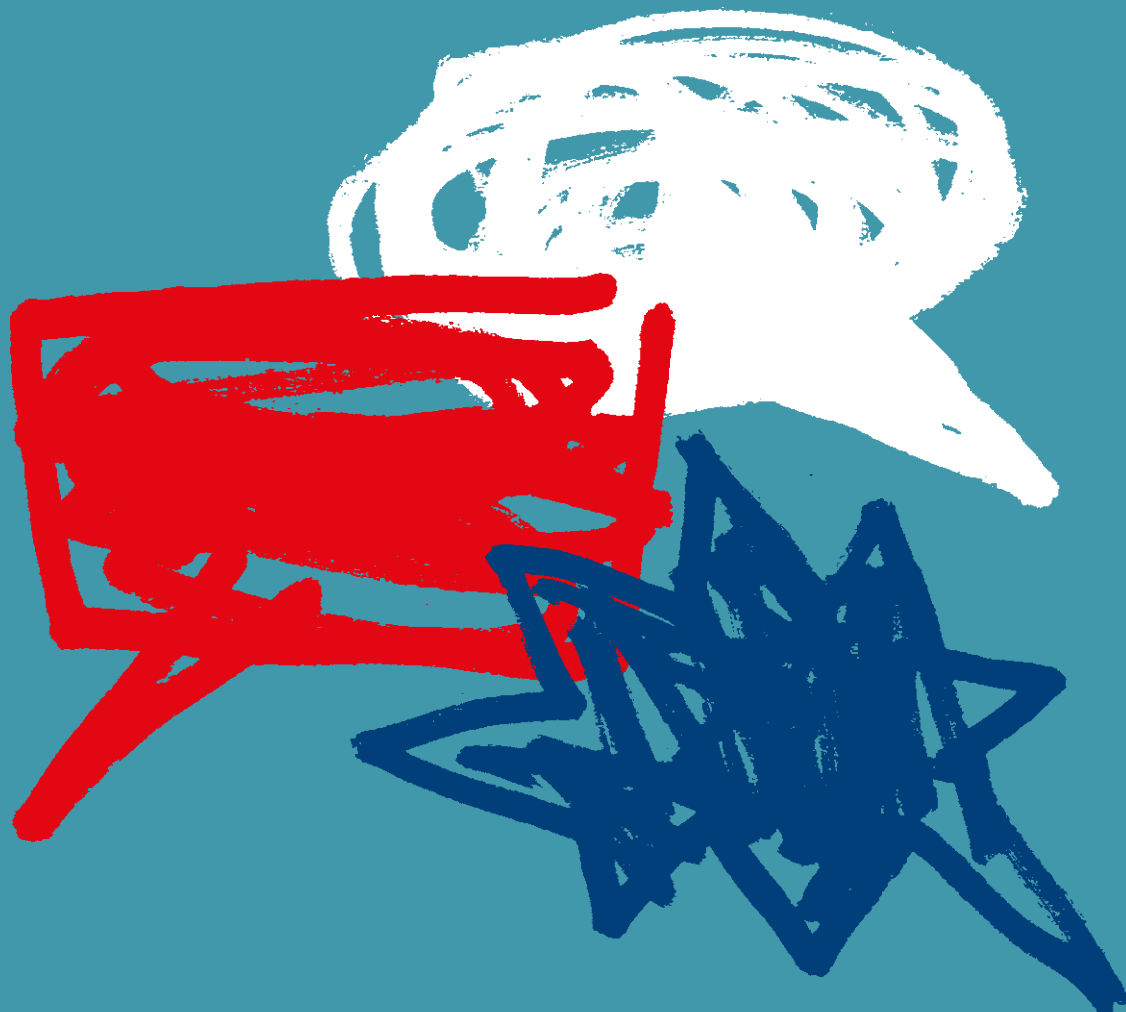




El procesamiento de los delitos de odio en la intersección entre los delitos de odio y el «discurso de odio» penalizado

GUÍA PRÁCTICA



osce
ODIHR

El procesamiento de los delitos de odio en la intersección entre los delitos de odio y el «discurso de odio» penalizado:

GUÍA PRÁCTICA



***El procesamiento de los delitos de odio en la intersección
entre los delitos de odio y el «discurso de odio»
penalizado: Guía práctica***

Varsovia, 2025

OSCE/OIDDH

Publicado por la Oficina de Instituciones Democráticas
y Derechos Humanos (OIDDH) de la Organización para
la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)
ul. Miodowa 10
00-251 Varsovia, Polonia

www.osce.org/odihr

© OSCE/OIDDH 2025 Todos los derechos reservados.

El contenido de esta publicación puede ser utilizado
y copiado libremente para fines educativos y otros fines
no comerciales, siempre que dicha reproducción vaya
acompañada del reconocimiento de la OSCE/OIDDH
como fuente.

ISBN: 978-92-9271-450-5

Diseñado por Homework



Agradecimientos

El desarrollo de esta guía contó con el apoyo de **Joanna Perry**, consultora internacional en delitos de odio y redactora principal. Se ha basado en entrevistas individuales realizadas a lo largo de 2023 y reuniones de consulta celebradas en febrero y junio de 2024 en Varsovia, así como en una revisión por homólogos del borrador del texto. La ODDH desea agradecer la participación y contribución de **Edo Sujoldžić**, oficial jurídico nacional, Misión de la OSCE en Bosnia y Herzegovina; **Alexandre François**, fiscal adjunto y magistrado referente sobre discriminación, Fiscalía de Lieja, Bélgica; **Aleš Gíão Hanek**, experto internacional en delitos de odio; **Eszter Polgári**, directora del programa jurídico de la Sociedad Háttér, Hungría; **Michael Wiener**, oficial de derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; **Juha-Mikko Hämäläinen**, fiscal de distrito jubilado, Finlandia; **Eleanor Farrow**, asesora superior de política de la Dirección de Estrategia y Políticas sobre Delitos de Odio, Fiscalía General de la Corona, Reino Unido; **Kalliopi Theologitou**, fiscal adjunta del Tribunal de Apelación, Atenas, Grecia; **Maciej Młynarczyk**, fiscal, Fiscalía de Distrito de Varsovia, Polonia; **Lasha Mchedlishvili**, fiscal, Fiscalía General de Georgia; **Aleksandar Markoski**, fiscal, Fiscalía de la República de Macedonia del Norte; **María Teresa Verdugo Moreno**, fiscal delegada de delitos de odio, Fiscalía de Málaga, España; **Marta Marquina Bertrán**, Unidad de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía General del Estado, España; **Melissa Sonnino**, directora de la Red Facing Facts, CEJI; **Klára Kalibová**, directora de In iustitia, República Checa.

La guía también ha sido revisada por representantes de la Comisión Europea, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Consejo de Europa, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Contenido

Introducción	7
Antecedentes	11
Por qué es importante esta guía	11
Cómo utilizar la guía	15
1. Los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito: diferencias conceptuales	17
1.1 Delitos de odio	17
1.2 El «discurso de odio» penalizado	18
1.3 Implicaciones prácticas	19
2. Disposiciones legales relativas a los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito	28
2.1 Procesamiento por delitos de odio	28
2.2 Disposiciones legales relativas al «discurso de odio» tipificado como delito	32
2.3 Delitos en la intersección	40
3. El árbol de decisiones del fiscal	47
4. Ejemplos de procesamiento en la práctica	58
4.1 Aplicación de las disposiciones sobre el «discurso de odio» para procesar los delitos de odio	58
4.1.1 Caso 1	58
4.1.2 Caso 2	62

4.2	Utilización de las disposiciones sobre «discurso de odio» penalizado en ausencia de disposiciones pertinentes sobre delitos de odio	65
4.2.1	Caso 3	66
4.3	Casos mixtos: incidentes que incluyen delitos de odio y de «discurso de odio»	68
4.3.1	Caso 4	68
4.4	Abordar las vejaciones verbales y los actos de habla en la frontera entre el delito de odio y el «discurso de odio»	72
4.4.1	Caso 5	72
4.4.2	Caso 6	75
5.	Acceso a la justicia e implicaciones para el apoyo a las víctimas	80
5.1	Derecho a una investigación efectiva	81
5.2	Acceso al apoyo	82
5.3	Acceso a los derechos de participación	83
6.	Elaboración de datos y políticas	84
7.	Recomendaciones	86
Anexo: Normas y recursos internacionales sobre el «discurso de odio» penalizado		89

Introducción

La Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) es la principal institución de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) responsable de la dimensión humana y tiene el mandato de prestar asistencia a los Estados participantes en sus esfuerzos por cumplir sus compromisos en el ámbito de los delitos de odio¹. Con este fin, la OIDDH ha diseñado y puesto en práctica programas y recursos de creación de capacidades y asistencia práctica para las fuerzas de seguridad, los fiscales y la sociedad civil. Estos programas apoyan un enfoque integral para responder a los delitos de odio en beneficio de las víctimas y las comunidades en toda la región de la OSCE².

En el curso de su trabajo³ sobre los delitos de odio, la OIDDH ha constatado cierto desconocimiento de los profesionales sobre la correcta aplicación de las leyes de delitos de odio, como lo demuestra la aplicación errónea de las leyes sobre el «discurso de odio» para el procesamiento de delitos de odio.

Esta guía complementa las orientaciones existentes de la OIDDH sobre el procesamiento de los delitos de odio de la siguiente manera:

- Expone las diferencias jurídicas y conceptuales entre los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito.
- Expone las consecuencias de aplicar erróneamente las disposiciones sobre el «discurso de odio» para procesar los delitos de odio, proporcionando orientación práctica sobre cómo evitarlo.
- Formula recomendaciones sobre cómo mejorar la práctica procesal a nivel nacional.

1 Decisión N.º 9/09 del Consejo Ministerial, «Lucha contra los delitos de odio», OSCE, Atenas, 2 de diciembre de 2009; Decisión N.º 4/03 del Consejo Ministerial, «Tolerancia y no discriminación», OSCE, Maastricht, 2 de diciembre de 2003. Para una descripción completa del mandato de la OIDDH y de los Compromisos pertinentes de la OSCE, véase [aquí](#). [documentos en inglés]

2 Formación policial contra los delitos de odio (TAHCLE), OSCE/OIDDH, 4 de octubre de 2012; Formación para fiscales sobre los delitos de odio (PAHCT), OSCE/OIDDH, 29 de septiembre de 2014; Formación para la sociedad civil sobre los delitos de odio, página web de la OSCE/OIDDH para los informes sobre delitos de odio; Herramientas para la información sobre delitos de odio (INFAHCT), OSCE/OIDDH, 29 de agosto de 2018; Proyecto de mejora del apoyo a las víctimas de delitos de odio (ESTAR), OSCE/OIDDH, 1 de enero de 2020 a 30 de abril de 2022. [documentos en inglés]

3 En particular, el informe anual sobre delitos de odio de la OIDDH y los programas TAHCLE, PAHCT, INFAHCT y ESTAR. [documento en inglés]

La publicación no proporciona orientación sobre cómo tratar los casos individuales de cualquier forma de «discurso de odio» penalizado, ni sugiere qué formas de comportamiento deberían tipificarse como delito.

Los **delitos de odio** son infracciones penales cometidas con un motivo de prejuicio⁴. Se produce un delito de odio cuando el autor ataca intencionadamente a una persona o a un bien debido a uno o varios rasgos de identidad, como la «raza»⁵, el idioma, la religión o las creencias, la etnia, la nacionalidad, el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad u otro rasgo común que sea fundamental para la identidad, o cuando expresa hostilidad hacia estos rasgos de identidad durante el delito. También pueden ser objeto de delitos de odio las personas o los bienes asociados a un grupo, o percibidos como miembros del mismo, que comparten una seña de identidad, como los defensores de los derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con un grupo determinado o lo representan, los centros comunitarios o los lugares de culto⁶.

No existe una definición internacionalmente acordada de «**discurso de odio**», pero diversas organizaciones intergubernamentales han proporcionado orientación sobre los elementos fundamentales del fenómeno, que puede abarcar una amplia gama de actos delictivos y no delictivos⁷. Los Estados participantes de la OSCE han condenado el «discurso de odio» y el discurso intolerante⁸, incluido el discurso público racista, xenófobo y discriminatorio⁹, y han hecho hincapié en la necesidad de pronunciarse contra los actos y manifestaciones de odio¹⁰.

4 OSCE, *Decisión N.º 9/09 del Consejo Ministerial*. [documento en inglés]

5 El uso del término «raza» en esta guía no implica que la OSCE/OIDDH suscriba ninguna teoría basada en la existencia de diferentes razas. Se trata de un término ampliamente utilizado en las normas internacionales de derechos humanos, así como en la legislación nacional. Esta guía utiliza el término para garantizar que las personas que son percibidas erróneamente como pertenecientes a otra «raza» estén protegidas contra los delitos de odio.

6 Sitio web del *informe sobre delitos de odio de la OSCE/OIDDH*. [documento en inglés]

7 Véase, por ejemplo, la *Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio* (18 de junio de 2019), que define el discurso de odio como «**cualquier forma de comunicación** de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un **ataque** o utilice lenguaje **peyorativo** o **discriminatorio** en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad» [negritas de la OIDDH]; y la *recomendación CM/Rec (2022)16* del Consejo de Europa, de 22 de mayo de 2022, sobre la lucha contra las expresiones de odio, apéndice a la recomendación, párr. 2: «A los efectos de esta Recomendación, se entiende por discurso de odio todo tipo de expresión que incite, promueva, difunda o justifique la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o grupo de personas, o que los denigre, por razón de sus características o estatus personales, reales o atribuidos, como la «raza», el color, la lengua, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, la edad, la discapacidad, el sexo, la identidad de género y la orientación sexual». [documentos en inglés]

8 *Decisión N.º 6/02 del Consejo Ministerial, «Tolerancia y no discriminación»*, OSCE, Oporto, 7 de diciembre de 2002. [documento en inglés]

9 *Decisión N.º 13/06 del Consejo Ministerial, «Combatir la intolerancia y la discriminación y promover el respeto y la comprensión mutuos»*, OSCE, Bruselas, 5 de diciembre de 2006. [documento en inglés]

10 *Decisión N.º 10/05 del Consejo Ministerial, «Tolerancia y no discriminación: Promover el respeto y la comprensión mutuos»*, OSCE, Liubliana, 6 de diciembre de 2005. [documento en inglés]

Además, el derecho internacional de los derechos humanos no proporciona una definición jurídica universal de «discurso de odio». La penalización del «discurso de odio» está estrictamente limitada por la obligación de equilibrar el derecho a la igualdad y a la no discriminación con el derecho a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹ (PIDCP) y el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹². La incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia por motivos nacionales, raciales o religiosos está proscrita por el artículo 20, apartado 2, del PIDCP¹³, por el artículo 4, letra a), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁴, el artículo 1 de la decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (decisión marco de la Unión Europea)¹⁵ y la recomendación del Consejo de Europa sobre la lucha contra el «discurso de odio»¹⁶. Los textos de estas normas figuran en el anexo.

Tanto los delitos de odio como el «discurso de odio» atacan contra la dignidad de sus víctimas y crean un entorno hostil y degradante para los grupos marginados. Esta guía pretende ayudar a los fiscales a distinguir entre los delitos de odio y las formas tipificadas de «discurso de odio», de modo que puedan seleccionar la calificación correcta para el delito correcto. Este es un principio fundamental para defender tanto el derecho a una solución efectiva para las víctimas como el derecho a la seguridad jurídica para los acusados.

Esta guía es especialmente importante porque, a diferencia del «discurso de odio» tipificado como delito, los delitos de odio (y los instrumentos jurídicos para abordarlos) son menos visibles para los cuerpos policiales y las fiscalías. Esto se debe a tres razones fundamentales:

- En primer lugar, en muchos países, los delitos que penalizan el «discurso de odio», como la incitación a la violencia y al odio, están bien establecidos y se entienden como declaraciones fundacionales contra algunas de las amenazas más graves a las democracias pluralistas y a la paz y la seguridad. Estos delitos suelen ser relativamente visibles en los códigos penales y llevan más tiempo establecidos que los que abordan

11 [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (PIDCP), Resolución 2200A (xxi) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. [documento en inglés]

12 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950. [documento en inglés]

13 Organización de las Naciones Unidas, PIDCP.

14 [Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial](#) (CIEDR), Resolución 2107 (xx) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de diciembre de 1965. [documento en inglés]

15 [Decisión marco 2008/913/JAI](#) del Consejo Europeo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, 28 de noviembre de 2008. [documento en inglés]

16 [Recomendación sobre la lucha contra el discurso de odio](#), Consejo de Europa, CM/Rec (2022) 16, 20 de mayo de 2022. [documento en inglés]

los delitos de odio. También se entienden como una parte integral de los conceptos nacionales de delitos de odio de muchos países y no se distinguen de los delitos de odio *per se* en las políticas y planes de acción nacionales.

- En segundo lugar, los delitos de odio como fenómeno son menos visibles, porque muchas víctimas no denuncian los hechos a la policía, tal como se ha demostrado reiteradamente¹⁷. Por el contrario, el «discurso de odio» suele ser público y, por tanto, es más probable que se identifique y denuncie.
- En tercer lugar, desde un punto de vista práctico, las disposiciones más comunes sobre delitos de odio —aumentos generales de las penas— son menos visibles para los profesionales, ya que suelen figurar en una parte general de los códigos penales y no tipifican un delito sustantivo. Por tanto, no se incluyen en la acusación y se invocan en la fase de sentencia, lo cual reduce la posibilidad de que sean aplicadas por los tribunales¹⁸. Las disposiciones más comunes que penalizan el «discurso de odio» adoptan la forma más ostensible de delitos específicos o sustantivos en el código penal, por lo que las fuerzas policiales y las fiscalías las conocen mejor.

Además, en algunas jurisdicciones, las distinciones conceptuales entre los delitos de odio y el «discurso de odio» pueden percibirse como poco importantes, porque ambas son formas penalizadas de odio en la legislación nacional y, por lo tanto, ambas se entienden como delitos de odio. En otros países, la distinción reviste una importancia capital, porque las protecciones constitucionales de la libertad de expresión prohíben la criminalización de la expresión pura en casi cualquier forma.

Basándose en ejemplos de leyes y prácticas de toda la región de la OSCE, esta guía pretende apoyar el procesamiento eficaz, justo y cualificado de los delitos de odio, en particular cuando se entrecruzan con el «discurso de odio» tipificado como delito, reforzando en última instancia el acceso a la justicia, la seguridad y el apoyo a las víctimas y la seguridad jurídica de los acusados. Complementa las publicaciones existentes de la ODDH a las que se hace referencia a lo largo del texto.

17 Véase, por ejemplo, [Prácticas de registro y recopilación de datos sobre delitos de odio en la Unión Europea](#), Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 21 de junio de 2018. [documento en inglés]

18 Cuando se utilizan aumentos generales de pena para castigar los delitos de odio, la cuestión del motivo de prejuicio suele considerarse cuando se condena al autor. Para una explicación y discusión de los incrementos generales de pena, véase la sección 2.1.3 de esta guía y [Leyes sobre delitos de odio: Guía práctica, edición revisada](#), OSCE/ODDH, 23 de septiembre de 2022, p. 59. [documento en inglés]

ANTECEDENTES

En 2023, la OIDDH llevó a cabo un ejercicio de mapeo, con la participación de fiscales, responsables políticos y abogados que trabajan directamente con víctimas de delitos de odio, que documentó sus desafíos compartidos y constató una necesidad apremiante de orientación práctica y formación. Durante un taller celebrado en febrero de 2024, fiscales y abogados con experiencia en la representación de víctimas de delitos de odio presentaron diversos casos ilustrativos, detallando las consideraciones prácticas y conceptuales que esta guía debería abordar.

En junio de 2024, la OIDDH organizó una consulta final con representantes de organismos intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales, en reconocimiento del aumento de la cooperación en este ámbito y de la importancia de alinear los enfoques a nivel internacional. Durante el taller, se recabaron distintas opiniones, y los participantes debatieron y acordaron cómo crear sinergias y coordinar las actividades de creación de capacidades y supervisión en el ámbito de la lucha contra los delitos de odio.

POR QUÉ ES IMPORTANTE ESTA GUÍA

Aunque el papel y el estatus de los fiscales varía enormemente entre los Estados participantes de la OSCE, en todas las jurisdicciones los fiscales ocupan una posición clave en el sistema de justicia penal y asumen atribuciones y responsabilidades considerables¹⁹. Los fiscales son fundamentales para defender el estado de derecho y proteger los derechos humanos. A la hora de determinar si debe procederse a un procesamiento, y con qué cargos, los fiscales deben tener en cuenta las pruebas que califican la gravedad de un delito. La identificación y la recopilación de pruebas de un motivo de prejuicio son cruciales para estas decisiones, y se ha determinado que no actuar sobre la base de dichas pruebas infringe las normas de derechos humanos²⁰. Por ejemplo, en el caso *Lakatošová y Lakatoš contra Eslovaquia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que es obligación del fiscal ordenar la investigación para recopilar pruebas de un motivo de prejuicio y garantizar la calificación jurídica adecuada. El TEDH concluyó que lo contrario contravendría el artículo 2 y el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹. Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostuvo que las sanciones penales que carecen de una

19 El estatuto y el papel de los fiscales, Guía de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Asociación Internacional de Fiscales, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2014. [documento en inglés]

20 *Nachova y otros contra Bulgaria*, demandas núm. 43577/98 y 43579/98, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 6 de julio de 2005, §§ 160 y ss.; *Desenmascarar el motivo de prejuicio en los delitos: casos seleccionados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 27 de noviembre de 2018. [documento en inglés]

21 *Lakatošová y Lakatoš contra Eslovaquia*, solicitud n.º 655/16, TEDH, 11 de diciembre de 2018. [documento en inglés]

consideración explícita del motivo de prejuicio del acusado vulneran el derecho a una protección y unas soluciones efectivas contra la discriminación²².

Los fiscales también desempeñan un papel clave en la coordinación con la policía para garantizar una investigación eficaz, y en el apoyo a los tribunales para que consideren la naturaleza del delito del que se trate y los factores agravantes de la pena, como el motivo de prejuicio. Para las víctimas, los fiscales desempeñan un papel esencial para determinar las necesidades derivadas de ser objeto de odio u hostilidad, como el apoyo emocional, psicológico o práctico, y adaptaciones específicas a la hora de acceder a sus derechos de participación.

El procesamiento eficaz de los delitos de odio y «discurso de odio» requiere un conocimiento profundo de la legislación nacional y coherencia en la calificación adecuada. La claridad conceptual sobre el «discurso de odio» y los delitos de odio refuerza la coherencia de las respuestas a nivel nacional, y a su vez se ve reforzada por ésta. Por su posición en el proceso de justicia penal —entre las fases de investigación y fallo—, los fiscales pueden desempeñar un papel determinante para garantizar esta coherencia, al fundamentar la investigación, así como para seleccionar correctamente los cargos y recalificarlos en caso necesario. Este enfoque también recalca la importancia de una respuesta integral a los delitos de odio a nivel nacional y favorece la coherencia conceptual y las sinergias a nivel de la cooperación internacional.

Las disposiciones sobre el «discurso de odio» tipificado como delito pueden aplicarse incorrectamente para enjuiciar casos de delitos de odio cuando la legislación nacional sobre delitos de odio es incompleta o deficiente, por ejemplo, cuando sólo se dispone de una disposición general de agravante de la pena para reconocer el motivo de prejuicio, cuando la formulación de las disposiciones no está clara o cuando sólo se incluyen algunas características protegidas. Varios Estados participantes de la OSCE tienen importantes lagunas en sus disposiciones sobre delitos de odio, lo que reduce el abanico de herramientas disponibles para el fiscal a la hora de tratar los casos de delitos de odio²³. Ciertas disposiciones, como los incrementos generales de la pena²⁴, pueden pasarse por alto, porque los fiscales no las conocen o no saben cómo ni cuándo invocarlas, o porque no tienen los conocimientos y habilidades para demostrar al tribunal cómo se aplican estas disposiciones al caso en cuestión. Los jueces también pueden desconocer la existencia de los incrementos de pena aplicables y, por tanto, no aplicarlos en los casos pertinentes. En estos contextos, las disposiciones que tipifican como delito el «discurso de odio» y comprenden delitos sustantivos, como la incitación

22 *Belemvire contra República de Moldavia*, CERD/C/94/D/57/2015, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 26 de octubre de 2018, §§ 7.3-8. [documento en inglés]

23 Por ejemplo, en el ciclo de informes sobre delitos de odio de 2022 de la OIOPDH, se asignó a diez Estados una observación clave relativa a la mejora de su legislación sobre delitos de odio.

24 Los aumentos generales de pena son disposiciones que se aplican a todas las infracciones penales que no incluyen ya el prejuicio como uno de los elementos constitutivos. Véase la sección 2.1.3 de esta guía.

al odio o los delitos de violencia, son significativamente más «visibles» y accesibles para fiscales y jueces y, por lo tanto, es más probable que se apliquen.

Sin embargo, no aplicar correctamente la ley significa no dar efecto a los fines específicos previstos por los legisladores nacionales para la tipificación de delitos específicos. Diferentes conjuntos de disposiciones penales pretenden proteger diferentes derechos, intereses o valores, que se reflejan en los elementos de un delito que deben probarse. Por ejemplo, el delito de incitación a la violencia contra un grupo protegido tiene como objetivo proteger a sectores de la sociedad de la violencia y evitar la escalada a perturbaciones del orden público más amplias e incluso a actos potencialmente genocidas. A la inversa, el delito de agresión por motivos raciales tiene por objeto proteger la integridad física de la víctima, que sufre un daño mayor y singular debido a los prejuicios.

La correcta calificación y el castigo de un delito exige valorar cuidadosamente la intención del legislador. Cuando existe una desconexión entre la intención legislativa y la práctica jurídica, la finalidad de la sanción (que debe corresponderse con los actos ilícitos) puede verse socavada. Si el fiscal elige una calificación incorrecta, por ejemplo, presentando una acusación de incitación al odio o a la violencia en lugar de calificar correctamente un delito como delito de odio, puede serle más difícil probar los elementos requeridos del delito, lo que puede dar lugar a la absolución de todos los cargos. Si las acusaciones incorrectas sobreviven al escrutinio judicial, se establece una jurisprudencia basada en descripciones de hechos que no se corresponden con los elementos del supuesto delito. Esto pone en tela de juicio la legalidad e imparcialidad de los procesamientos, lo que repercute en la confianza en el sistema de justicia penal en su conjunto.

La experiencia de la víctima puede variar entre los delitos de odio y los delitos de «discurso de odio», dependiendo de su tipificación como delito en la legislación nacional. La calificación de los delitos de odio como «discurso de odio» puede repercutir en el papel de la víctima en el proceso penal y, en algunos casos, dejarla sin apoyo o sin acceso a sus derechos de participación.

La calificación incorrecta de los delitos genera datos de investigación y procesamiento que pueden crear una imagen engañosa de la naturaleza y el alcance de los delitos de odio, dando lugar a respuestas políticas y legales mal fundamentadas. Por el contrario, la calificación correcta de los delitos de odio por parte de los fiscales contribuye a visibilizar los delitos de odio en las estadísticas, las políticas y los registros policiales, así como en los informes de la OIDDH²⁵, y a mejorar las respuestas estratégicas de las autoridades nacionales, en particular de las fiscalías.

25 Sitio web del [informe sobre delitos de odio de la OSCE/OIDDH](#). [documento en inglés]

CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN ERRÓNEA DE DELITO DE ODIO



CALIFICACIÓN INCORRECTA

No da efecto a la finalidad específica prevista por el legislador nacional para la tipificación de determinados delitos.

Menoscaba la seguridad jurídica de los acusados.

Disminuye el acceso de las víctimas a los derechos de participación en los procesos penales.

Comporta el riesgo de limitar el acceso a la asistencia y protección especializadas por parte de las víctimas.

Proporciona una evaluación engañosa de la naturaleza y el alcance de los delitos de odio.

Produce respuestas políticas y jurídicas **mal fundamentadas**.



CALIFICACIÓN CORRECTA

Garantiza la **seguridad jurídica** de los acusados.

Aumenta el acceso a los derechos de participación en los procesos penales y el acceso a la asistencia y protección especializadas para las víctimas.

Mejora la visibilidad de los delitos de odio en los registros policiales, las estadísticas oficiales sobre delincuencia, las políticas nacionales y los datos internacionales, como el informe anual sobre delitos de odio de la ODDH.

Aporta respuestas estratégicas eficaces de las autoridades nacionales, incluidas las fiscalías.

Aumenta la visibilidad de una respuesta global a los delitos de odio a nivel nacional y la coherencia conceptual y las sinergias a nivel internacional.

CÓMO UTILIZAR LA GUÍA

Esta guía está dirigida principalmente a los fiscales nacionales. Complementa las orientaciones existentes de la ODDH sobre cómo procesar los delitos de odio²⁶ y muestra las diferencias clave entre los delitos de odio y el «discurso de odio» penalizado, centrándose en los delitos de incitación a la violencia o al odio.

La guía también será útil para los responsables de la toma de decisiones, incluidos los políticos y los legisladores, para ayudarles a evaluar la eficacia de las políticas, la práctica y la legislación actuales, y decidir si se requieren directrices operativas nacionales específicas para los fiscales. La guía también debería ayudar a las organizaciones de la sociedad civil en sus actividades.

El capítulo 1 se centra en las distinciones jurídicas y **distinciones conceptuales entre los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito**, en el contexto de las normas internacionales, con especial atención a la «incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», tal como se define en el artículo 20 del PIDCP²⁷, y las implicaciones para las estrategias de procesamiento.

El capítulo 2 ofrece una **visión general de las disposiciones legales habituales sobre delitos de odio y sobre el «discurso de odio» tipificado como delito**, con ejemplos.

El capítulo 3 presenta el **árbol de decisiones del fiscal**, que muestra cómo deben aplicarse las disposiciones sobre delitos de odio y cómo se distinguen del «discurso de odio»; también traza un mapa de otros delitos relevantes en la intersección de los delitos de odio y de «discurso de odio».

El capítulo 4 presenta **casos ilustrativos de esta compleja área de la práctica procesal**. Los ejemplos proceden de diversos países de la región de la OSCE y abarcan distintas formas de aplicar las disposiciones sobre el «discurso de odio» para procesar delitos de odio (incluso en contextos en los que no existen leyes en materia de delitos de odio) y la calificación errónea de la gravedad de los delitos de odio. Este capítulo también presenta casos situados en la intersección entre los delitos de odio y de «discurso de odio».

El capítulo 5 se centra en el acceso a la justicia y las implicaciones para el apoyo a las víctimas, destacando, en particular, **el derecho a una investigación efectiva** y el acceso a los derechos de participación y asistencia.

26 [Procesamiento de los delitos de odio: Guía práctica](#), OSCE/ODDH, 29 de septiembre de 2014. [documento en inglés]

27 Organización de las Naciones Unidas, [PIDCP](#). [documento en inglés]

El capítulo 6 examina la importancia de **registrar con precisión el procesamiento de los delitos de odio** y analiza las implicaciones políticas más amplias y las oportunidades para mejorar el procesamiento y las relaciones con la comunidad en este ámbito.

El capítulo 7 **formula recomendaciones** sobre cómo aplicar estas pautas a escala nacional.

1 Los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito: diferencias conceptuales

En este capítulo se definen los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito sobre la base de las normas internacionales. Se describen las implicaciones prácticas de las diferencias entre los dos conceptos para los fiscales y por qué requieren diferentes respuestas institucionales, incluidos los enfoques de formación y capacitación.

1.1 DELITOS DE ODIO

Los delitos de odio constan siempre de dos elementos: un delito y un motivo de prejuicio. El primer elemento es la infracción penal: el acto debe constituir un delito con arreglo al derecho penal ordinario²⁸. Las orientaciones de la OIDDH se refieren a este acto delictivo como el «delito base»²⁹. Debido a las variaciones en las disposiciones legales de un país a otro, existen algunas divergencias en el tipo de conducta que equivale a un delito. En general, sin embargo, la mayoría de los países tipifican como delito el mismo tipo de actos violentos. Casi cualquier delito recogido en un código penal puede ser un delito de odio; sin el delito base no hay delito de odio.

El segundo elemento es la motivación: el acto delictivo debe cometerse con un motivo particular, denominado en las orientaciones de la OIDDH como «prejuicio»³⁰. El motivo se manifiesta en la *selección del destinatario* o en la *hostilidad expresada* durante el delito. Para ser calificados como tales, los delitos de odio deben ir dirigidos contra uno o más miembros de un grupo que comparta una característica común, o contra personas o bienes asociados a dicho grupo. Estas características se denominan características protegidas. Una característica protegida es una característica compartida por un grupo, como la «raza», el color, la lengua, la religión o las creencias, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, la edad, la discapacidad, el sexo, la identidad de género y la orientación sexual

28 Muchos países distinguen entre delitos e infracciones menos graves, como las «faltas», aunque se describen de diversas maneras. En las orientaciones de la OIDDH, «delitos» se refiere a todas las disposiciones de derecho penal; por lo tanto, se excluyen las infracciones administrativas.

29 Para otros ejemplos del modelo de selección discriminatoria de las leyes sobre delitos de odio, véase [OSCE/OIDDH, Procesamiento de los delitos de odio](#), sección 3. [documento en inglés]

30 *Ibidem*, p. 15. Véase también la [decisión marco 2008/913/JAI](#) de la Unión Europea, artículo 4. [documento en inglés]

u otro rasgo común que sea fundamental para su identidad. Los delitos de odio suelen tener una víctima directa³¹.

1.2 EL «DISCURSO DE ODIO» PENALIZADO

El artículo 20, apartado 2, del PIDCP establece que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»³². Esta norma, descrita como «discurso de incitación»³³, también figura en el artículo 4, letra a), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el artículo 1 de la decisión marco de la Unión Europea y en dos normas del Comité de Ministros del Consejo de Europa: la recomendación sobre la lucha contra el «discurso de odio» y el protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos³⁴ (véanse los textos en el anexo). La decisión marco de la Unión Europea establece además que los Estados miembros garanticen que la difusión o distribución pública de escritos, imágenes u otros materiales que inciten al odio o a la violencia, y la apología, negación y trivialización flagrante de los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra se tipifique como delito «cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo»³⁵.

Los fiscales de numerosas jurisdicciones serán conscientes de que sus códigos penales nacionales contienen disposiciones penales adicionales sobre el «discurso de odio», como el delito de difamación dirigida contra personas o grupos que comparten una característica protegida y los insultos motivados por prejuicios, así como delitos de difusión de materiales relacionados con el odio y delitos de negación y trivialización que no requieren la condición de que puedan incitar a la violencia o al odio. Estas disposiciones y su aplicación se describen con más detalle en la sección 2.2 y en los casos ilustrativos que figuran más adelante en la guía.

También es importante señalar que el «discurso de odio» que no alcanza el umbral de delito puede ser muy perjudicial para las víctimas, puede crear y alimentar un entorno hostil para las comunidades marginadas y puede amenazar la paz y la seguridad de la sociedad. Es indispensable contar con un marco claro y sólido de

31 OSCE/OIDDH, [Procesamiento de los delitos de odio](#), p. 1. [documento en inglés]

32 Organización de las Naciones Unidas, PIDCP.

33 [Página sobre «incitación al odio»](#), ACNUDH (sin fecha). [documento en inglés]

34 Véase el anexo 1, en el que se recogen los fragmentos pertinentes de estas normas: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Organización de las Naciones Unidas; [Decisión Marco 2008/913/JAI](#) de la Unión Europea; [Recomendación sobre la lucha contra el discurso de odio](#); [Protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos](#), Consejo de Europa, 28 de enero de 2003. [documentos en inglés]

35 [Decisión marco 2008/913/JAI](#) de la Unión Europea [documento en inglés]

soluciones administrativas y civiles para combatir estos efectos nocivos y ofrecer reparación a las víctimas. Estos puntos se tratan con más detalle en secciones posteriores.

Esta publicación no proporciona orientación sobre el enjuiciamiento del «discurso de odio» tipificado como delito; tampoco respalda la criminalización de la expresión de odio, más allá de lo definido por el artículo 20, apartado 2, del PIDCP. En el ámbito nacional, existe una gran diversidad de enfoques para tipificar como delito la expresión de odio, que no siempre se ajustan a las normas internacionales. Un estudio reciente sobre las leyes de difamación e injurias en la región de la OSCE concluye que «las leyes penales de difamación siguen aplicándose con cierta regularidad en la región de la OSCE, incluso contra los medios de comunicación»³⁶. También es importante tener en cuenta la preocupación expresada, por ejemplo, por la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, acerca de la formulación imprecisa de algunas disposiciones jurídicas nacionales destinadas a combatir la incitación al odio, la discordia y la intolerancia³⁷.

En esta sección se examinan las principales diferencias conceptuales y prácticas entre los delitos de odio y el «discurso de incitación» por dos razones. En primer lugar, las normas internacionales coinciden en exigir o recomendar la penalización del discurso que incita al odio o a la violencia. Este no es el caso de otras formas comúnmente penalizadas de «discurso de odio» que no requieren la condición de incitar al odio o a la violencia y que se encuentran en los códigos penales nacionales. Se trata de delitos como la difamación, la difusión pública de material que incite al odio y la apología, negación y trivialización flagrante de crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En segundo lugar, es en esta intersección particular donde la ODDH ha visto que los fiscales pueden ser más propensos a aplicar erróneamente las disposiciones de incitación al odio o a la violencia para perseguir los delitos de odio.

1.3 IMPLICACIONES PRÁCTICAS

El siguiente gráfico muestra las importantes diferencias entre los delitos de odio y los delitos de incitación a la violencia o al odio, o «discurso de incitación», desde la perspectiva del profesional.

³⁶ Scott Griffen, *Leyes de difamación e injurias en la región de la OSCE: Un estudio comparativo*, OSCE RFOM, marzo de 2017, p. 5. [documento en inglés]

³⁷ Véase, por ejemplo, el informe de la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o creencias sobre la República de Macedonia del Norte, en el que la relatora especial señaló que el artículo 319 del código penal nacional había sido presuntamente utilizado de forma indebida contra un líder religioso en particular. Véase [A/HRC/13/40/Add.2](#), párr. 47.

Normalmente, el punto de partida para un delito de odio es que se haya demostrado, tras una investigación completa y la recopilación de pruebas, que se ha cometido un delito penal básico, como una amenaza, una agresión, un asesinato o daños a la propiedad. La cuestión técnica clave —y el reto— es demostrar que el delito estuvo motivado por prejuicios.

El punto de partida habitual para los delitos de «discurso de incitación» es que la presencia de prejuicios u odio hacia una característica protegida se desprenda claramente del contenido de la expresión. La cuestión técnica para los fiscales es si ha habido delito; en otras palabras, si la expresión de odio va más allá de la protección de la libertad de expresión —piedra angular de las sociedades democráticas— y supera el umbral de delito.

Una de las razones por las que puede haber confusión entre los fiscales a la hora de considerar un incidente como delito de «discurso de odio» o como delito de odio es cuando el **propio discurso o expresión es, de hecho, prueba de un prejuicio o motivo discriminatorio**. Por ejemplo, cuando el agresor profiere insultos racistas antes, durante o después de agredir físicamente a una víctima. Este punto se analiza más adelante en los casos prácticos ilustrativos.

La libertad de expresión no sólo se considera, con razón, un derecho fundamental que debe protegerse en cualquier democracia sana, sino que existe un **reto añadido cuando los políticos o las personas de alto perfil son los posibles infractores**³⁸. Los fiscales tendrán que estar formados y familiarizados con la jurisprudencia internacional y nacional pertinente y, en su caso, con la jurisprudencia del TEDH y de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Otros retos técnicos atañen a la obtención de pruebas, especialmente en relación con los delitos en línea, o a la necesidad de una aplicación o cooperación transfronteriza.

38 *Ibidem*, apéndice, párr. 36: «Los dirigentes políticos y religiosos deben abstenerse de utilizar mensajes de intolerancia o expresiones que puedan incitar a la violencia, la hostilidad o la discriminación; pero también tienen un papel crucial que desempeñar al pronunciarse con firmeza y prontitud contra la intolerancia, los estereotipos discriminatorios y los casos de incitación al odio. Debe quedar claro que nunca puede tolerarse la violencia como respuesta a la incitación al odio». Véase también la [Declaración de Beirut y sus 18 compromisos sobre «fe religiosa para los derechos humanos»](#), A/HRC/40/58, anexos I y II. [documentos en inglés]

CUESTIONES CONCEPTUALES EN LA INTERSECCIÓN DEL DELITO DE ODIO Y EL «DISCURSO DE INCITACIÓN»

DELITO DE ODIO

?	✓
PRUEBAS DE PREJUICIO	DELITO PENAL

Desafío práctico fundamental:
Probar el motivo de prejuicio.

Destinatario específico: Se dirige a personas o bienes específicos de / asociados con una comunidad particular / individuo perteneciente a una comunidad concreta (el daño causado puede ser más amplio).

Delito base: Los fiscales necesitan probar los elementos del delito base (por ejemplo, agresión, robo, amenaza, etc.).

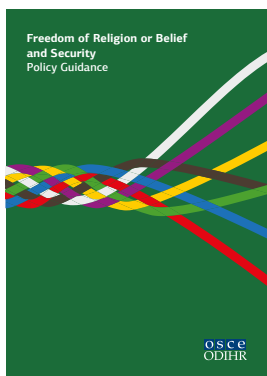
«DISCURSO DE INCITACIÓN»

✓	?
PRUEBAS DE PREJUICIO	DELITO PENAL

Desafío práctico fundamental:
Determinar si el discurso o la expresión están amparados por la libertad de expresión y son lícitos, o si no están protegidos y, por tanto, son delictivos.

Carácter público: El objetivo es movilizar / incitar a otros al odio o a la violencia contra un grupo / persona específicos en base a una característica protegida.

Delito en grado de tentativa: Los fiscales deben demostrar que existe una probabilidad razonable de que el discurso o la expresión consigan incitar a la violencia o al odio, aunque no lleguen a consumarse los actos.



Libertad de religión o de creencias y seguridad. Manual de orientaciones

El manual de orientaciones de la ODDH sobre la libertad de religión o de creencias y seguridad³⁹ **anima a los Estados a formar a las autoridades policiales y judiciales para que comprendan y apliquen la prueba de seis factores establecida en el Plan de Acción de Rabat⁴⁰**, con el fin de determinar si se ha alcanzado el umbral de incitación a la violencia o al odio. A la hora de determinar esta cuestión en los casos de delitos de «discurso de incitación», la prueba de seis factores guía a los fiscales para determinar: 1) el contexto de la declaración o expresión; 2) la posición o condición del orador; 3) la intención de incitar a una audiencia contra un grupo; 4) el contenido y la forma de la declaración o expresión; 5) el alcance de su difusión; y 6) la probabilidad de daño, incluida la inminencia.

Se utilizan **diferentes definiciones de odio** para tipificar los delitos de odio en comparación con los delitos de «discurso de incitación», como se muestra en el siguiente recuadro.

Cuando los términos «odio» u «hostilidad» figuran en las leyes nacionales sobre delitos de odio, su significado lo deciden en última instancia los tribunales. Sin embargo, teniendo en cuenta la necesidad de una sólida protección de la libertad de expresión a la hora de tipificar como delito las expresiones de odio, el significado de «odio» u «hostilidad» suele conllevar un mayor nivel de gravedad en lo que respecta al «discurso de incitación» en comparación con los delitos de odio. Por ejemplo, las directrices de la OSCE explican que «en muchos casos de delitos de odio, el autor no siente “odio” hacia su destinatario ni está motivado por su experiencia con la víctima. Más bien, el autor está motivado por sus estereotipos, ideas preconcebidas o intolerancia hacia un determinado grupo de personas y las

39 [Libertad de religión o de creencias y seguridad. Orientaciones generales](#), OSCE/OIDDH, 9 de septiembre de 2019; véase también ACNUDH, [Página sobre «incitación al odio»](#); [Exposición de motivos de la CM/Rec \(2022\)16 sobre La lucha contra el discurso de odio](#), Consejo de Europa, § 32; [Ficha – Discurso de odio](#), TEDH, noviembre de 2023. [documentos en inglés]

40 [Plan de Acción de Rabat](#), 4 de octubre de 2012, ACNUDH, A/HRC/22/17/Add.4. [documento en inglés]

DISTINTAS DEFINICIONES DE «ODIO»



«DISCURSO DE INCITACIÓN»

El artículo 20 del PIDCP define el «odio» y la «hostilidad» como **«emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aborrecimiento hacia el grupo destinatario»**.

DELITOS DE ODIO

Orientaciones de la OSCE: «En muchos casos de delitos de odio, el autor **no siente “odio” hacia el destinatario** ni está motivado por su experiencia con la víctima. Más bien, el autor está motivado por sus estereotipos, ideas preconcebidas o intolerancia hacia un determinado grupo de personas y las características protegidas que comparten».

características protegidas que comparten»⁴¹. Por el contrario, las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sobre el artículo 20 del PIDCP definen el «odio» y la «hostilidad» como «emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aborrecimiento hacia el grupo objeto de la agresión»⁴².

La diferenciación de las definiciones de «odio» en los delitos de odio y en los delitos de «discurso de incitación» también está presente en los códigos penales nacionales que utilizan tanto el modelo de «selección discriminatoria» como el modelo de «animadversión» de la legislación sobre delitos de odio.

41 OSCE/OIDDH, [Leyes sobre delitos de odio](#). [documento en inglés]

42 ACNUDH, [Página sobre «incitación al odio»; Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad](#), Article 19, abril de 2009, principio 12.1 (i). [documento en inglés]

Ejemplos de diferentes definiciones de «odio»⁴³ en las disposiciones penales nacionales⁴⁴

Diferentes definiciones de «odio» pueden verse en el código penal de Eslovenia⁴⁵, cuya disposición sobre delitos de odio, en forma de un incremento general de la pena, exige pruebas de «predisposición» a cometer un delito basada en una característica protegida.

Artículo 49: Normas generales para la evaluación de las penas

«[...] (3) Si la **predisposición a cometer un delito**⁴⁶ fuera la nacionalidad, raza, religión o etnia de la víctima, su sexo, color de piel, origen, situación económica, educación, posición social, creencias políticas o de otro tipo, discapacidad, orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal, se tendrá en cuenta como circunstancia agravante.»

En cambio, la disposición sobre incitación al odio de Eslovenia exige que se incite «públicamente» al «odio», etc., y contiene un umbral de odio más elevado.

Artículo 297: Incitación pública al odio, la violencia o la intolerancia

(1) Quien públicamente incite o avive el odio, la violencia o la intolerancia con respecto a la nacionalidad, la raza, la religión, la etnia, el género, el color de la piel, el origen, la situación económica, la educación, la posición social, las creencias políticas o de otro tipo, la discapacidad, la orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal, y cometa un acto de manera que pueda poner en peligro o alterar el orden público, o utilice amenazas, abusos verbales o insultos, será castigado con pena de prisión de hasta dos años.

Macedonia del Norte también utiliza el modelo de «selección discriminatoria» de la legislación sobre delitos de odio, tal como se establece en el artículo 122 (42) de su código penal⁴⁷.

«El delito de odio explícitamente previsto por las disposiciones de este Código se considerará como el delito contra una persona física o jurídica y las personas asociadas a ella o contra un bien, **que se cometa total**

43 Para otros ejemplos del modelo de «selección discriminatoria» de la legislación sobre delitos de odio, véase el capítulo 2; Reino Unido: [artículo 29 de la Ley sobre la delincuencia y el desorden 1998](#), "Agresiones con agravantes raciales o religiosos"; Fiscalía General de la Corona, [Delitos de odio racistas y religiosos – Orientaciones de la Fiscalía](#), 2022. [documentos en inglés]

44 Téngase en cuenta que todas las referencias a los códigos penales en este capítulo se refieren a los códigos penales vigentes el día de publicación de esta guía.

45 [Código penal de Eslovenia](#) (en esloveno, traducción no oficial).

46 Téngase en cuenta que el uso de negrita aquí y en todas las demás citas de esta guía ha sido añadido por la ODDH y no forma parte de los textos originales.

47 [Código penal de Macedonia del Norte](#) (en macedonio, traducción no oficial).

o parcialmente debido a una característica o asociación real o especulativa (imaginaria, presunta) de la persona y que se relacione con la raza, el color de la piel, la nacionalidad, el origen étnico, la religión o convicción, la discapacidad mental o corporal, el sexo, la identidad de género, la orientación sexual y la convicción política.»

Existe, por supuesto, una diversidad de enfoques en toda la región. Algunos países han adoptado un modelo de «hostilidad» o «animadversión» al redactar su legislación sobre delitos de odio, exigiendo pruebas de hostilidad para demostrar los delitos de odio. Por ejemplo, cuando se lleva a juicio un delito de odio en Inglaterra y Gales, los fiscales tienen que demostrar que el delito estuvo motivado por la hostilidad hacia una característica protegida o que la hostilidad se manifestó antes, durante o inmediatamente después de la comisión del delito. Sin embargo, incluso con respecto a este modelo jurídico, es importante señalar que las directrices de la fiscalía sobre el significado de «hostilidad» implican un umbral bajo para el término: «La hostilidad no está definida en la legislación. Deben tenerse en cuenta las definiciones habituales de los diccionarios, que incluyen mala voluntad, malos sentimientos, rencor, prejuicio, antipatía, antagonismo, resentimiento y aversión»⁴⁸.

Otra diferencia clave se refiere al **elemento público del «discurso de incitación» en comparación con el delito de odio, que se dirige a una persona, grupo de personas o bienes específicos**. En el ejemplo de una agresión racista, la víctima individual es el blanco directo del mensaje de odio, mientras que el grupo al que «representa» es la víctima indirecta. Por el contrario, el «discurso de incitación» pretende movilizar o incitar a otros contra un grupo específico, por lo que puede afectar a la comunidad más amplia a la que pertenece el grupo⁴⁹. La naturaleza selectiva de los delitos de odio también conlleva **consideraciones específicas en relación con el apoyo a las víctimas**.

También debe tenerse en cuenta la intención del legislador al elaborar las leyes sobre delitos de odio y «discurso de odio», **ya que el objeto de protección de las leyes sobre delitos de odio y «discurso de incitación» es diferente**. Esta cuestión, junto con la consideración de los principios jurídicos generales, incluidas la legalidad y la proporcionalidad, es importante a la hora de seleccionar la calificación jurídica correcta para un acto delictivo. Por ejemplo, al considerar si un acto entra dentro de los límites del delito de odio, los fiscales tendrán en

48 [Fiscalía General de la Corona, Delitos de odio racistas y religiosos – Orientaciones de la Fiscalía, 2022](#). [documento en inglés] Para otros ejemplos del modelo de «selección discriminatoria» de la legislación sobre delitos de odio, véase la sección 3 de esta guía.

49 Estas características clave del «discurso de incitación» y los planteamientos para su tipificación como delito, investigación y procesamiento se abordan exhaustivamente en las orientaciones del ACNUDH y en las pruebas de seis factores del [Plan de Acción de Rabat](#) [documento en inglés], también invocadas en sentencias del TEDH.

cuenta si el infractor pretendía lesionar a una persona o personas, amenazar su vida o causar daños a su propiedad, con el perjuicio añadido de un motivo discriminatorio. Al considerar si un acto entra dentro de los límites de la incitación, los fiscales tendrán en cuenta si el infractor pretendía incitar públicamente a la violencia o al odio contra determinados grupos o personas que comparten una característica protegida.

Sin embargo, también es importante reconocer que las disposiciones sobre el «discurso de incitación» y otras disposiciones sobre el «discurso de odio» que penalizan conductas que van más allá de lo previsto por las normas internacionales pueden encontrarse en los mismos capítulos del código penal⁵⁰. Esto se debe a que los legisladores entienden que incluyen la expresión pública de ideas que son profundamente ofensivas e hirientes para una parte de la población, de manera que pueden contribuir a aumentar el odio y la violencia y amenazar la paz y la seguridad de la sociedad, incluso sin su conexión con una clara provocación o expresión incitadora. Reunir en los códigos penales nacionales toda la gama de delitos de odio y «discurso de odio» indica que los legisladores los entienden como herramientas conexas en una respuesta global para prevenir la violencia de grupo, la discordia social y los actos que socavan la inclusión y la cohesión sociales.

Ejemplo de diferenciación entre delitos de odio y delitos de «discurso de odio» en un código penal nacional

En el código penal de la República Checa⁵¹, se incluyen tres disposiciones separadas que abordan la «violencia contra un grupo» (delito de odio) (artículo 352), la «difamación de un grupo» (discurso de odio tipificado como delito) (artículo 355) y la «incitación al odio» (discurso de incitación tipificado como delito) (artículo 356) bajo el epígrafe «Delitos que perturban la convivencia».

Cuando en el mismo artículo del código penal se contemplan varias formas de «discurso de odio», puede resultar difícil calificar con precisión la conducta implicada en un incidente. La clave para los fiscales es valorar cuidadosamente la conducta implicada y tratar de seleccionar la disposición penal más adecuada, teniendo en cuenta el objeto de protección pretendido por el legislador en el contexto de las normas internacionales.

⁵⁰ Véase la sección 2.2.2 de esta guía.

⁵¹ República Checa, *Zákon trestní zákoník* [código penal] (en checo, traducción no oficial).

Por último, el **«discurso de incitación» es un delito en grado de tentativa**, que requiere una estrategia de procesamiento particular.

Como se explica en las orientaciones elaboradas por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH),

«La incitación, por definición, es un delito en grado de tentativa. No es necesario que se cometa la acción preconizada por el “discurso de incitación” para que dicho discurso constituya un delito. Sin embargo, debe identificarse algún grado de riesgo de daño. **Esto significa que los tribunales tendrán que determinar que existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a la acción real contra el grupo destinatario, reconociendo que dicha causalidad debe ser bastante directa.**»⁵²

52 ACNUDH, [Página sobre «incitación al odio»](#). [documento en inglés]

2 Disposiciones legales relativas a los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito

Este capítulo consta de tres secciones. La sección 1 explica los elementos clave de los procesos por delitos de odio y los correspondientes tipos de disposiciones legislativas con ejemplos. En la sección 2 se describen dos tipos principales de disposiciones relativas a la tipificación del «discurso de odio»: el «discurso de incitación» y otras formas de «discurso de odio». La sección 3 considera los actos delictivos que se sitúan en la frontera entre el delito de odio y el «discurso de odio».

2.1 PROCESAMIENTO POR DELITOS DE ODIO

Los fiscales tendrán que conocer las disposiciones legislativas nacionales que apoyan **ambos** elementos de un procesamiento por delito de odio: 1) probar el delito base y 2) probar el motivo de prejuicio. Es preciso insistir en la importancia del fiscal a la hora de requerir a la policía que busque todas las pruebas disponibles del móvil de odio desde las primeras fases de la investigación. Sin pruebas del motivo de prejuicio, obtenidas a partir de los correspondientes indicadores⁵³, disminuyen considerablemente las posibilidades de que el enjuiciamiento prospere.

Estas disposiciones adoptan tres formas principales: un delito sustantivo, un incremento específico de la pena y un incremento general de la pena. Es importante señalar desde el principio que los fiscales tienen varios deberes importantes hacia las víctimas potenciales de delitos de odio, especialmente en lo que respecta a determinar y garantizar la protección y el apoyo adecuados. Esto se aborda en el capítulo 5 de esta guía y en otras publicaciones de la OIDDH⁵⁴.

53 Los indicadores de prejuicio son «hechos, circunstancias o pautas objetivas que concurren en un acto o actos delictivos y que, por sí solos o en conjunción con otros hechos o circunstancias, sugieren que las acciones del infractor estuvieron motivadas, en todo o en parte, por cualquier forma de prejuicio». Para más información, véase el árbol de decisiones del fiscal en el capítulo 3.

54 Véanse los recursos del [proyecto ESTAR Mejora de la sensibilización de las partes interesadas y de los recursos de apoyo a las víctimas de delitos de odio](#), OSCE/OIDDH; véase especialmente [Víctimas de delitos de odio en el sistema judicial penal, Guía práctica](#), OSCE/OIDDH, 9 de abril de 2022. [documentos en inglés]

2.1.1 DELITOS SUSTANTIVOS

Los delitos sustantivos son delitos independientes que incluyen el motivo de prejuicio como elemento integral de la definición legal del delito. Son la forma menos común de disposición legislativa sobre delitos de odio en la región de la OSCE⁵⁵.

Ejemplo de disposición penal sustantiva

El artículo 119 (1) del código penal de Polonia⁵⁶ establece: «Quien ejerza violencia o profiera amenazas ilícitas contra un grupo de personas o una persona en particular **a causa de su afiliación nacional, étnica, racial, política o religiosa, o por su falta de creencias religiosas**, será castigado con una pena de privación de libertad de entre tres meses y cinco años».

En este tipo de disposiciones legislativas, el primer elemento para un procesamiento por delito de odio, el delito básico («violencia» o «amenazas ilícitas») y el segundo elemento, el motivo de prejuicio («por su afiliación nacional, étnica, racial, política o religiosa, o por su falta de creencias religiosas») están contenidos en la misma disposición. Desde el punto de vista de la fiscalía, los delitos sustantivos presentan varias ventajas: es más probable que la policía conozca los delitos y, por tanto, busque pruebas de prejuicios; el infractor tiene claro de qué se le acusa exactamente; y, si se demuestra, el infractor es declarado culpable de ambos elementos del delito, lo que ofrece transparencia a las víctimas y las comunidades afectadas. Los delitos sustantivos son también mucho más fácilmente identificables en los datos sobre delincuencia y procesamiento, lo que permite un seguimiento más fácil a lo largo del proceso de justicia penal.

2.1.2 ENDURECIMIENTO ESPECÍFICO DE LAS PENAS

Los incrementos específicos de la pena son disposiciones que se aplican a determinados delitos básicos. Normalmente se trata de delitos graves contra la persona, como el asesinato o las lesiones corporales. En los códigos penales, el agravante específico de la pena se interpreta a menudo como subsecciones de las disposiciones relativas al delito base y requiere la imposición de un castigo más severo, por ejemplo, aumentando directamente el rango de la condena por cometer el delito base con un motivo de prejuicio.

⁵⁵ OSCE/OIDDH, [Leyes sobre delitos de odio](#). [documento en inglés]

⁵⁶ [Código penal de Polonia](#) (en polaco, traducción no oficial).

Ejemplo de disposición específica de agravante de la pena

Código penal de Ucrania, artículo 115⁵⁷

1. El asesinato, es decir, el acto de dar muerte a otra persona de forma deliberada e ilícita, se castigará con una pena de prisión de siete a quince años.
2. El asesinato:

(14) basado en la intolerancia racial, nacional o religiosa, se castigará con pena de prisión de diez a quince años, o cadena perpetua con confiscación de bienes en el caso previsto en el subapartado 6 del apartado 2 del presente artículo.

El primer elemento para el procesamiento de un delito de odio, el delito básico de «asesinato», figura en el artículo 115, apartado 1, y el segundo elemento, el motivo de prejuicio, figura en el artículo 115, apartado 2, que lo califica.

Desde la perspectiva de la acusación, este tipo de disposiciones legislativas presentan la ventaja de que la disposición es fácil de encontrar y se asemeja a las disposiciones sobre delitos sustantivos en que el motivo de prejuicio es un elemento constitutivo del delito. El fiscal también debe esforzarse por garantizar que la policía sea consciente de la necesidad de reunir pruebas del prejuicio para que prospere el enjuiciamiento por un delito de odio.

2.1.3 AUMENTO GENERAL DE LA PENA

En principio, los aumentos generales de la pena se aplican a cualquier delito del código penal que no incluya ya el prejuicio como uno de sus elementos constitutivos.

57 Código penal de Ucrania (en ucraniano, traducción no oficial).

Ejemplo de disposición general de agravante de la pena

Artículo 22 (circunstancias agravantes) del código penal de España⁵⁸

Son circunstancias agravantes:

[...]

4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia⁵⁹ o 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 [...].

En este tipo de disposiciones legislativas, dependiendo del tipo de delito (por ejemplo, agresión, robo, homicidio, agresión sexual, etc.), el primer elemento para un procesamiento por delito de odio, el delito básico, puede encontrarse en la parte pertinente del código. Por ejemplo, si el delito es una agresión racista, el primer elemento para el procesamiento por delito de odio será la disposición que define las agresiones físicas en el código penal nacional. El segundo elemento, el motivo del prejuicio, se encuentra en la disposición general de agravante de la pena, en este caso, el artículo 22 del código penal español.

Cuando se utilizan agravantes generales de la pena para castigar los delitos de odio, la cuestión del motivo de prejuicio suele considerarse cuando se condena al autor. En otras palabras, primero debe declararse al autor culpable del delito base, y después el tribunal considera si hay suficientes pruebas de prejuicio para aplicar un agravante de la pena. En las jurisdicciones de derecho anglosajón, esto se hará en la fase de sentencia. En las jurisdicciones de derecho civil, la determinación de la culpabilidad y la sentencia no son fases separadas y el juez considerará las pruebas de los motivos que afectan a la sentencia como parte del mismo proceso.

Existen varias limitaciones a los incrementos generales de pena que reducen su eficacia como herramienta para dar visibilidad a los procesos por delitos de odio y castigar adecuadamente a los infractores. En primer lugar, los fiscales deben ser conscientes de su existencia para llamar la atención del tribunal sobre ellas. En segundo lugar, a diferencia de los incrementos de pena específicos, que recalifican

⁵⁸ Código penal de España.

⁵⁹ Aporofobia: actitudes y sentimientos negativos hacia la pobreza y los pobres.

y aumentan la gravedad del delito original, los incrementos de pena generales agravan el castigo del autor del delito en la sentencia. En tercer lugar, es posible que la sentencia final del tribunal no contenga el razonamiento completo de la pena impuesta, porque las pruebas del motivo de prejuicio se tienen en cuenta junto con otros factores agravantes y atenuantes del caso. En cuarto lugar, los datos judiciales tienden a registrar las decisiones según la disposición del código penal por la que se declaró culpable al autor, omitiendo datos específicos sobre la aplicación de agravantes generales de la pena.

2.2 DISPOSICIONES LEGALES RELATIVAS AL «DISCURSO DE ODIO» TIPIFICADO COMO DELITO

En esta sección se describen dos tipos principales de disposiciones que penalizan el «discurso de odio»: el «discurso de incitación» y otras formas de «discurso de odio» tipificadas como delito. La sección no pretende proporcionar orientación sobre la definición o aplicación de las disposiciones penales sobre «discurso de odio». El propósito es ayudar a los fiscales a identificar y mapear las herramientas legales nacionales relevantes para el enjuiciamiento de los delitos de «discurso de odio» en el contexto de las normas internacionales, y poder diferenciarlas de las disposiciones sobre delitos de odio⁶⁰.

2.2.1 DELITOS DE «DISCURSO DE INCITACIÓN»

El «discurso de incitación» es aquel que incita públicamente a la discriminación, el odio, la hostilidad o la violencia contra un grupo de personas o miembros de un grupo definido por una serie de características protegidas. Esta conducta se aborda en una serie de normas internacionales que se explican en la sección 1.2 y se enumeran en el anexo.

Como se explica en la sección 1.2, los delitos de «discurso de incitación» presentan retos técnicos comunes para los fiscales que son distintos de los delitos de odio. Estos incluyen probar un delito en grado de tentativa, determinar si el discurso está protegido, y determinar si el delito incita públicamente. Estas consideraciones técnicas se abordan plenamente en la prueba de seis factores del Plan de Rabat⁶¹ y en los principios de Camden⁶².

60 Como se explica en otra parte, esta publicación no proporciona orientación sobre el procesamiento del «discurso de odio» penalizado. Tampoco respalda la penalización de la expresión de odio, más allá de lo definido por el artículo 20, apartado 2, del PIDCP.

61 ACNUDH, [Plan de Acción de Rabat](#).

62 Article 19, [Principios de Camden sobre Libertad de Expresión e Igualdad](#); véase el anexo para más detalles.

Ejemplo de disposición sobre «discurso de incitación»

Artículo 1 [Incitación al odio, la violencia y los daños a la propiedad] de la Ley 927/1979 de Grecia, modificada por las leyes 1419/1984, 2910/2001, 4285/2014 y 4491/2017⁶³

1. El que públicamente incitare, provocare o suscitare, oralmente o a través de la prensa, de Internet o de cualquier otro medio, actos de violencia o de odio contra una persona o grupo de personas o contra un miembro de tal grupo definido por referencia a su raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, orientación sexual, identidad de género, característica de género o discapacidad, de forma que ponga en peligro el orden público y exponga a peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas definidas anteriormente, será castigado con pena de prisión de tres meses a tres años y multa de 5.000 a 20.000 euros.
2. El que públicamente incitare, provocare o suscitare, ya sea oralmente o a través de la prensa, Internet o cualquier otro medio, actos de destrucción contra el patrimonio de una persona o grupo de personas definidos en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, la orientación sexual, la identidad de género, las características de género o la discapacidad, de forma que ponga en peligro el orden público y exponga al peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas antes definidas, será castigado con pena de prisión de tres meses a tres años y multa de 5.000 a 20.000 euros.

Es importante que los fiscales sean conscientes de que existe una gran variación a nivel nacional en la forma en que los delitos de «discurso de incitación» se tipifican en los códigos penales nacionales y se tratan en las fases de investigación y de justicia penal. Por ejemplo, el Plan de Rabat señala una «dicotomía generalizada» en la que 1) los autores de incidentes que alcanzan el umbral del artículo 20 del PIDCP «no son procesados ni castigados» y 2) «el procesamiento de minorías con el pretexto de la legislación nacional sobre incitación» puede ser excesivamente vago⁶⁴.

63 Véase [Grecia: Una nueva ley penaliza la negación del genocidio, la incitación al odio y otros actos de racismo](#), Biblioteca del Congreso, 24 de septiembre de 2014. [documento en inglés]

64 [Plan de Acción de Rabat](#) sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, Conclusiones y recomendaciones provenientes de los cuatro talleres regionales de expertos organizados por el ACNUDH en 2011, A/HRC/22/17/Add.4, p. 7, Marruecos, 5 de octubre de 2012.

Por ejemplo, en el informe de 2009 del Consejo de Derechos Humanos sobre la ex República Yugoslava de Macedonia⁶⁵, la relatora especial señaló que el artículo 319 del código penal⁶⁶, en su opinión, se había utilizado incorrectamente contra un líder religioso en particular, el obispo Jovan (Zoran Vraniškovski)⁶⁷. En 2004, los tribunales nacionales sostuvieron que, al abandonar la Iglesia Ortodoxa de Macedonia y establecer el Arzobispado Ortodoxo de Ohrid, el acusado había creado un cisma que **causaba odio religioso, discordia e intolerancia**⁶⁸. Sin embargo, el hecho de que fuera condenado por haber instigado el odio hacia sí mismo por parte de quienes tenían creencias diferentes se comentó como «sorprendente»⁶⁹, ya que el «discurso de incitación» requiere la intención de promover públicamente el odio hacia el grupo destinatario (principio de Camden 12.1), es decir, una relación triangular⁷⁰ entre el orador, el público y el destinatario. La ODDH, con la aportación de su Grupo de Expertos en Libertad de Religión o Creencia, también expresó su preocupación por el planteamiento del tribunal⁷¹.

Según la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, «el riesgo de que las disposiciones legales que prohíben el “discurso de odio” se interpreten de forma laxa y sean aplicadas selectivamente por las autoridades subraya la importancia de disponer de un lenguaje inequívoco y de concebir salvaguardas eficaces contra los abusos de la ley. [...] La inseguridad jurídica provocada por una formulación laxa de las disposiciones sobre incitación puede tener un efecto amedrentador sobre la voluntad de las personas de ejercer su libertad de expresión, así como su libertad de religión o creencia, por ejemplo,

- 65 Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/13/40/Add.2, 28 de diciembre de 2009, párr. 47. [documento en inglés]
- 66 Código penal de Macedonia del Norte, «Artículo 319 [Causar odio, discordia o intolerancia por motivos nacionales, raciales, religiosos o cualquier otro motivo discriminatorio] 1. Quien por la fuerza, maltratando, poniendo en peligro la seguridad, burlándose de los símbolos nacionales, étnicos, religiosos o de otro tipo, quemando, destruyendo o dañando de cualquier otra forma la bandera de la República de Macedonia o banderas de otros Estados, dañando objetos ajenos, profanando monumentos, tumbas, o de cualquier otra forma discriminatoria, directa o indirectamente, cause o excite el odio, la discordia o la intolerancia por motivos de género, raza, color de la piel, la pertenencia a un grupo marginado, la pertenencia étnica, la lengua, la nacionalidad, el origen social, las creencias religiosas, otras creencias, la educación, la afiliación política, la condición personal o social, la discapacidad mental o física, la edad, el estado familiar o matrimonial, la situación patrimonial, el estado de salud, o por cualquier otro motivo previsto en la ley o en un acuerdo internacional ratificado, será castigado con pena de prisión de uno a cinco años» (en macedonio, traducción no oficial).
- 67 Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir, adición, Misión a la ex República Yugoslava de Macedonia, A/HRC/13/40/Add.2, párr. 47-48. [documento en inglés]
- 68 El Tribunal de Primera Instancia de Bitola estableció que el obispo Jovan «había instigado el odio hacia sí mismo y hacia sus seguidores. La revuelta y la intolerancia subsiguientes se habían derivado de una vulneración de la sensibilidad religiosa de la población, que había solicitado la intervención de las autoridades estatales. Incluso habían amenazado con agredirle». Véase *Vraniškovski contra «Ex República Yugoslava de Macedonia»*, demanda n.º 37973/05, 26 de mayo de 2009.
- 69 Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea y Michael Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary* [Libertad de religión o creencia: Comentario sobre el derecho internacional], Oxford University Press, 2016, p. 497.
- 70 Plan de Acción de Rabat, apéndice, párr. 29; Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas contra el Discurso de Odio, Orientación detallada sobre la aplicación para las presencias de las Naciones Unidas sobre el terreno, Organización de las Naciones Unidas, 2020, p. 13. [documento en inglés]
- 71 Dictamen sobre el caso del obispo Jovan (Zoran Vraniškovski), Dictamen-Nr: FORB - MK/035/2005, Panel de Expertos sobre FORB/1U, 27 de julio de 2005, párrafo 8. [documento en inglés]

afectando a su capacidad de cambiar de religión, de establecer nuevas organizaciones religiosas o de creencias, o de manifestar su religión o creencia en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza de acuerdo con sus convicciones»⁷².

2.2.2 OTROS DELITOS DE «DISCURSO DE ODIO» PENALIZADO

Además de las disposiciones que apoyan el procesamiento de los delitos de «discurso de incitación», algunos códigos penales nacionales pueden contener disposiciones para procesar otros delitos de «discurso de odio». En esta sección se ofrecen ejemplos de dichas disposiciones, junto con una selección de referencias al marco internacional, para ayudar a los fiscales tanto a localizar las disposiciones nacionales pertinentes sobre «discurso de odio» como a diferenciarlas de las disposiciones sobre delitos de odio⁷³.

Delitos de negación y grave minimización del genocidio o de crímenes contra la humanidad

Varios países tipifican como delito la negación del Holocausto⁷⁴ sin el requisito de que conduzca a la incitación al odio o a la violencia. Esto contrasta, por ejemplo, con la decisión marco de la Unión Europea, que sólo prevé la tipificación de este tipo de delitos cuando la conducta se lleva a cabo de forma que incite a la violencia o al odio contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo definido por referencia a la «raza», el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico⁷⁵.

Ejemplos de disposiciones sobre negación o grave minimización del genocidio y de crímenes contra la humanidad⁷⁶

El artículo 6 de la Ordenanza de Emergencia núm. 31 de Rumanía⁷⁷ establece que: «La negación, impugnación, aprobación, justificación o minimización evidente por cualquier medio público del Holocausto o de sus efectos se

72 Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir, adición, Misión a la ex República Yugoslava de Macedonia, A/HRC/13/40/Add.2, párr. 48 y 60.

73 Como se explica en otra parte, ni esta sección ni la guía en su conjunto ofrecen orientación sobre el procesamiento del «discurso de odio» tipificado como delito. Tampoco se respalda la penalización de la expresión de odio, más allá de lo definido por el artículo 20, apartado 2, del PIDCP.

74 Definición práctica de distorsión y negación del Holocausto, Alianza Internacional para el Recuerdo del Holocausto (IHRA). [documento en inglés]

75 Véase la decisión marco 2008/913/JAI de la Unión Europea, artículo 1, letras c) y d). [documento en inglés]

76 La negación del Holocausto en el derecho penal, sesión informativa del Parlamento Europeo, enero de 2022. [documento en inglés]

77 Rumanía, Ordonanța de Urgență nr. 31 [ordenanza de emergencia núm. 31], 13 de marzo de 2022, artículo 6, modificada por la Ley núm. 217 de 23 de julio de 2015 (en rumano, traducción no oficial).

castiga con pena de prisión de seis meses a tres años o con multa». Lo mismo se aplica al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Si se utiliza un sistema informático en el delito mencionado, se aplica una pena de prisión de seis meses a cinco años.

En Francia, la Ley Gayssot⁷⁸ penaliza el acto de «contestar» crímenes contra la humanidad, tal y como se definen en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres de 1945. En Austria, de conformidad con el artículo 3h de la Ley de Prohibición⁷⁹, cualquiera que «públicamente niegue, trivialice, apruebe o trate de justificar el genocidio nacionalsocialista u otros crímenes nacionalsocialistas contra la humanidad» será castigado con penas de prisión de seis meses a cinco años. Si el delito se comete en una obra impresa, en la radio o en cualquier otro medio o de tal forma que sea accesible a muchas personas, la pena será de prisión de uno a diez años. En los casos más graves, la pena puede ser de diez a veinte años de prisión.

Delitos de difusión pública

La decisión marco de la Unión Europea también indica a los Estados miembros que prohíban por ley la difusión o distribución pública de escritos, imágenes u otros materiales que inciten al odio o la violencia. Sin embargo, los códigos penales vigentes de los Estados miembros de la Unión Europea no siempre exigen que la conducta de difusión incite al odio o a la violencia. Por ejemplo, el código penal de Dinamarca incluye un delito de difusión, que no está explícitamente vinculado a la incitación a la violencia o al odio.

Ejemplo de disposición nacional que penaliza la difusión pública de comunicaciones o declaraciones racistas (etc.)

Artículo 266b del código penal de Dinamarca⁸⁰

Quien difunda pública o intencionadamente cualquier declaración u otra comunicación mediante la cual se amenace, insulte o descalifique a un

78 Francia, [Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe](#) [Ley n.º 90-615 de 13 de julio de 1990 relativa a la represión de todo acto racista, antisemita o xenófobo] (en francés, traducción no oficial).

79 Austria, [Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Verbotsgesetz 1947, Fassung vom 17.10.2024](#), [Ley de prohibición de 1947, Ley Federal Consolidada, versión del 17.10.2024 (en alemán, traducción no oficial)].

80 Dinamarca, [Bekendtgørelse af straffeloven](#) [código penal] (en danés, traducción no oficial).

grupo de personas por su **raza, color, origen nacional o étnico o creencias religiosas, o discapacidad, o por su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales** de dicho grupo, será castigado con una multa o una pena de prisión de hasta dos años.

Delitos de difamación

La difamación de un individuo o un grupo por razón de características específicas puede encontrarse en los códigos penales nacionales. Sin embargo, las normas internacionales no recomiendan ni exigen su tipificación como delito⁸¹.

Ejemplo de disposición sobre difamación

Artículo 355 del código penal de la República Checa⁸²

(1) Quien difame públicamente

a) a una nación, su lengua, una raza o un grupo étnico, o

b) a un grupo de personas a causa de su raza real o supuesta, su pertenencia a un grupo étnico, su nacionalidad, sus creencias políticas, su religión o porque real o supuestamente carecen de religión,

será castigado con pena de prisión de hasta dos años.

Delitos de injurias motivados por prejuicios

Es posible que los fiscales nacionales dispongan de diversas formas de disposiciones que penalicen los insultos motivados por prejuicios. También es posible que las disposiciones pertinentes sobre insultos sólo estén disponibles en el derecho civil o no lo estén en absoluto.

81 Para una revisión y análisis de los enfoques actuales de la penalización de la difamación y la injuria en la región de la OSCE, véase Scott Griffen, [Leyes sobre difamación e injurias en la región de la OSCE](#). [documento en inglés]

82 República Checa, [Zákon trestní zákoník](#) [código penal] (en checo, traducción no oficial).

El artículo 5 del protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia⁸³ estipula: «1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta: insultar en público, por medio de un sistema informático, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo que se caracterice por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características. 2. Cualquiera de las Partes podrá: a) exigir que el delito a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tenga como efecto **exponer** a la persona o grupo de personas previstas en el párrafo 1 al odio, **al desprecio o al ridículo**; o b) reservarse el derecho a no aplicar, en su totalidad o en parte, el párrafo 1 del presente artículo».

El apartado 11 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la lucha contra el «discurso de odio»⁸⁴ recomienda que también estén sujetos a responsabilidad penal los insultos públicos sexistas y LGBTI-fóbicos **en condiciones como las establecidas específicamente para los insultos en línea** en el citado protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia.

Ejemplo de disposición sobre injurias

Según el artículo 448 del código penal de Bélgica⁸⁵, «El que **insulte a una persona**, ya sea por hechos, ya sea por escritos, imágenes o emblemas, en una de las circunstancias indicadas en el artículo 444, será castigado con la pena de prisión de ocho días a dos meses y multa de veintiséis [euros] a quinientos [euros], o con una sola de estas penas».

El artículo 444 del código penal de Bélgica establece: «El culpable será castigado con pena de prisión de ocho días a un año y multa de veintiséis [euros] a doscientos [euros], cuando las imputaciones se hayan hecho bien en reuniones o lugares públicos; bien en presencia de varias personas, en un lugar no público, pero abierto a un cierto número de personas que tengan derecho a reunirse o a frecuentarlo; bien en cualquier lugar, en presencia de la persona ofendida y delante de testigos».

83 [Protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos, Injurias motivadas por racismo y xenofobia](#), Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003. [documento en inglés]

84 [Recomendación CM/Rec \(2022\) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra la incitación al odio](#), Consejo de Europa, párrafo 11 (d). [documento en inglés]

85 [Código penal de Bélgica](#).

Según el artículo 453 bis del código penal de Bélgica, «la pena mínima por calumnia, difamación e **injuria** puede **duplicarse si éstas están motivadas por el odio, el desprecio o la hostilidad contra personas debido a su supuesta raza, color de piel, patrimonio, origen nacional o étnico, nacimiento, edad, fortuna, convicción religiosa o filosófica, estado de salud presente o futuro, discapacidad, lengua, convicción política, convicción sindical, característica física o genética u origen social**».

Como se explica en un estudio encargado por el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, «el término “insulto” no está definido en la ley, pero, en general, se constituye por una acusación imprecisa que puede dañar el honor de una persona. En la práctica, también requiere un elemento de malicia»⁸⁶.

Ejemplo de insulto motivado por prejuicios y su procesamiento (Bélgica)⁸⁷

«El autor o autores escriben insultos racistas y pintadas ofensivas en el hueco de la escalera de un edificio de apartamentos con bolígrafo negro, y una flecha que apunta al apartamento de la víctima.»

«Este delito fue enjuiciado como injuria en virtud de los artículos 448 y 444 del código penal, cometido con un motivo de prejuicio reconocido por el artículo 453 bis. Cuando no sea posible un procesamiento por injurias motivadas por prejuicios, los fiscales deben tratar de seleccionar un delito que tenga en cuenta la clara orientación, en este delito indicada por la flecha que apunta al apartamento de la víctima y el probable impacto en la víctima. Por ejemplo, los fiscales podrían considerar la aplicación de un delito de daños a la propiedad con agravante racial o, dependiendo de las circunstancias, de amenaza o acoso con agravante racial.»

⁸⁶ Scott Griffen, [Leyes sobre difamación e injurias en la región de la OSCE](#). [documento en inglés]

⁸⁷ Ejemplo publicado por el organismo belga de igualdad en su [página web](#).

Nota para los fiscales: infracciones civiles y administrativas⁸⁸

Las soluciones civiles y administrativas son especialmente pertinentes en los casos de «discurso de odio» que no alcanzan el umbral para el enjuiciamiento penal. Las soluciones civiles pueden incluir el pago de daños y perjuicios, medidas cautelares para evitar la reiteración, y el reconocimiento público de que determinadas declaraciones constituyan «discurso de odio». Las soluciones administrativas implican acciones emprendidas por los organismos públicos para hacer cumplir la normativa y pueden incluir multas, el bloqueo o la eliminación de los contenidos infractores y la revocación de licencias. Estas medidas pueden ejercerse en paralelo o independientemente de los procedimientos penales.

Los fiscales pueden desempeñar un papel clave a la hora de llamar la atención de las víctimas y sus abogados sobre estas posibles soluciones y remitirlos cuando proceda.

2.3 DELITOS EN LA INTERSECCIÓN

Este grupo de delitos incluye las amenazas y el acoso en lugar público o las conductas que infundan miedo, alarma y angustia en otras personas. En el caso del vandalismo, estos delitos pueden incluir también la violencia colectiva. Como se expone en el árbol de decisiones del fiscal en el capítulo 3, dependiendo del contexto y las circunstancias, estos delitos pueden tener lugar junto con los delitos tipificados de «discurso de odio», incluida la incitación al odio o a la violencia. Una cuestión clave para los fiscales será si esta conducta también incita a otros a la violencia o al odio (guiados por la prueba de seis factores del Plan de Rabat), en cuyo caso serán pertinentes las consideraciones relativas a la libertad de expresión.

En este apartado también se incluyen los delitos relacionados con pintadas, ya que, dependiendo del contexto y de sus características particulares, estos incidentes pueden ser constitutivos de delitos de odio, insultos motivados por prejuicios, amenazas o delitos tipificados de «discurso de odio». Como se explica en el capítulo 3, en algunas circunstancias, las pintadas también pueden ser un indicador de prejuicio para un delito de odio.

⁸⁸ Exposición de motivos de la Recomendación CM/Rec(2022)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra la incitación al odio, Comité Directivo de Lucha contra la Discriminación, Diversidad e Inclusión (CDADI) y Comité Directivo de Medios de Comunicación y Sociedad de la Información (CDMSI), 1434ª reunión, 11, 13 y 17 de mayo de 2022. [documento en inglés]

2.3.1 DELITOS DE ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y MOLESTIAS MOTIVADOS POR PREJUICIOS

Este grupo de delitos son actos de habla o expresiones en los que la forma básica, sin agravantes, del delito está presente en el código penal, y el contenido del discurso comprende la totalidad del delito. En algunos países, los disturbios o alteraciones del orden público de menor gravedad, así como otros delitos de orden público y molestias, se tipifican como faltas e infracciones administrativas.

Ejemplo de disposición relativa a un delito de alteración del orden público motivado por prejuicios

Ley de Orden Público de 1986, artículo 5, «Acoso, alarma o angustia» (Reino Unido [Inglaterra y Gales])⁸⁹

- (1) Comete un delito quien
 - (a) emplea palabras o comportamientos amenazadores (o injuriosos), o genera escándalo público, o
 - (b) muestra cualquier escrito, señal u otra representación visible que sea amenazadora (o injuriosa), al alcance del oído o la vista de una persona a la que pueda acosar, alarmar o angustiar.
- (2) Un delito tipificado en este artículo puede cometerse en un lugar público o privado, salvo que no se comete delito cuando las palabras o el comportamiento son utilizados, o el escrito, signo u otra representación visible es exhibido, por una persona dentro de una vivienda y la otra persona se encuentra también dentro de esa u otra vivienda.
- (3) En su defensa el acusado debe probar
 - (a) que no tenía motivos para creer que hubiera ninguna persona a la vista o que pudiera oírlo y a la que se pudiera acosar o causar alarma o angustia, o
 - (b) que se encontraba en el interior de una vivienda y no tenía motivos para creer que las palabras o el comportamiento utilizados, o el escrito, signo u otra representación visible exhibidos, serían oídos o vistos por una persona que se encontrara fuera de esa o de cualquier otra vivienda, o
 - (c) que su conducta fue razonable.

[...]

89 Reino Unido, [Ley de Orden Público, 1986, sección 5](#). [documento en inglés]

- (6) La persona culpable de un delito tipificado en este artículo podrá ser condenada en juicio sumario a una multa no superior al nivel 3 de la escala estándar.

El artículo 31 de la Ley de Delincuencia y Disturbios de 1998⁹⁰ establece agravantes por motivos raciales y religiosos para éste y otros delitos similares (delitos sustantivos).

Ejemplo de delito de alteración del orden público motivado por prejuicios

Mientras deambula por una concurrida calle comercial en pleno día, un hombre lanza repetidas imprecaciones de carácter racista y xenófobo. No se dirige a personas concretas y no conoce a nadie en las inmediaciones. Vocifera en dirección a las personas circunstantes, varias de las cuales cruzan de acera para evitarlo.

En este caso, se cumplen varios elementos del delito de alteración del orden público: el hombre profiere amenazas e injurias, el incidente tiene lugar en público y existe la probabilidad de causar alarma o angustia a las personas que se encuentran suficientemente próximas al infractor como para verlo y oírlo. El delito también tiene un claro agravante racial.

Este tipo de incidentes tienden a encajar en una calificación de nivel inferior de los delitos de alteración del orden público o molestias. En la práctica, los fiscales tendrán que calibrar su planteamiento para tener en cuenta la naturaleza y las consecuencias de estos delitos y garantizar que, cuando el comportamiento vaya acompañado de una agresión física o amenaza directa, el contenido del comportamiento insultante o injurioso también se considere detenidamente como un indicador de prejuicio y como prueba potencial de una agresión motivada por prejuicios (delito de odio). Los fiscales deben buscar pruebas de amenazas directas, comportamientos como empuñar armas o incidentes en los que participan grupos de agresores.

También puede haber ejemplos en los que estas disposiciones puedan **utilizarse indebidamente** para el procesamiento de delitos de odio más graves, como se explica en el capítulo 4.

90 Reino Unido, [Ley sobre delincuencia y disturbios, sección 31](#). [documento en inglés]

2.3.2 DELITOS DE VANDALISMO MOTIVADO POR PREJUICIOS

El «vandalismo» suele implicar conductas alborotadas, intimidadoras, ilícitas o violentas, llevadas a cabo por grupos. Se asocia sobre todo a los encuentros deportivos, por ejemplo, de fútbol: suelen producirse incidentes de este tipo entre hinchas que acuden a otra ciudad, con ocasión de un partido de su equipo, y cometen actos de intimidación y violencia. El vandalismo también puede incluir delitos motivados por prejuicios, o crear el contexto para ellos. Por ejemplo, la violencia que tiene como objetivo las manifestaciones del Orgullo⁹¹. En algunas jurisdicciones, los fiscales tendrán la opción de calificar un delito como vandalismo motivado por prejuicios o de llamar la atención del tribunal sobre un incremento general de la pena aplicable para reconocer el prejuicio en la fase de sentencia. Al considerar la aplicabilidad de una acusación de vandalismo a un incidente, es esencial que los fiscales consideren también si el incidente implicó agresiones específicas motivadas por prejuicios u otros delitos de odio. No identificar y abordar adicionalmente estos delitos específicos niega a las víctimas su derecho a una investigación efectiva y a sus plenos derechos de participación y reduce su acceso a la asistencia especializada.

Ejemplo de disposición sobre vandalismo motivado por prejuicios

Artículo 287 del código penal de Moldavia⁹²

- (1) El vandalismo, es decir, las acciones deliberadas que atenten gravemente contra el orden público, que impliquen el uso de la violencia o amagos de violencia contra las personas, la resistencia violenta a un representante de las autoridades o a otra persona que reprima las acciones vandálicas, así como las acciones caracterizadas por un cinismo excepcional en su contenido o una insolencia especial, será castigado con una multa de 550 a 1050 unidades convencionales, o con trabajos comunitarios no remunerados durante un período de 180 a 240 horas, o con una pena de prisión de hasta 3 años.
- (2) La misma acción realizada: [...] b) por dos o más personas; c) en el territorio o las dependencias de una institución sanitaria pública o privada, d) en relación con un médico o profesional sanitario en el ejercicio de sus funciones oficiales; e) **fundada en prejuicios**, será sancionada con multa de 750 a 1350 unidades convencionales o prisión de hasta 5 años.

91 Véase, por ejemplo, [Ultras atacan una manifestación LGBT en Polonia](#), *New York Times*, 27 de julio de 2019. [Vídeo en inglés]

92 [Código penal de Moldavia](#), CP985/2002 (en rumano, traducción no oficial).

- (3) El vandalismo doloso, es decir, las acciones previstas en los apartados (1) o (2), cometidas con el uso o la tentativa de uso de armas u otros objetos para causar lesiones corporales u otros daños a la salud, se castiga con una pena de prisión de 3 a 7 años.

Ejemplo ilustrativo de un delito de vandalismo motivado por prejuicios

En mayo de 2018, más de 30 hombres enmascarados atacaron viviendas romaníes cerca del pueblo de Rudne, en la región ucraniana de Lviv. El incidente incluyó ataques incendiarios contra las casas y graves agresiones físicas. La policía informó a la prensa de que el ataque había sido calificado de «vandalismo»⁹³.

En éste y otros casos similares, el fiscal puede considerar la posibilidad de presentar cargos por ataques incendiarios y agresiones motivados por prejuicios. Si la acusación de vandalismo también es apropiada, con arreglo al código penal de Ucrania, el fiscal también puede llamar la atención del tribunal sobre la aplicabilidad de una disposición general de agravante de la pena para reconocer la motivación de prejuicio (artículo 67, «Circunstancias que agravan la pena»).

Artículo 67 del código penal de Ucrania⁹⁴

1. A efectos de la imposición de una pena, se considerarán circunstancias agravantes las siguientes

[...]

3) la comisión de un delito penal por motivos de odio o discordia racial, nacional o religiosa, o por motivos de género;

[...]

93 Jonathan Lee, [Romaníes quemados en sus casas por hombres enmascarados mientras la violencia aumenta en Ucrania](#), Centro Europeo para los Derechos de los Romaníes, 12 de mayo de 2018. El caso también se menciona en [Delitos de odio antiromaní y tratamiento de las necesidades de seguridad de las comunidades romaní y sinti](#), OSCE/OIDDH, 18 de mayo de 2023, p. 17. [documentos en inglés]

94 [Código penal de Ucrania](#), modificado por última vez el 4 de junio de 2021. [documento en inglés]

2.3.3 PINTADAS

Aunque las pintadas no suelen estar tipificadas en los códigos penales nacionales, dependiendo del contexto y de sus características particulares, estos incidentes pueden constituir delitos de odio, insultos motivados por prejuicios, amenazas o delitos tipificados de «discurso de odio». Por ejemplo, las pintadas racistas en una pared podrían calificarse correctamente como delitos de odio, como «daños a la propiedad» con agravante. Por otra parte, el contenido de la pintada, su contexto y ubicación, incluido el modo en que estos factores condicionan su difusión y la probabilidad de causar daños, podría sugerir una calificación de incitación al odio o a la violencia. Otra posibilidad, explicada en la sección 2.2.1, es que las pintadas racistas en la pared del apartamento de la víctima se calificaran como insultos motivados por prejuicios. Una pintada similar dirigida contra un individuo o grupo concreto podría calificarse de amenaza motivada por prejuicios. Como se explica en el capítulo 3, en algunas circunstancias, las pintadas también pueden ser un indicador de prejuicio para un delito de odio. Véase el capítulo 5, sobre las necesidades de las víctimas.

Ejemplo de pintadas

En la pared de una escuela de Šibenik (Croacia), aparecen pintadas antiserbias con esvásticas y llamamientos a matar niños serbios. Las inscripciones rezan: «matamos a Arkan, luego a Ceca... matad niños serbios»; «matad a un serbio, Vukovar - nunca ВУКОВАР»⁹⁵. También se ha dibujado una esvástica con el año 1986 escrito en los cuatro cuadrados de la cruz.

El fiscal calificó el incidente, en virtud del artículo 235 del código penal croata, como «daños a la propiedad ajena», cometidos con un motivo vil⁹⁶.

95 Arkan fue un comandante militar serbio durante el conflicto de los Balcanes, y Ceca era su esposa. ВУКОВАР es el nombre de la ciudad de Vukovar en cirílico, el alfabeto utilizado en serbio. Vukovar limita con Serbia y fue escenario de una atrocidad cometida por el ejército serbio en 1991 durante el conflicto de los Balcanes.

96 Croacia, *Kazneni zakon* [código penal], artículo 235 (1), «Quien dañe, destruya, deforme o inutilice la propiedad de otra persona, será castigado con pena de prisión no superior a dos años... (3) Si el autor comete el delito contemplado en los apartados 1 o 2 del presente artículo **por motivos infundados**, será castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años». (En croata, traducción no oficial).

El artículo 325 del código penal croata tipifica el delito de «incitación pública a la violencia y al odio»⁹⁷. En estos casos, el fiscal puede considerar si las pintadas o el vandalismo van dirigidos al colectivo al que pertenece el propietario del establecimiento, en cuyo caso es más probable que se trate de un delito de odio, o si la expresión va dirigida al público general para incitar a otros al odio, la discriminación o la violencia. De ser así, los fiscales deberán tener en cuenta las disposiciones legislativas, la jurisprudencia disponible y las pruebas de umbral del Plan de Rabat para determinar si en este caso procede una acusación de incitación al odio.

97 *Ibidem*. Artículo 325 (Incitación pública a la violencia y al odio), «(1) Será castigado con pena de prisión de hasta tres años quien, en forma impresa, a través de la radio, la televisión, un sistema informático o una red, en una reunión pública o de cualquier otro modo, incite públicamente o ponga a disposición del público panfletos, imágenes u otro material que instigue a la violencia o al odio contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo por motivos de raza, religión, origen nacional o étnico, idioma, ascendencia, color, sexo, orientación sexual, identidad de género, discapacidad o cualquier otra característica». (En croata, traducción no oficial).

3 El árbol de decisiones del fiscal

Este árbol de decisiones está diseñado para profesionales ya formados en la identificación y procesamiento de los delitos de odio. Su objetivo es poner de relieve las diferencias clave en la práctica del procesamiento entre los delitos de odio y los delitos de «discurso de odio» penalizados y ofrecer preguntas orientativas para apoyar a los fiscales en la aplicación de sus disposiciones nacionales. No puede aplicarse a todas las situaciones, y los fiscales deberán utilizar su criterio propio y aplicar la legislación nacional según proceda. Para más información sobre los fundamentos del concepto de delito de odio, véase el capítulo 1 y las orientaciones de la OIDDH sobre el procesamiento de los delitos de odio⁹⁸. Esta sección acompaña al lector por la estructura del árbol de decisiones, y debe leerse con el gráfico a mano.

El árbol de decisiones comienza en el momento en que un caso se remite al fiscal. Dependiendo del sistema jurídico y de las competencias y el papel del fiscal, un caso puede remitirse al fiscal en algún momento durante la investigación o hacia su finalización, o en el momento de la acusación. En esta fase, lo más probable es que el proceso de investigación haya identificado un posible delito penal que indique una posible acusación. La infracción penal puede consistir en cualquier delito tipificado en el código penal.

Los delitos de odio no son suficientemente denunciados por las víctimas y pueden no ser identificados ni registrados por los investigadores policiales. Para contrarrestar este riesgo de infradeclaración y subregistro, la herramienta pretende abrir el campo de posibilidades para captar delitos de odio formulando preguntas abiertas y fomentando el uso de indicadores de prejuicio (véase la pregunta 1 más abajo).

Las preguntas 1 a 3 tienen por objeto ayudar a los fiscales a:

- Establecer si existe odio, prejuicio o sesgo.
- Determinar si las pruebas de odio o prejuicio indican un delito de odio o una calificación de «discurso de odio» tipificado como delito.

98 OSCE/OIDDH, [Procesamiento de los delitos de odio](#). [documento en inglés]

1: ¿Implica el incidente odio, prejuicio o sesgo?

El objetivo de esta pregunta es ampliar al máximo el radio de posibilidades, lo que es especialmente importante para identificar, registrar y responder a los delitos de odio.

Como se explicó en el capítulo 1, la presencia de odio, prejuicios o sesgo será más obvia en los casos de «discurso de odio» tipificado como delito. En los casos de delitos de odio, los investigadores y los fiscales pueden tener que coordinarse estrechamente para identificar y conseguir pruebas de un motivo de prejuicio. En la fase más temprana, se recomienda utilizar indicadores de prejuicio para identificar posibles pruebas de prejuicio. Estas pruebas deben ser revisadas y aplicadas de nuevo por los fiscales, según proceda.

Indicadores de prejuicio: una visión general⁹⁹

Los indicadores de prejuicio son «hechos, circunstancias o pautas objetivas que concurren en un acto o actos delictivos y que, por sí solos o en conjunción con otros hechos o circunstancias, sugieren que las acciones del infractor estuvieron motivadas, en todo o en parte, por cualquier forma de prejuicio»¹⁰⁰. Como tales, los indicadores de prejuicio son una herramienta crucial para identificar los delitos de odio.

Los indicadores comunes de prejuicio pueden clasificarse en ocho categorías principales que se enumeran a continuación. Es probable que más de un indicador de prejuicio esté presente en un posible caso de delito por odio. Los indicadores de prejuicio también pueden variar en función del tipo de delito por odio. Los informes anuales de delitos de odio de la OIDDH incluyen incidentes de delitos de odio racista y xenófobo, delitos de odio antigitano, delitos de odio antisemita, delitos de odio antimusulmán, delitos de odio anticristiano, otros delitos de odio basados en la religión o las creencias, delitos de odio basados en el género, delitos de odio anti-LGBTI y delitos de odio por discapacidad¹⁰¹.

99 Véase [Utilización de indicadores de prejuicio: herramienta práctica para la policía](#), OSCE/OIDDH, 28 de mayo de 2019. [documento en inglés]

100 Modelo de protocolo para la investigación de delitos con prejuicio; citado en: [Compilación de datos sobre delitos de odio y mecanismos de supervisión: Guía práctica](#), OSCE/OIDDH, 29 de septiembre de 2014, p. 15. [documento en inglés]

101 [Colección de fichas técnicas sobre delitos de odio](#), OSCE/OIDDH; [Informe de delitos de odio de la OIDDH](#). [documentos en inglés]

Percepción de víctimas y testigos

Incluso en ausencia de otros indicadores de prejuicio, la forma en que las víctimas o los testigos perciben el delito que experimentan o presencian es de vital importancia. Aunque en un principio no sean capaces de precisar los factores que les hacen ver las acciones de los infractores como motivadas por prejuicios, su impresión del ataque no puede descartarse. De hecho, los investigadores y fiscales encontrarán a menudo otros indicadores de prejuicio que confirmen su percepción.

Comentarios, declaraciones escritas, gestos o pintadas

Los autores de delitos de odio suelen dejar claros sus prejuicios antes, durante o después del acto. Quienes cometen delitos de odio generalmente quieren enviar un mensaje a sus víctimas y a los demás, y estos mensajes, desde insultos a gestos o pintadas, pasando por publicaciones en Internet, son poderosos indicios de motivación por prejuicio.

Diferencias étnicas, religiosas o culturales entre el agresor y la víctima

Las diferencias entre agresores y víctimas pueden ser un indicador de prejuicio. Esto es especialmente cierto cuando las víctimas pueden identificarse visiblemente como miembros de un determinado grupo. Estos identificadores pueden incluir el color de la piel, la vestimenta religiosa, como el pañuelo que usan muchas musulmanas para cubrirse la cabeza, u otras prendas identificativas, como llevar una bandera arcoíris en apoyo del movimiento por la igualdad LGBTI.

Grupos de odio organizados

Aunque no todos los delitos de odio se llevan a cabo por grupos organizados, sus miembros o asociados suelen estar implicados en su comisión.

Localización y momento

El lugar y el momento en que se produce un incidente pueden ser indicadores significativos de prejuicio. Esto puede incluir lugares específicos y fechas relevantes para una comunidad en particular o relacionados con dicha comunidad. Dado que los autores de delitos de odio pueden percibir sus acciones como justificadas por ideologías nacionalistas, las fechas y localidades significativas relacionadas con la cultura dominante, la religión o incluso las celebraciones nacionales también pueden proporcionar el contexto para los delitos de odio.

Antecedentes de patrones, delitos o incidentes reiterados

Si una víctima individual ha sido previamente objeto de un delito motivado por prejuicios, debe considerarse seriamente el posible motivo de prejuicio. Si se ha observado antes un *modus operandi* similar en una zona determinada, si hay un repunte de incidentes motivados por prejuicios o si un grupo concreto ha recibido amenazas, esto también debería hacer sospechar de un motivo de prejuicio. Del mismo modo, si los sospechosos tienen un historial de participación en delitos motivados por prejuicios, esto debe considerarse un indicador de prejuicio.

Naturaleza del ataque

Los delitos de odio pretenden transmitir un mensaje, es decir, buscan sembrar el miedo en otras personas que comparten la característica protegida de la víctima, por lo que el grado de violencia, daño y brutalidad tiende a ser grave. Como expresión de superioridad sobre el grupo concernido y de rechazo del mismo, los delitos de odio también pueden implicar un trato degradante destinado a menoscabar la dignidad de las víctimas.

Falta de otros motivos

Los delitos de odio suelen dirigirse a las víctimas como «representantes» de un colectivo. La selección del destinatario puede, por tanto, parecer aleatoria y, dada la falta de conexión entre el infractor y la víctima, puede que no haya un móvil evidente. En estos casos, no debe descartarse la posibilidad de un motivo de prejuicio.

Es importante señalar que la **percepción de la víctima** es un indicador clave de prejuicio. Es una buena práctica dejar constancia de los casos en los que las víctimas perciben que los delitos implican prejuicios, incluso si no hay pruebas suficientes para incluir el motivo del prejuicio en el momento de la acusación o para presentarlo posteriormente en la fase de sentencia. También es una buena práctica que la policía y, en su caso, el fiscal, reconozcan la percepción de la víctima de que el incidente ha sido un delito de odio y se aseguren de que se la derive a una organización de apoyo especializada cuando esté disponible. La respuesta de la policía y la fiscalía a las víctimas y comunidades que perciben que un delito fue motivado por prejuicios puede tener un impacto duradero. Una respuesta deficiente puede causar más daños individuales, victimización secundaria y daños a largo plazo en la confianza de la comunidad, lo que lleva a que se denuncien menos delitos de odio.

Si la respuesta a la pregunta 1 es «sí», los fiscales deben comprobar si las víctimas han sido remitidas a un servicio de apoyo especializado y, en su caso, a un abogado. Si el fiscal estima probable que la víctima tenga que testificar cuando el caso avance, ya pueden plantearse las adaptaciones procesales y de otro tipo que vaya a necesitar. En este sentido, el capítulo 5 contiene más orientaciones sobre las necesidades de las víctimas.

Si la respuesta a la pregunta 1 es «no», o si el fiscal no está seguro, se le anima a que vuelva a examinar la cuestión, especialmente si la víctima o el testigo perciben que el incidente es un delito de odio o está motivado por prejuicios. Se podría considerar la posibilidad de pedir consejo a un compañero con más experiencia o, si está disponible, a un especialista en delitos de odio. Si, después de una minuciosa consideración, la respuesta sigue siendo «no», el caso no es un delito de odio ni «discurso de odio» penalizado y debe tratarse de acuerdo con la legislación y los procedimientos nacionales¹⁰².

Nota para los fiscales: Respuesta de derecho civil y administrativo

Si existe odio o prejuicio y no se alcanza el umbral penal, es importante recordar que las infracciones que no llegan a ser penales pueden indicar un riesgo de escalada hacia delitos penales más graves y también causar un daño significativo a las víctimas. Los fiscales deben coordinarse con las víctimas y sus abogados y otras partes interesadas, como los organismos de igualdad, los reguladores de los medios de comunicación u otras autoridades que puedan dar una respuesta en virtud del derecho civil o administrativo.

2: ¿Incluye el incidente un discurso o expresión de prejuicio?

La «expresión prejuiciosa» puede ser verbal, gestual o escrita (publicada en Internet o en forma de pintadas).

Los fiscales deben considerar si existe alguna expresión de odio o prejuicio. En este punto, no es necesario considerar si el contenido de la expresión en sí alcanza el umbral penal (esto se considera a partir de la pregunta 3). Si no hay ninguna expresión obvia de odio o prejuicio, los fiscales podrían volver a considerar si hay otros indicadores de prejuicio o sesgo presentes en el delito, como se indica en el punto 1 anterior.

Si la respuesta es «sí», pase a la pregunta 3.

¹⁰² Las orientaciones o comentarios sobre el enjuiciamiento de casos que no sean delitos de odio o «discurso de odio» tipificado como delito quedan fuera del ámbito de esta guía.

Si la respuesta es «no», pero se han identificado otros indicadores de prejuicio en la pregunta 1, pase a la pregunta 4.

3: ¿Es delito el incidente si se elimina la expresión de prejuicio?

Los delitos de odio son infracciones penales cometidas con motivo de prejuicio. El «prejuicio» se manifiesta cuando el autor ha atacado intencionadamente a una persona o un bien debido a uno o más rasgos de identidad o ha expresado hostilidad hacia esos rasgos de identidad durante el delito. Esto significa que, aunque se elimine el prejuicio, sigue existiendo un delito identificable, tipificado en el código penal, como por ejemplo una agresión. Por otra parte, en el caso del «discurso de odio» tipificado como delito, es el contenido de la expresión lo que constituye el delito. En otras palabras, si se elimina la expresión de prejuicio, no hay delito. Estos puntos se analizan en el capítulo 1.

Si la respuesta es «sí», es probable que el incidente sea un delito de odio. Si la respuesta es «no», es probable que el incidente incluya alguna forma de «discurso de odio» tipificado como delito.

Para los delitos de odio...

4: ¿De qué delito se trata? ¿Cuál es el delito base?

4a: El delito base no incluye habla ni expresión alguna

Estos delitos suelen estar tipificados en los códigos penales nacionales, como las formas de agresión física y sexual, el homicidio y los daños a la propiedad.

4b: El delito base incluye el habla o la expresión

Los delitos penales como las amenazas se cometen mediante el habla o la expresión, por ejemplo, una amenaza de muerte o de causar daños graves o acoso. En otras palabras, estos delitos siguen siendo delitos si se elimina la expresión de prejuicio; el delito base en sí también se comete mediante la expresión.

5: Identificar, recopilar y recabar pruebas de indicadores de motivo de prejuicio

En esta fase, los fiscales pueden volver a las pruebas de los indicadores de prejuicio identificados en las preguntas 1 y 2, y trabajar con la policía, cuando proceda, para recabar pruebas del motivo de prejuicio que puedan presentarse ante el tribunal. Estos pasos se analizan en profundidad en otras orientaciones de la OIDDH¹⁰³.

103 OSCE/OIDDH, *Procesamiento de los delitos de odio*.

6: Seleccionar la disposición de motivo de prejuicio

Se aconseja a los fiscales analizar en detalle la sección 2.1 de la presente guía, junto con el respectivo código penal, para ubicar la disposición legal más apropiada a la hora de reconocer el motivo de prejuicio (6a, 6b, 6c): delito sustantivo, aumento específico de la pena o aumento general de la pena.

Puede ocurrir que no exista ninguna disposición legal que se corresponda con el motivo de prejuicio (6d). Por ejemplo, el delito puede tener un móvil homófobo, pero la legislación nacional sobre delitos de odio no incluye la orientación sexual como característica protegida. En este caso, los fiscales pueden reconocer el motivo de prejuicio a la víctima, comprobar si tiene apoyo y explicar cómo procederá el caso cuando el código penal no contenga una herramienta legal adecuada para abordar el motivo de prejuicio específico. Es posible que el tribunal pueda considerar políticas generales de imposición de penas sobre factores agravantes o atenuantes, como la motivación del autor, que no mencionan específicamente el motivo de prejuicio pero que podrían ser aplicables al caso.

En ausencia de una disposición adecuada sobre los delitos de odio, los fiscales pueden verse tentados a utilizar una disposición de «discurso de odio» penalizado para reconocer el elemento de prejuicio del delito. Como se revisó en la sección 4.2, es poco probable que esta sea una estrategia de procesamiento adecuada y se corre el riesgo de socavar los principios de legalidad y proporcionalidad. Se anima a los fiscales a identificar otros cargos apropiados y recurrir a lo expuesto en el capítulo 4, especialmente en el ejemplo de la sección 4.2. Como también se explica en el capítulo 4, en el momento adecuado del proceso de elaboración de políticas, los fiscales pueden desempeñar un papel importante a la hora de destacar ante los responsables políticos y los legisladores las herramientas legales que faltan para hacer frente a los delitos de odio.

En cuanto al «discurso de odio» penalizado...

Esta publicación no ofrece orientación sobre el procesamiento de los delitos de «discurso de odio». Su propósito es mostrar que estas formas de delitos son distintas de los delitos de odio y requieren diferentes enfoques técnicos y consideraciones sobre las víctimas. Como tal, esta parte del árbol señala las disposiciones comúnmente tipificadas como delitos de «discurso de odio», para ayudar a los fiscales a inventariar las herramientas jurídicas que tienen a su disposición en su país.

Los puntos 7 y 8 del árbol de decisiones abordan el destinatario y el efecto del discurso o la expresión. Como se explica en la introducción de la presente guía, los delitos de «discurso de odio» son de naturaleza pública; sin embargo, el significado jurídico de los términos «público» o «públicamente» y el destinatario del discurso o expresión pueden variar enormemente.

Delitos de «discurso de incitación»

En estos casos, el discurso o la expresión tiene por objeto incitar a otros al odio o a la violencia contra un grupo determinado (7c + 8d). Como se explica en el capítulo 2, los fiscales deben basarse en la prueba de seis factores del Plan de Rabat, en la jurisprudencia nacional y, en su caso, en las sentencias pertinentes del TEDH para orientar su evaluación.

Es importante señalar que, en el caso de los delitos de «discurso de odio», el árbol de decisiones destaca el requisito técnico que supone probar un delito en grado de tentativa. En otras palabras, demostrar que el discurso lograría incitar a **otros** al odio o a la violencia contra el colectivo destinatario¹⁰⁴. En este sentido, la atención se centra en demostrar que el discurso se dirige a aquellos que serían incitados al odio o a la violencia contra un grupo protegido, o miembros de ese grupo, en lugar de dirigirse directamente al destinatario individual.

Es igualmente importante tener en cuenta el impacto de este discurso en las personas que son el blanco probable y eventual de este odio o violencia, incluso si no son un elemento constitutivo o el foco técnico de estos delitos. Por ejemplo, en el caso *Beizaras y Levickas contra Lituania*, el TEDH examinó la negativa de las autoridades lituanas a investigar y sancionar los comentarios en línea de «discurso de odio» dirigidos a incitar al odio y la violencia contra lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en general, así como personalmente contra los dos hombres. El tribunal sostuvo que Lituania había violado el artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio en relación con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y que el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) también había sido violado por las autoridades lituanas¹⁰⁵.

Injurias motivadas por prejuicios

En estos casos, el discurso o la expresión se dirige a una víctima individual (7a) y puede ser acosador, insultante, amenazador y ofensivo o exponer a la víctima al odio o al ridículo (8a). Los fiscales deben ser conscientes de que este tipo de conducta puede escalar hasta las amenazas directas de violencia, en cuyo caso podría ser más apropiado calificarla de «amenazas» o actos análogos. Véase el capítulo 5, relativo a las necesidades de las víctimas, así como la sección 2.2.1, que contiene ejemplos y disposiciones legales, y la sección 4.4, que contiene ejemplos nacionales.

104 ACNUDH, [Página sobre «incitación al odio»](#). [documento en inglés]

105 *Beizaras y Levickas contra Lituania*, demanda núm. 41288/15, TEDH, 14 de enero de 2020; [Protección de los derechos de las minorías. Guía práctica para elaborar legislación general contra la discriminación](#), ACNUDH, Equal Rights Trust, Nueva York y Ginebra, 2023, p. 178. [documentos en inglés]

Para los delitos en la intersección....

Delitos de alteración del orden público y molestias motivados por prejuicios

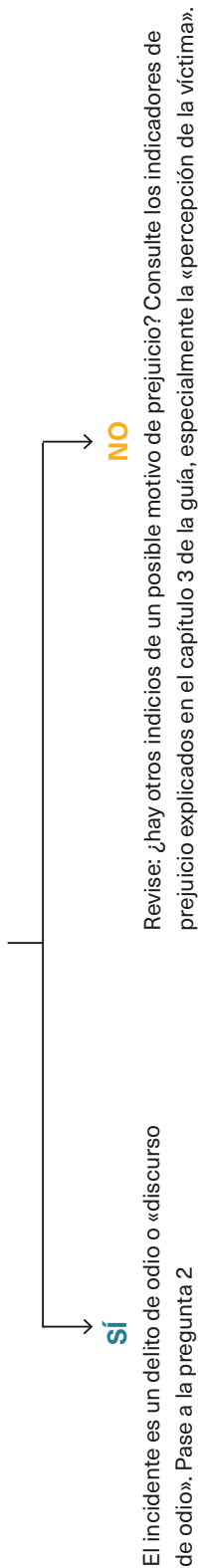
En estos casos, el discurso o la expresión suele tener lugar en un contexto analógico y público (7c), y tiene por objeto o efecto ser injurioso, alarmante o angustiante (8b). Sin embargo, incitar a otros a odiar o a actuar no es un elemento constitutivo de estos delitos. En las secciones 2.3 y 4.4 se exponen ejemplos y aspectos a tener en cuenta.

Vandalismo motivado por prejuicios

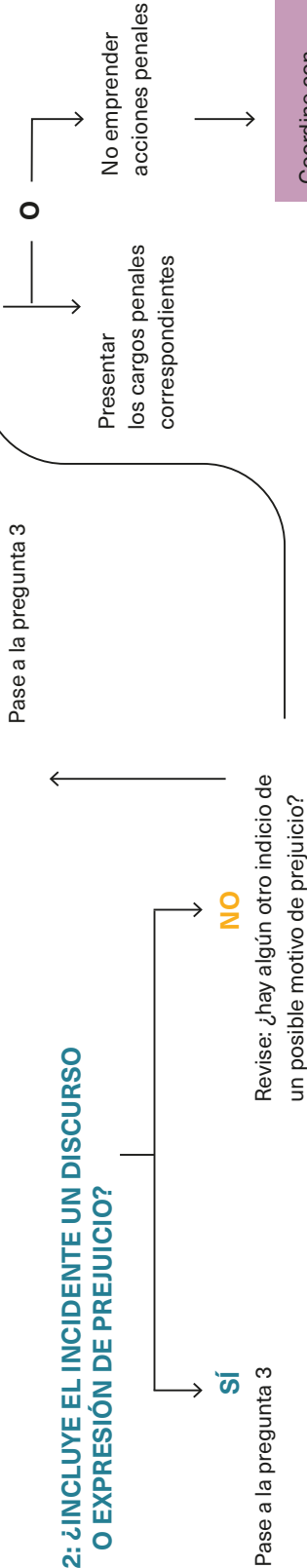
En estos casos, la conducta implica violencia llevada a cabo por grupos. La atención se centra en la violación del orden público, pero la conducta también puede ir dirigida contra víctimas individuales. La conducta tiene por objeto o efecto agraviar, alarmar o angustiar (8b) al público circundante (7c). Sin embargo, incitar a otros a odiar o a actuar no es un elemento constitutivo de estos delitos. En la sección 2.3.2 se exponen ejemplos y aspectos a tener en cuenta.

ÁRBOL DE DECISIONES DE LA FISCALÍA SOBRE DELITOS DE ODIOS/DISCURSOS DE ODIOS PENALIZADOS*

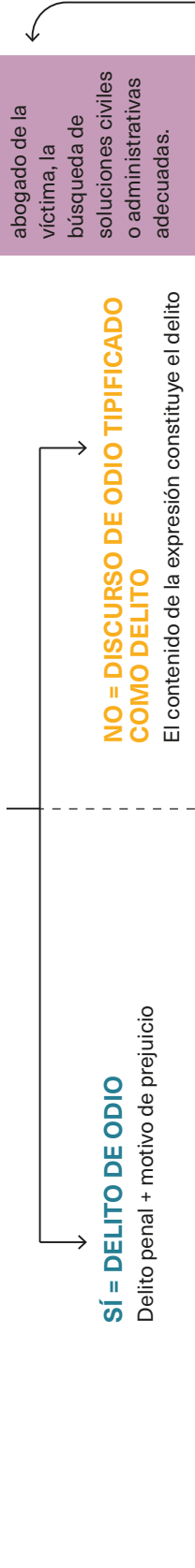
1: ¿IMPLICA EL INCIDENTE ODIOS, PREJUICIO O SESGO?



2: ¿INCLUYE EL INCIDENTE UN DISCURSO O EXPRESIÓN DE PREJUICIO?

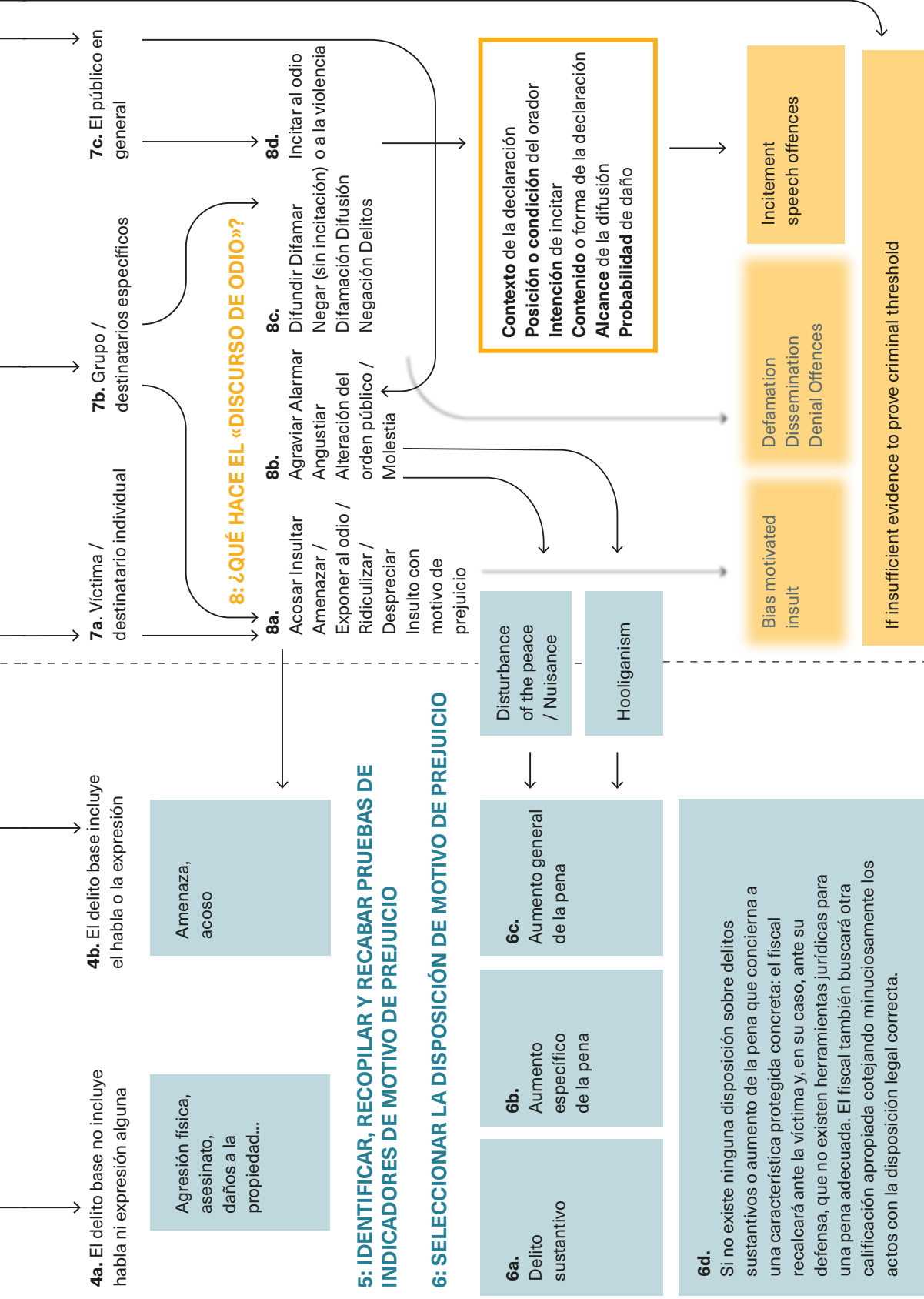


3: ¿ES DELITO EL INCIDENTE SI SE ELIMINA LA EXPRESIÓN DE PREJUICIO?



4: ¿DE QUÉ DELITO SE TRATA? ¿CUÁL ES EL DELITO BASE?

7: ¿A QUIÉN SE DIRIGE EL DISCURSO?



* Utilizar el árbol de decisiones del fiscal junto con el capítulo 3 de la guía, en el que se ofrecen orientaciones sobre el uso de esta herramienta.

4 Ejemplos de procesamiento en la práctica

En este capítulo se analizan casos ilustrativos de problemas prácticos de enjuiciamiento en este ámbito, extraídos de contextos nacionales. Entre ellos se incluyen: la práctica de aplicar las disposiciones sobre «discurso de odio» al procesamiento de los delitos de odio, incluso en contextos en los que no existen leyes aplicables sobre delitos de odio, y la calificación errónea de la gravedad de los delitos de odio. En el capítulo también se plantean ejemplos de casos mixtos, en los que un único incidente incluye delitos de odio enjuiciables y delitos de «discurso de odio» tipificados, y delitos «límtrofes», en los que los incidentes son difíciles de clasificar, porque contienen las características tanto de los delitos de odio como del «discurso de odio» tipificado.

NOTA: Las disposiciones legales a las que se hace referencia en los casos de este capítulo son las que estaban en vigor en el momento en que se enjuiciaron los incidentes. Las notas a pie de página se refieren a los textos tal como eran; los códigos actuales pueden diferir significativamente.

4.1 APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE EL «DISCURSO DE ODIO» PARA PROCESAR LOS DELITOS DE ODIO

En esta sección se reseñan dos casos en los que se utilizaron disposiciones que tipifican el «discurso de odio» para el procesamiento de delitos de odio.

4.1.1 CASO 1

Este caso tuvo lugar en el municipio de Žepče, cantón de Zenica-Doboj, Bosnia y Herzegovina, en 2022, y fue enjuiciado con arreglo a la legislación aplicable.

*Breve resumen del caso*¹⁰⁶

Durante la noche, dos hombres se resisten a una detención y agreden a dos agentes de policía que les han dado el alto por cometer múltiples infracciones de tráfico. Los agresores eran de etnia croata, mientras que los agentes de policía, tal como se deducía del nombre impreso en su placa, eran bosníacos. Cuando uno de los policías se disponía a cumplimentar una citación para el conductor, éste declaró «Tú eres el sargento ese de Zavidovići¹⁰⁷ que ha venido a Žepče a poner orden» y a continuación profirió insultos racistas de carácter antibosnio; también le golpeó las manos al agente, haciendo que se le cayera al suelo la documentación. El agente de policía intentó retener al conductor, que respondió empujándole y quitándole de las manos de una patada la linterna y las esposas. En ese mismo momento, el pasajero salió del vehículo y atacó al mismo policía, agarrándole y rasgándole el chaleco. El conductor también le rasgó la camisa al policía. El segundo agente, con la intención de ayudar a su compañero, sujetó de las manos al pasajero, para que su compañero pudiera detener al conductor. El pasajero se resistió a la detención atacando al segundo policía, pateándole las gafas, el teléfono móvil y la placa. Finalmente, también fue detenido. El conductor continuó agravando y amenazando al primer agente, profiriendo insultos contra los bosnios y diciendo: «Tarde o temprano te mataré. Has venido a territorio *ustaša*¹⁰⁸ para hacer cumplir las leyes».

Como consecuencia de este ataque, ambos policías sufrieron lesiones corporales leves.

Decisión de la fiscalía

El conductor y el pasajero fueron acusados de «atacar a un funcionario mientras realiza labores de seguridad». El conductor también fue acusado de «incitar al odio, la discordia o la hostilidad nacional, racial o religiosa». Ambos fueron acusados de cometer estos delitos como cómplices.

Comentario

Hay varios puntos que deben tenerse en cuenta al estudiar el enfoque adoptado por las autoridades fiscales. Los elementos esenciales del artículo 163 del código

106 Este caso tuvo lugar en una comunidad mixta, el municipio de Žepče del cantón de Zenica-Doboj, habitado por personas de etnia croata y de etnia bosnia y marcado por una historia de división étnica y violencia.

107 Localidad cercana, con una población de un 90% de bosnios.

108 La Ustaša fue una organización fascista y ultranacionalista croata, activa entre 1929 y 1945, conocida formalmente como Movimiento Revolucionario Croata. Véase, por ejemplo, [Ustaša | Fascist Regime, Genocide & War Crimes | Britannica](#) [Ustaša | Régimen fascista, genocidio y crímenes de guerra | Enciclopedia Británica].

penal de la Federación de Bosnia y Herzegovina¹⁰⁹ son: a) publicidad; b) incitación; c) odio, discordia u hostilidad nacional, racial o religiosa; d) pueblos constituyentes. El elemento a (publicidad) implica un delito cometido públicamente ante un público que puede ver, oír o leer, más que un delito cometido en un lugar público. Es importante señalar que el propio artículo 163 prescribe que el acto delictivo debe consistir en incitar o inflamar el odio (como acción continuada) entre «los pueblos constituyentes y otras personas que residan en la Federación».

En este caso, sólo cuatro personas tenían conocimiento del ataque en el momento del delito (dos agentes de policía y dos autores), y el incidente se produjo a las 4:20 de la madrugada en una zona relativamente aislada. Este delito debe cometerse con intención y, dadas las circunstancias, sería difícil demostrar que los acusados atacaron a los agentes de policía con el fin de incitar al odio entre los pueblos constituyentes u otros habitantes de la Federación, o con el conocimiento de que sus acciones comportarían dicha incitación. Por lo tanto, si no hay ni un público ni conocimiento del incidente, es difícil argumentar que el acto consiste, efectivamente, en una incitación al odio entre dichos pueblos.

Basándose en lo anterior, el fiscal podría haber presentado una acusación en virtud del artículo 359 del código penal, apartado 2, «atacar a un funcionario mientras realiza labores de seguridad»¹¹⁰, cometido con motivo de prejuicio. El artículo 2.11 del código penal establece el prejuicio como circunstancia agravante de cualquier delito¹¹¹. Con una acusación de este tipo, aunque el fiscal no pudiera probar el motivo de prejuicio, probablemente seguiría habiendo pruebas suficientes para demostrar que se produjo el ataque, el delito básico. Téngase en cuenta, en estos casos, que los indicadores de prejuicios raciales que acompañan a la comisión de un delito de odio no deben sumarse como «acusación doble» de «incitación al odio» y delito de odio. Antes bien, los procesos por delitos de odio y por «incitación al odio» son estrategias contrapuestas y no deben combinarse.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

- La respuesta tanto a la pregunta 1 como a la 2 es «sí». El incidente presentaba indicadores manifiestos de prejuicio, incluida la diferencia étnica entre las víctimas y el acusado, y la violencia no provocada.

109 Código penal de la Federación de Bosnia y Herzegovina, art. 163 (consultado en 2022): «Será castigado con pena de prisión de uno a cinco años quien incite e inflame públicamente el odio nacional, racial o religioso, la discordia o la hostilidad entre los pueblos constituyentes y otras personas que residan en la Federación». (En bosnio, traducción no oficial).

110 *Ibidem*, art. 359, párr. 2 (consultado en 2022): «Será castigado con pena de prisión de entre tres meses y tres años quien ataque o amenace seriamente con atacar a un funcionario o a una persona que ayude a un funcionario a realizar trabajos relacionados con la seguridad pública o la seguridad de la Federación, o tareas relacionadas con el mantenimiento del orden público». (En bosnio, traducción no oficial).

111 *Ibidem*, art. 2.11 (consultado en 2022): «Se entiende por delito de odio toda infracción penal cometida por motivos de raza, color, creencias religiosas, origen nacional o étnico, lengua, discapacidad, sexo, orientación sexual o identidad de género. Tal acto se considerará una circunstancia agravante a menos que el presente Código prevea expresamente un castigo más severo para la forma agravada del delito cometido por odio». (En bosnio, traducción no oficial).

Un indicador clave de prejuicio fue también el lenguaje o las expresiones utilizados durante el ataque.

- La respuesta a la pregunta 3 es «sí». En el incidente se produjeron varias agresiones, que seguirían siendo delitos sin la expresión de prejuicio. En este caso, el fiscal debe seguir el lado izquierdo del árbol de decisiones para establecer el tipo de delito de odio y determinar la aplicación de la legislación nacional pertinente.
- Pregunta 4 (¿de qué delito se trata?): El delito base se hallaría tipificado en el artículo 359 del código penal, apartado 2: «atacar a un funcionario mientras realiza labores de seguridad» (4a).
- Punto 5: Los indicadores de prejuicio se han mencionado anteriormente, y los testimonios de los dos agentes de policía deberían servir como elemento probatorio.
- Punto 6: La disposición pertinente de motivo de prejuicio sería el artículo 2.11 del código penal: un incremento general de la pena, que establece el prejuicio como circunstancia agravante de cualquier infracción penal (6c).

Otras observaciones

- Al optar por acusar de incitación al odio en lugar de hacerlo como delito de odio, la fiscalía podría tener dificultades para probar los elementos requeridos del delito, lo que podría dar lugar a la absolución de todos los cargos.
- La expresión de prejuicio descrita en este caso parecería, de hecho, prueba de un posible motivo discriminatorio para las agresiones, más que constituir un delito de incitación a la violencia o al odio.
- Si el fiscal no logra probar la incitación al odio, la consiguiente sentencia más benigna contribuiría *de facto* a la impunidad del motivo de prejuicio. Esto, a su vez, no cumple la finalidad legal del castigo, según el artículo 42 del código penal, a saber, condenar el delito, disuadir tanto al infractor en cuestión como a otros de cometer tales delitos, y aumentar la concienciación de la comunidad sobre el peligro del delito. Así, la incertidumbre y la incoherencia pueden socavar el propósito de la sanción, que debe ser correspondiente a los delitos del autor y que, con la individualización de la sentencia, debe determinar las sanciones que se solicitan o aplican.
- Cuando las acusaciones indebidas sobreviven al escrutinio judicial, se establece una jurisprudencia basada en descripciones fácticas que no se corresponden con los elementos del presunto delito. Esto puede poner en tela de juicio la legalidad e imparcialidad de los procedimientos, que son relevantes para las consideraciones más amplias del sistema de justicia penal en su conjunto.

En términos más generales, este caso ilustra un patrón de prácticas en los países en los que las disposiciones sobre «discurso de incitación» pueden utilizarse en exceso para procesar delitos de odio. Con el fin de evitar estas aplicaciones erróneas de la ley, se necesitan esfuerzos multiinstitucionales para garantizar que se toman las decisiones correctas en todas las fases del proceso, desde la investigación, pasando por el procesamiento, hasta la sentencia.

Consecuencias para los datos

En las bases de datos judiciales, este caso constaría como delito autónomo de incitación pública al odio, en virtud del artículo 163 del código penal. Este dato, por lo tanto, daría una impresión errónea de la prevalencia del «discurso de odio» como delito, y de la ausencia general de delitos de odio, lo que daría lugar a decisiones políticas mal fundamentadas. Las víctimas, tanto de los delitos de odio como de los «discursos de odio», deberían poder basarse en los datos disponibles para conocer sus derechos y gestionar sus expectativas. También es necesario disponer de datos precisos para sensibilizar al público en general sobre la naturaleza y la prevalencia de los delitos de odio y del «discurso de odio».

Posibles consecuencias para las víctimas

Los cargos seleccionados por el fiscal no reconocen a los policías como víctimas de un delito de odio, y los policías fueron interrogados como testigos y no como partes perjudicadas. También es importante señalar que, durante el juicio principal, el presidente del tribunal preguntó a los agentes de policía si querían presentar una demanda de indemnización como consecuencia de los daños que se les habían infligido.

4.1.2 CASO 2

Este caso se ha adaptado del sitio web de la Comisión Federal Suiza contra el Racismo¹¹². Tuvo lugar en Suiza y se juzgó en 2016 en virtud de la legislación aplicable.

Breve resumen del caso

Una usuaria de un dispositivo técnico de ayuda a la deambulación solicita a un conductor que mueva el vehículo, ya que le impedía acceder a la acera rebajada y entrar en un establecimiento comercial. El conductor se niega y le grita por la ventanilla que «se las arregle sola». Una transeúnte se acerca a ayudar a la mujer. El conductor le grita insultos racistas, concretamente contra los albaneses, y le propina un puñetazo que le causa una herida de dos centímetros en la cara.

112 Este caso está adaptado de la página web de la [Comisión Federal contra el Racismo](#) de Suiza.

Decisión de la fiscalía

La fiscalía penal calificó los hechos de lesiones corporales leves (artículo 123.1, párr. 1), de injurias (artículo 177, párr. 1) y de discriminación racial (artículo 261 bis, párr. 4). Argumentó que cuando se utilizan expresiones racistas para presentar a los albaneses como personas de menor valía, constituyen un ataque a la dignidad humana, y que no es necesario que las personas discriminadas pertenezcan a la «raza», etnia o religión que se les atribuye.

El tribunal declaró al acusado culpable de los tres cargos enumerados anteriormente. Fue condenado a una pena pecuniaria de 60 días de multa a razón de 30,00 francos suizos¹¹³ e incurrió en costas procesales por valor de 510,00 francos suizos.

Comentario

El artículo 261 bis, párrafo 4, del código penal suizo¹¹⁴ es una disposición compleja que contiene delitos de odio y delitos de «discurso de odio», por lo que podría plantear problemas de procesamiento. La redacción es la siguiente: «Quien públicamente, de palabra, por escrito, mediante imágenes, gestos, agresiones o de cualquier otro modo, degrade o discrimine de forma que atente contra la dignidad humana a una persona o a un grupo de personas por su pertenencia racial, étnica o religiosa o por su orientación sexual [...] será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con una sanción pecuniaria». Los elementos que se refieren a «públicamente», «de palabra, por escrito», «imágenes» y «gestos» en la primera parte de la disposición corresponden al «discurso de odio», mientras que la «agresión» podría corresponder al delito base de un delito de odio.

En este caso no se utiliza otra disposición pertinente, que es el artículo 47 del código penal suizo, el cual podría aplicarse como disposición general de aumento de la pena: 1) El tribunal determina la pena en función de la culpabilidad del infractor. Tiene en cuenta la conducta anterior y las circunstancias personales del infractor, así como el efecto que la sentencia tendrá en su vida. 2) La culpabilidad se evalúa en función de la gravedad del daño o peligro para el bien jurídico de que se trate, la reprochabilidad de la conducta, **los motivos y fines del infractor**, y la medida en que el infractor, a la vista de las circunstancias personales y externas, podría haber evitado causar el peligro o el daño.

También tienen los fiscales la posibilidad de compartir este caso y otros similares con los responsables políticos para ilustrar las lagunas y los retos que presentan

113 Un día de multa (*jour-amende*) equivale a un día de pena privativa de libertad (artículo 36 del código penal suizo). En caso de pago parcial de la sanción pecuniaria, la duración de la pena privativa de libertad se reduce en función del importe ya pagado. El valor de la multa diaria lo determina el juez.

114 [Código penal suizo](#), SR 311.0, de 21 de diciembre de 1937 (versión refundida al 1 de julio de 2024). [documento en inglés]

los actuales marcos jurídicos nacionales. Por ejemplo, muchos delitos de odio pueden quedar fuera de la protección del artículo 261 bis, párrafo 4, debido al requisito de que el delito se cometa «públicamente». Además, la opción general de aumentar la pena que ofrece el artículo 47 no está en consonancia con las normas internacionales pertinentes para las leyes sobre delitos de odio, que recomiendan que se especifiquen las características protegidas relativas al «motivo»¹¹⁵.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

- En este caso, la respuesta tanto a la pregunta 1 como a la 2 es «sí». El incidente presentaba indicadores manifiestos de prejuicio: la violencia no provocada y el lenguaje o las expresiones utilizados durante la agresión. Otros indicadores de prejuicio (la percepción de la víctima y la diferencia de etnia entre las víctimas y el acusado) posiblemente también estaban presentes.
- La respuesta a la pregunta 3 también es «sí». El incidente consistió en una agresión, que seguiría siendo delito sin la expresión de prejuicio. En este caso, el fiscal debe seguir el lado izquierdo del árbol de decisiones para establecer el tipo de delito de odio y determinar la aplicabilidad de la legislación nacional pertinente.
- Pregunta 4 (¿de qué delito se trata?): El delito base de lesiones corporales leves (artículo 123.1, párr. 1) parece ajustarse mejor al incidente, y fue una de las calificaciones elegidas por el fiscal. Los otros dos cargos de insultos y discriminación racial podrían no ser necesarios, ya que los insultos están estrechamente relacionados con la agresión y, por lo tanto, se interpretan con mayor precisión como indicadores del motivo de prejuicio de la agresión y no como delitos adicionales independientes. El incidente, incluido el motivo de prejuicio, parece abordarse más adecuadamente como una agresión con agravante racial (véase el punto 6).
- Punto 5: Los indicadores de prejuicio se han identificado anteriormente y las pruebas deberían estar disponibles por medio de las declaraciones de los testigos tomadas a las dos víctimas: la mujer usuaria de un andador y la transeúnte que fue agredida.
- Punto 6: La disposición pertinente sobre motivo de prejuicio es el artículo 47 del código penal suizo, que podría aplicarse a este caso como disposición general de aumento de la pena (6c). En las jurisdicciones en las que la ley sobre delitos de odio es una disposición de aumento de la pena y la sentencia y la declaración de culpabilidad son fases separadas del proceso, el juez puede negarse a dictar sentencia basándose en un motivo de prejuicio si dicho elemento no se ha incluido en las pruebas

¹¹⁵ Para una explicación y debate sobre las características protegidas en las leyes sobre delitos de odio, véase la sección 2.1.3 de esta guía y OSCE/OIDDH, [Leyes sobre delitos de odio](#), pp. 46-56. [documento en inglés]

durante la fase del juicio. Del mismo modo, en el caso de una declaración de culpabilidad, el motivo debe incluirse dentro de los hechos aceptados para que se aplique el incremento de la pena. En las jurisdicciones en las que las leyes sobre delitos de odio apenas se utilizan, puede ser útil que los fiscales se aseguren de que el expediente del caso incluya un análisis claro de por qué la sentencia debe tener en cuenta el motivo de prejuicio. El análisis debe especificar claramente la presencia de un motivo racista o xenófobo, incluyendo referencias a las normas internacionales, y basarse en argumentos que demuestren que el autor seleccionó a la víctima por su característica protegida o que durante el ataque se demostró prejuicio. Esto debería ser suficiente para que el tribunal considere el delito como un delito de odio¹¹⁶.

- Punto 6d: Los fiscales también podrían utilizar este caso y otros similares como prueba de una posible laguna en las leyes nacionales sobre delitos de odio, que actualmente no reconocen un motivo específico de prejuicio, como un motivo racista o xenófobo.

Consecuencias para los datos

Como se ha explicado anteriormente, la disposición que se utilizó para el procesamiento del incidente descrito en este caso incluía una mezcla de delitos de odio y otros delitos. En consecuencia, las autoridades y los responsables políticos no dispondrían de datos específicos sobre delitos de odio.

Posibles consecuencias para las víctimas

La falta de visibilidad de los delitos de odio en los datos y estadísticas oficiales puede obstaculizar los esfuerzos para abogar por servicios especializados para las víctimas o la formación de las autoridades policiales y judiciales.

4.2 UTILIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE «DISCURSO DE ODIO» PENALIZADO EN AUSENCIA DE DISPOSICIONES PERTINENTES SOBRE DELITOS DE ODIO

En contextos en los que no existen leyes aplicables a los delitos de odio, los fiscales pueden tratar de aplicar disposiciones de «discurso de odio» para enjuiciar un delito de odio. Aunque esto puede ser una táctica comprensible en los esfuerzos por reconocer el odio en un delito, se corre el riesgo de socavar los principios de legalidad y proporcionalidad, que exigen que los individuos sean acusados del delito que corresponda a la conducta.

116 OSCE/OIDDH, [Procesamiento de los delitos de odio](#).

4.2.1 CASO 3

El caso se ha adaptado del sitio web de los Tribunales de Distrito de Islandia¹¹⁷. Tuvo lugar en Reikiavik en 2016 y se enjuició con arreglo a la legislación aplicable.

Breve resumen del caso

La víctima, de origen árabe y musulmán, trabajaba como guardia de seguridad en un comercio. En un incidente prolongado, el agresor, un varón de nacionalidad islandesa, agarra a la víctima por el cuello obstruyéndole las vías respiratorias, le da codazos en la cabeza y el cuerpo, lo empuja por el costado y lo arroja sobre una barandilla, todo ello acompañado de amenazas de muerte. La víctima sufre fracturas costales, contusiones torácicas, traumatismos en la cabeza y un esguince cervical.

Durante el incidente, el agresor insulta a la víctima y le promete que se encargará de que despidan a los árabes que trabajan en la tienda. También proclama «Los árabes no deberíais estar aquí y deberíais volver a vuestros países» e injuria a la víctima con una mezcla de calificativos racistas y homófobos.

Decisión de la fiscalía

En el momento de cometerse el delito, en 2016, el código penal de Islandia¹¹⁸ no contemplaba delitos de odio. El caso se enjuició aplicando el artículo 218 («Amenaza»), el artículo 233 («Agresión deliberada») y el artículo 233a («Difamación y delitos contra la inviolabilidad de la vida privada»).

Comentario

Aunque el incidente se produjo en público, el artículo 233a exige que el agresor «se burle, difame, denigre o amenace públicamente a una persona o grupo de personas con comentarios, o con una expresión de otra naturaleza [...] por su origen étnico, color, raza, religión [...]». Hay una diferencia de significado entre «en público» y «públicamente». Este último término sugiere que el infractor emite los comentarios y expresiones con el público como destinatario. En este caso, parece que los comentarios ofensivos estaban estrechamente relacionados con la agresión y se entienden mejor como indicadores de prejuicios, es decir, insultos y lenguaje tendencioso dirigidos a la víctima individual durante la comisión del delito. En conjunto, los hechos del caso parecen ajustarse mejor a una calificación de delito de odio cuando la agresión estuvo motivada por prejuicios hacia la «raza» o la religión o creencias de la víctima. El primer elemento del procesamiento por delito de odio es la agresión (artículo 218), y el segundo elemento, el motivo de

117 Página web de los [Tribunales de Distrito de Islandia](#).

118 Código penal general de Islandia núm. 19, 12 de febrero de 1940, 1 de marzo de 2004, en su versión de 2016.

prejuicio, debe abordarse mediante un incremento de la pena en forma de delito sustantivo, incremento específico de la pena o incremento general de la pena.

Este incidente se produjo antes de que entrara en vigor el incremento general de penas en Islandia. Por lo tanto, no se disponía de ninguna herramienta para probar y permitir el castigo del móvil de prejuicio. Aunque puede resultar tentador recurrir a otros delitos, en este caso el artículo 233a, para tratar de reconocer el motivo de prejuicio en una agresión racista, los fiscales deben ser cautos a la hora de elegir calificaciones que no reflejen plenamente las acciones del acusado. Las acusaciones que no se ajustan al delito socavan los principios más amplios del estado de derecho de legalidad y proporcionalidad. Cuando no existan las disposiciones legislativas adecuadas, los fiscales pueden considerar la posibilidad de concienciar sobre estas lagunas para que los legisladores las tengan en cuenta durante el debate y la elaboración de la legislación sobre delitos de odio. En este sentido, es importante que los fiscales recopilen ejemplos de estos casos y compartan otros datos, a fin de informar a los responsables políticos de las disposiciones legislativas necesarias para que los enjuiciamientos por delitos de odio sean más eficaces y justos.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

- En este caso, la respuesta tanto a la pregunta 1 como a la 2 es «sí». El incidente presentaba indicadores manifiestos de prejuicio: la violencia no provocada, las palabras o expresiones pronunciadas durante el ataque y la diferencia de etnia entre las víctimas y el acusado.
- La respuesta a la pregunta 3 también es «sí». El incidente consistió en una agresión, que seguiría siendo delito sin la expresión de prejuicio. En este caso, el fiscal debe seguir el lado izquierdo del árbol de decisiones para establecer el tipo de delito de odio y determinar la aplicabilidad de la legislación nacional pertinente.
- Como se ha explicado anteriormente, en relación con la pregunta 4 (¿De qué delito se trata?), los delitos base se ubican en el artículo 218 («Amenaza») y el artículo 233 («Agresión deliberada»). El delito de «Difamación y delitos contra la inviolabilidad de la vida privada» también se seleccionó; sin embargo, como se ha explicado anteriormente, los hechos del caso no parecen corresponder a esta acusación.
- En cuanto al punto 5, incluso sin la herramienta legal para abordar el motivo de prejuicio en este delito, sigue siendo importante reunir pruebas del mismo y reconocer su existencia a la víctima¹¹⁹.

119 Islandia ha promulgado desde entonces una disposición general de agravante de la pena: [Art. 70 \(Capítulo VIII. Factores que influyen en la severidad de la pena\)](#), «Cuando se decida la pena, se tendrán en cuenta, en particular, los siguientes factores. [...] 10. Si el delito puede atribuirse al origen étnico o nacional, color, raza, religión, discapacidad, características de género, sexualidad, identidad de género u otros factores similares». (En islandés, traducción no oficial).

- En cuanto al punto 6, en el momento de cometerse el delito no se disponía de ninguna herramienta que presentar al tribunal para que reconociera el motivo de prejuicio. Sin embargo, los fiscales pueden considerar el punto 6d en el árbol de decisiones y, como se ha explicado anteriormente, utilizar estos ejemplos para poner de relieve las lagunas en la protección jurídica de las víctimas de delitos de odio.

Consecuencias para los datos

En el momento de cometerse el delito, el código penal de Islandia no incluía una ley sobre delitos de odio. Como el caso se enjuició utilizando delitos base (amenaza y agresión) junto con un delito de difamación, el caso no constará en ningún dato o estadística disponible sobre delitos de odio.

Posibles consecuencias para las víctimas

El limitado marco jurídico de los delitos de odio impide a los tribunales reconocer y castigar adecuadamente el móvil de prejuicio, negando a la víctima un recurso efectivo. Esta laguna también limita la visibilidad de los delitos de odio en los datos y estadísticas oficiales, dificultando la reivindicación de servicios especializados para las víctimas o la formación de las autoridades policiales y judiciales.

4.3 CASOS MIXTOS: INCIDENTES QUE INCLUYEN DELITOS DE ODIO Y DE «DISCURSO DE ODIO»

4.3.1 CASO 4

Este caso tuvo lugar en Lieja (Bélgica) en 2023 y fue procesado con arreglo a la legislación aplicable.

Breve resumen del caso

Una familia da cobijo a un varón de 35 años que se encuentra en la indigencia, ofreciéndole un lugar donde vivir. A medida que el hombre se va asentando, su comportamiento empieza a cambiar. Finalmente, profesando creencias «extremistas», se dirige por Facebook a la hija de la familia, menor de edad, y le declara su intención de casarse con ella por la fuerza, secuestrarla y ser el padre de sus hijos.

Basándose en las declaraciones a la policía del padre y la madre de la víctima, y en las publicaciones del propio sospechoso en la red social Facebook, el acusado afirmó que había sido elegido para ser el rey, que la víctima (de 17 años) estaba

destinada a él, que por tanto la convertiría en su reina, se casaría con ella, la convertiría al islam y tendría hijos con ella, por mucho que se opusieran sus padres u otras personas.

En la instrucción, la víctima declaró: «[...] Ayer me enteré por mi padre de la presencia de vídeos en las redes sociales en los que el sospechoso habla de mi identidad y de sus planes conmigo. Como consecuencia, estoy profundamente conmocionada y temo por mi integridad física. Temo encontrarme con él. He coincidido con él en varias ocasiones (comidas con mi familia) y me llamó la atención su comportamiento. Mostraba interés por mí. Tenía contacto con mi madre, pero no sé cómo [...] Hoy, por miedo, me quedo con mi otro hermano [...] Creo que el sospechoso está loco. A menudo hablaba solo y a veces gritaba cosas incoherentes (guerra, conspiración...). No tengo nada más que añadir, salvo que no quiero volver a verlo».

El padre de la víctima declaró: «Cuando se sintió más cómodo conmigo, sus comentarios se hicieron insoportables y se volvió agresivo. Lo eché de casa y cambié el código de la puerta [...] Conseguí grabar algunos vídeos menos comprometedores, pero seguía siendo aterrador (está en contra del sistema, etc.). Presenté una denuncia y solicité una orden de alejamiento urgente [...] Temo por mi integridad física, así como por la de mi hija. Menciona claramente que cualquiera que se interponga en su camino sufrirá las consecuencias [...]». El padre confirmó esta grave perturbación de su tranquilidad, declarando: «Realmente me asustó con sus palabras [...] Me asustó con su intolerancia, y me da la impresión de que podría hacerle daño a alguien. Para mí es una bomba de relojería andante. Sus comentarios sobre la sociedad son aterradores. Son sólo palabras, pero me ha asustado [...] Le he perdido la confianza y me da miedo».

Durante el interrogatorio policial y durante el juicio, el acusado admitió la veracidad de los hechos denunciados y sus declaraciones sobre la víctima, pero aclaró en la vista celebrada el 22 de septiembre de 2023: «Mi intención era buena. No quería asustarla». También explicó que en aquellos momentos se encontraba en un estado de obnubilación mental, que atribuyó a su consumo excesivo de alcohol y drogas.

En sus perfiles de Facebook, publicó numerosos escritos y vídeos personales en los que expresaba su deseo de muerte contra individuos hacia los que albergaba un odio manifiesto: por un lado, por razón de su origen étnico o nacional, dirigiéndose específicamente contra los blancos, occidentales, flamencos, neerlandeses y belgas; y por otro, por su religión, dirigiéndose específicamente contra cristianos y cualquiera que no profesara el islam. Sus acciones se intensificaron cuando comunicó estas opiniones en repetidas ocasiones tanto a una cadena de televisión nacional como a la oficina del primer ministro.

Decisión de la fiscalía

El caso se asignó a un fiscal especializado en delitos de odio y «discurso de odio», que seleccionó una combinación de cargos por delitos de odio y por «discurso de odio». La estrategia procesal del delito de odio consistió en presentar un caso de acoso motivado por prejuicios, apoyándose en el delito específico de acoso y en una disposición general de agravante de la pena para reconocer el motivo de prejuicio. El fiscal se basó en el artículo 78 del código penal belga¹²⁰ para argumentar que «uno de los motivos del autor era el odio, el desprecio o la hostilidad hacia una persona por razón de su supuesta raza, color de piel, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, sexo [...] creencias religiosas o filosóficas [...]», tanto si esta característica estaba realmente presente como si sólo era supuesta por él» o que «uno de sus motivos consistía en un vínculo real o supuesto entre la víctima y una persona hacia la que albergaba odio, desprecio u hostilidad por una o más de las mencionadas características reales o supuestas, en perjuicio de don B. F. (padre de la víctima) y doña R. F. (víctima)»¹²¹.

La estrategia procesal del «discurso de odio» consistió en presentar un caso del delito sustantivo de incitación al odio, en virtud del artículo 444 del código penal belga¹²². Atendiendo al comportamiento del acusado, que publicó mensajes y vídeos en las redes sociales «deseando la muerte de los blancos occidentales, flamencos, neerlandeses y belgas en varias ocasiones entre el 1 de mayo de 2023 y el 8 de junio de 2023», se le imputó incitación al odio o a la violencia contra un grupo, una comunidad o sus miembros por razón de uno de los criterios protegidos mencionados en el artículo 4, punto 4.º, de la Ley de 30 de julio de 1981¹²³.

Comentario

La estrategia de acusación se corrigió porque el fiscal de oficio tuvo el acierto de alertar a un compañero especializado. De no haber sido así, es probable que nunca se hubieran presentado los cargos específicos antes expuestos.

Es importante señalar que los cargos seleccionados posiblemente estuviesen incompletos. El sospechoso también publicó una serie de comentarios de odio sobre la comunidad LGBTI, pero estas acciones no pudieron ser enjuiciadas porque, según el Tribunal de Casación, constituyen un delito de prensa. El artículo 150

120 Código penal belga, en 2023.

121 Proporcionado por un colaborador de la guía como ejemplo de caso, sin indicación de la fuente.

122 *Ibidem*.

123 *Loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie* [Ley por la que se suprimen determinados actos inspirados por el racismo o la xenofobia], 30 de julio de 1981, y modificaciones, artículo 4, punto 4.º: «criterios protegidos: nacionalidad, supuesta raza, color de piel, ascendencia u origen nacional o étnico»; artículo 20, punto 4.º: «Será castigado con la pena de prisión de un mes a un año y multa de cincuenta euros a mil euros, o una de estas penas: cualquier persona que, en una de las circunstancias indicadas en el artículo 444 del código penal, incite al odio o a la violencia contra un grupo, una comunidad o sus miembros, debido a uno de los criterios protegidos...» (en francés, traducción no oficial).

de la constitución belga¹²⁴ no permite que un tribunal penal conozca de un delito de prensa de naturaleza homófoba (la excepción prevista en el artículo 150 sólo cubre los delitos de prensa de naturaleza racista o xenófoba). Para estos comentarios homófobos en Facebook, habría sido necesario remitir el caso a un tribunal competente, lo que no era factible desde una perspectiva pragmática.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

En este caso, ambas ramas del árbol de decisiones del fiscal son pertinentes. En primer lugar, se considera el comportamiento del agresor hacia la hija de la familia de acogida.

- La respuesta tanto a la pregunta 1 como a la 2 es «sí». El incidente presentaba indicadores manifiestos de prejuicio: la percepción de la víctima, la diferencia de etnia entre las víctimas y el acusado, y las palabras o expresiones pronunciadas durante el ataque.
- La respuesta a la pregunta 3 es «sí». El incidente supuso un acoso, que seguiría siendo delito sin la expresión de prejuicio. En este caso, el fiscal siguió el lado izquierdo del árbol de decisiones para establecer el tipo de delito de odio y determinar la aplicabilidad de la legislación nacional pertinente.
- Pregunta 4 (¿de qué delito se trata?): El delito base incluye expresión y se calificó como acoso (4b).
- Punto 5: Los indicadores de prejuicio se han mencionado anteriormente y las pruebas se obtuvieron de las declaraciones testificales de la hija y el padre.
- Punto 6: La disposición pertinente de motivo de prejuicio se identifica como un agravante general de la pena, el artículo 78 del código penal belga, que establece el prejuicio como circunstancia agravante de cualquier infracción penal (6c).

En segundo lugar, se consideran los elementos del «discurso de odio».

- La respuesta a las preguntas 1 y 2 es «sí». Sus perfiles de Facebook contenían expresiones de prejuicio hacia grupos étnicos y religiosos específicos.
- La respuesta a la pregunta 3 es «no». Si se elimina del contenido la expresión prejuiciosa, no habría delito calificable. Como tal, el contenido de la expresión constituye el delito potencial. En este caso, el fiscal debe seguir el lado derecho del árbol de decisiones para determinar el

124 Constitución belga. [documento en inglés]

destinatario de la expresión (7), que parece ser el público en general, así como el primer ministro (7c), y el objetivo de la expresión, que se establece en los puntos 8a, 8c y 8d. En este caso, el fiscal calificó la expresión de incitación al odio en virtud del artículo 444 del código penal belga (8d).

Consecuencias para los datos

Dado que la policía no registró correctamente la denuncia como delito de odio y «discurso de odio», no aparecerá como tal en las estadísticas policiales. Sin embargo, se hizo una corrección a nivel judicial.

Posibles consecuencias para las víctimas

Las declaraciones de la víctima y su familia indican que el comportamiento del agresor les causó una intensa angustia, una grave afectación de su bienestar. La actuación de los fiscales y el resultado del proceso judicial¹²⁵ también les proporcionaron alivio y tranquilidad.

4.4 ABORDAR LAS VEJACIONES VERBALES Y LOS ACTOS DE HABLA EN LA FRONTERA ENTRE EL DELITO DE ODIO Y EL «DISCURSO DE ODIO»

4.4.1 CASO 5

Este caso tuvo lugar en Budapest (Hungría) en 2021 y fue enjuiciado con arreglo a la legislación aplicable.

Breve resumen del caso

Una pareja homosexual pasea de noche por el centro de Budapest. Durante el paseo, un varón los sigue y los increpa con insultos homófobos: «En cuanto os pille os daré una paliza». La pareja intenta refugiarse en un comercio abierto las veinticuatro horas, donde el varón los alcanza. Intentan entrar y el agresor pretende hacerlo con ellos, pero uno de los dos hombres de la pareja le impide el paso. Tras un breve intercambio de palabras, el agresor golpea a una de las víctimas en la cara con la palma de la mano y lo agarra por el cuello. Desde el exterior, tres personas jalean al agresor, y sólo una de éstas intenta defender a las víctimas cuando el agresor agarra a una por el cuello. Entretanto, llega la primera patrulla de policía, ya que las víctimas han llamado varias veces al teléfono de

¹²⁵ El acusado fue declarado culpable de todos los delitos y condenado a 20 meses, 10 de ellos de prisión. También recibió órdenes de tratamiento obligatorio y se le prohibió el contacto con las víctimas y residir en la misma localidad durante cinco años.

emergencias. Una de las personas que jaleaban al agresor tira del pelo a una de las víctimas, en presencia de las patrullas de policía, y masculla que «es gay».

Decisión de la fiscalía

Las víctimas llamaron varias veces a la línea directa de la policía, mientras el hombre las seguía y también cuando esperaban en la tienda de la plaza Kolosy. Al principio, les aconsejaron que se detuvieran y esperaran a la policía, pero cuando el agresor siguió acercándose agresivamente, las víctimas siguieron andando. Las víctimas estuvieron en contacto con la policía durante toda la agresión en el exterior de la tienda. Se iniciaron diligencias a partir de la denuncia de una de ellas, y la policía investigó el caso por un delito leve de agresión. La Sociedad Háttér, que presta asistencia jurídica y práctica a las víctimas de delitos de odio, solicitó que la investigación continuara por un delito de violencia contra un miembro de la comunidad. Como resultado, la Jefatura de Policía del Distrito III de Budapest transfirió las actuaciones penales al Departamento de Investigación Criminal de la Jefatura de Policía de Budapest, que tiene la competencia pertinente. La Sociedad Háttér tuvo que solicitar información actualizada sobre los pasos procesales dados, ya que no se facilitó ninguna información tras el traslado de la investigación a la Jefatura de Policía de Budapest.

El procesado en el caso fue acusado de molestias (vandalismo) en virtud del artículo 339 del código penal de 2021¹²⁶. Se le impuso una multa de 300.000 florines (aproximadamente 790 euros).

Comentario

Los hechos indican que el incidente constituyó un delito de odio por violencia contra un miembro de una comunidad. Los indicadores de prejuicio estaban presentes y la Jefatura de Policía del Distrito III de Budapest accedió a la petición de la Sociedad Háttér de trasladar el caso al órgano competente. Para el cargo de «molestias», el elemento constitutivo del delito es mostrar un comportamiento capaz de causar indignación o alarma en otras personas, por lo que no hay víctimas directas. Si el delito se hubiera calificado con arreglo al artículo 216 («Violencia

126 Artículo 339 (molestia a la población) del código penal húngaro de 2021 (en húngaro, traducción no oficial): «(1) Toda persona que muestre una conducta aparentemente antisocial y violenta con el objetivo de incitar la indignación o alarma en otras personas es culpable de un delito menor castigado con pena de prisión no superior a dos años, en la medida en que el acto no haya dado lugar a un delito penal más grave.

(2) La pena por delito grave será de prisión no superior a tres años si la molestia para el público se comete:

- a) en grupo;
- b) perturbando gravemente la paz pública;
- c) exhibiendo un arma mortal;
- d) portando un arma mortal, o
- e) en un acto público».

contra un miembro de una comunidad»)¹²⁷, las personas afectadas en este caso habrían tenido derecho a participar como víctimas.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

- En este caso, la respuesta tanto a la pregunta 1 como a la 2 es «sí». El incidente presentaba indicadores manifiestos de prejuicio: la percepción de la víctima, la violencia no provocada y las palabras o expresiones pronunciadas durante el ataque.
- La respuesta a la pregunta 3 también es «sí». El incidente implicó una agresión, que seguiría siendo delito sin la expresión de prejuicio. En este caso, el fiscal debe seguir el lado izquierdo del árbol de decisiones para establecer el tipo de delito de odio y determinar la aplicabilidad de la legislación nacional pertinente.
- Como se ha explicado anteriormente, en relación con la pregunta 4 (¿de qué delito se trata?), los delitos base deben calificarse con arreglo al artículo 216, «Violencia contra un miembro de una comunidad».
- Sobre el punto 5: Los indicadores de prejuicio se han enumerado anteriormente y las pruebas deberían obtenerse de las declaraciones testimoniales de las dos víctimas y de los circunstantes.
- Sobre el punto 6: El fiscal tiene la posibilidad de imputar la forma agravada del artículo 216, violencia contra un miembro de una comunidad, en el momento del delito, que es un delito de odio sustantivo (6a).

Consecuencias para los datos

Como el caso no fue investigado ni procesado como delito de odio, no se habrá registrado como tal ni constará en los datos o estadísticas sobre delitos de odio.

Posibles consecuencias para las víctimas

Como parte de sus investigaciones, la Sociedad Háttér entrevistó a una de las víctimas en noviembre de 2022. El procedimiento judicial le afectó gravemente, provocándole períodos de depresión. La inactividad de la policía y la carencia de información le hicieron sentir que «su denuncia la habían metido en un cajón y allí se quedaba». No recibió información adecuada sobre el procedimiento. Los agentes de policía no mostraron ninguna empatía hacia su persona. Sintió que su

127 Artículo 216 (violencia contra un miembro de una comunidad) del código penal húngaro de 2021 (en húngaro, traducción no oficial): «(1) Una persona que, por el hecho de que otra persona, real o presuntamente, pertenezca a un grupo nacional, étnico, racial o religioso o a otro grupo de la sociedad, en particular debido a su discapacidad, identidad de género u orientación sexual, muestre una conducta manifiestamente antisocial capaz de causar alarma a los miembros del grupo respectivo es culpable de un delito grave y será castigada con pena de prisión de hasta tres años».

caso era un «tema de cinco minutos» antes de que todo el mundo pasara a otra cosa. Perdió su condición de víctima en el procedimiento judicial y no recibió ninguna comunicación sobre los cargos. Tanto a él como a sus representantes legales sólo se les comunicó la postura de la fiscalía en la vista judicial, sin previo aviso. La víctima asegura que, como consecuencia de todo ello, ha perdido la confianza en el sistema de justicia penal. En términos más generales, la calificación errónea de los delitos de odio limita su visibilidad en los datos y estadísticas oficiales, dificultando la reivindicación de unos servicios especializados para las víctimas o la formación de las autoridades policiales y judiciales.

4.4.2 CASO 6

Este caso se ha adaptado del informe de 2010-2011 sobre los delitos de odio y los delitos contra las personas mayores¹²⁸ de la Fiscalía de la Corona para Inglaterra y Gales (Reino Unido). Tuvo lugar en el condado de Yorkshire Occidental (Inglaterra) y se enjuició con arreglo a la legislación aplicable.

Breve resumen del caso

Tres hombres con discapacidad intelectual y su asistente se encuentran en el centro de la ciudad cuando los aborda un varón, el acusado, que les exige dinero. Ante la negativa, el acusado adopta una actitud notoriamente agresiva y comienza a increparlos, profiriendo insultos descalificativos. El asistente social indica a los tres hombres que entren a una iglesia próxima al lugar, mientras él llama a la policía. El acusado sigue a los hombres hasta la iglesia, donde finalmente lo identifica el asistente y lo detiene la policía como sospechoso de un delito contra el orden público, según lo previsto en el artículo 4A, con el agravante de discapacidad. La policía tomó declaración como testigo al asistente social, pero no a los tres hombres agredidos, porque se encontraban en un estado de excesiva angustia.

Decisión de la fiscalía

El agresor fue acusado en virtud del artículo 4A de la Ley de Orden Público de 1986, vigente en el momento de cometerse el delito. Se declaró inocente pero fue hallado culpable tras el juicio y condenado a trabajo comunitario de 12 meses con 12 meses de supervisión, así como a asistir a un curso de tratamiento del alcoholismo de seis meses de duración. Durante la vista, el fiscal siguió las directrices nacionales para llamar la atención del tribunal sobre la legislación pertinente, lo que permitió al tribunal reconocer el factor agravante de «odio por discapacidad».

128 Informe sobre delitos de odio y delitos contra las personas mayores, 2010-2011, Fiscalía de Inglaterra y Gales, 2011, p. 28. [documento en inglés]

Comentario

Hay varios puntos a considerar en este caso. El artículo 4A de la Ley de Orden Público de 1986 («Acoso intencionado, alarma o angustia»)¹²⁹ es un delito básico y establece lo siguiente:

«Una persona es culpable de un delito si, con la intención de acosar a una persona o causarle alarma o angustia:

- (a) emplea palabras o comportamientos amenazadores, injuriosos o insultantes, o se comporta de forma alborotada, o
- (b) muestra cualquier escrito, señal u otra representación visible que sea amenazadora, injuriosa o insultante,

acosando de tal forma a esa persona o causándole alarma o angustia.

En este incidente, el acusado increpó a los tres hombres porque no le daban dinero. A continuación, los siguió hasta la iglesia donde se habían resguardado.

El acusado también profirió insultos y calumnias hacia los hombres, demostrando así hostilidad hacia la discapacidad en el momento de cometer el delito básico contra el orden público. En este caso se aplicó el artículo 66 de la Ley de Sentencias de 2020¹³⁰. El fragmento pertinente es el siguiente:

«Artículo 66. Hostilidad

Esta sección se aplica cuando un tribunal está considerando la gravedad de un delito agravado por

[...]

(c) hostilidad relacionada con la discapacidad,

[...]

Esto está sujeto al apartado (3).

(2) El tribunal

129 Reino Unido, [Ley de Orden Público de 1986, artículo 4A](#). [documento en inglés]

130 La disposición vigente en ese momento era el artículo 146 de la Ley de Justicia Penal de 2003, que desde entonces se ha incorporado a la [Ley de Sentencias de 2020](#). [documento en inglés]

debe considerar agravante el hecho de que el delito se vea agravado por hostilidad de cualquiera de esos tipos, y

debe declarar en audiencia pública el agravante del delito.

[...]

A efectos del presente artículo, un delito se agrava por hostilidad de uno de los tipos mencionados en el apartado (1) si

(a) en el momento de cometer el delito, o inmediatamente antes o después de hacerlo, el autor demostró hacia la víctima del delito hostilidad basada en

[...]

(iii) una discapacidad (o presunta discapacidad) de la víctima,

[...]

(b) el delito estuvo motivado (total o parcialmente) por

[...]

(iii) hostilidad hacia las personas que tienen una discapacidad o una discapacidad particular,

[...]

(5) A efectos de los párrafos (a) y (b) del apartado (4), es irrelevante que la hostilidad del autor también se base, en alguna medida, en cualquier otro factor no mencionado en dicho apartado.

(6) En el presente artículo

[...]

(d) «discapacidad» significa cualquier deficiencia física o psíquica;

[...]

(f) «presunta» significa supuesta por el «autor».

En este caso, concurrían los dos elementos de un delito de odio: el delito básico y el motivo de prejuicio.

La segunda consideración es cómo aplica el tribunal la elevación de la pena. Si el acusado admite el delito básico pero niega el elemento de odio, será deber del fiscal aportar pruebas para demostrar el delito de odio según la norma penal. Sólo cuando el acusado admita el elemento de odio o la fiscalía consiga probarlo, el tribunal puede aplicar el artículo 66 de la Ley de Sentencias de 2020 para elevar la pena.

Una vez admitido o probado el elemento de delito de odio, la jurisprudencia de Inglaterra y Gales exige que el tribunal proceda en dos fases para la imposición de la pena:

- En primer lugar, el tribunal debe calcular (utilizando las directrices pertinentes para la imposición de penas) la pena adecuada si no hubiera habido móvil de odio, y anunciarla en audiencia pública.
- En segundo lugar, el tribunal debe calcular la pena adecuada, teniendo en cuenta el factor agravante adicional del motivo de prejuicio, y anunciarla en audiencia pública como la pena real que recibirá el acusado.

Aplicación del árbol de decisiones del fiscal

- La respuesta a las preguntas 1 y 2 es «sí». El incidente presentaba claros indicadores de prejuicio, manifestados en el lenguaje o las expresiones proferidas.
- En respuesta a la pregunta 3 («¿Es delito el incidente si se elimina la expresión de prejuicio?»), se sitúa el incidente en la frontera entre el delito de odio y el «discurso de odio». El acusado increpó y persiguió a los tres hombres con discapacidad intelectual, lo que, ya de por sí, puede equivaler a la «intención de acosar a una persona o causarle alarma o angustia». La inclusión de insultos de índole capacitista como parte de su comportamiento acosador también es relevante para determinar si el comportamiento encaja en el delito. Así pues, corresponde al fiscal considerar que el contenido de toda la expresión es constitutivo de delito.
- Siguiendo el árbol de decisiones por el lado derecho, la respuesta a la pregunta 7, «¿A quién se dirige el discurso?» es una mezcla de destinatarios individuales (7a) y un grupo específico (7b).
- En respuesta a la pregunta 8, el comportamiento se ajusta mejor a la descripción 8b («agraviar, alarmar, angustiar»), lo que lleva a los delitos «límitrofes» de «perturbación de la paz», «molestias» y, en este caso, un delito de «orden público». Es importante señalar que, en función de los hechos y circunstancias concretos del caso y de la legislación disponible, los fiscales podrían considerar cargos como amenazas o acoso, o insultos junto con los de alteración del orden público, molestias y otros delitos similares.
- En el punto 6, el fiscal seleccionó un aumento general de la pena para presentar al tribunal, que fue aplicado.

Consecuencias para los datos

Las directrices de registro para fiscales en Inglaterra y Gales permiten que éste y otros incidentes similares se registren como delitos de odio por motivos de discapacidad, aunque no existan delitos sustantivos de odio por motivos de discapacidad en el código penal nacional. Este enfoque es particularmente positivo porque permitió que el incidente constara en los datos de rendimiento de la fiscalía y se destacase en el informe anual sobre delitos de odio de la Fiscalía de la Corona.

Posibles consecuencias para las víctimas

La correcta investigación, registro y enjuiciamiento de todos los elementos de los delitos de odio hacia las personas con discapacidad debería contribuir a visibilizar la experiencia de las víctimas a nivel nacional. Las necesidades de acceso de las víctimas con discapacidad intelectual en lo que respecta a prestar declaración y, en su caso, a testificar también deberían abordarse en las políticas, directrices, formación y prácticas nacionales.

5 Acceso a la justicia e implicaciones para el apoyo a las víctimas

En este capítulo se esbozan varios principios, basados en las orientaciones de la ODDH, que las autoridades nacionales deben tener en cuenta para garantizar la protección, el apoyo y el acceso a la justicia de las víctimas de delitos de odio.

En primer lugar, debe garantizarse que los casos y las víctimas de delitos de odio sean identificados lo antes posible en el proceso, y que las víctimas de delitos de odio sean reconocidas como tales.

En segundo lugar, debe garantizarse que las víctimas de delitos de odio puedan reclamar protección y apoyo como consecuencia del daño sufrido.

Por último, debe garantizarse que las víctimas de delitos de odio puedan ser escuchadas durante los procedimientos penales y puedan participar o tener acceso a los procedimientos penales para exponer el daño que les ha causado el delito y obtener una decisión sobre la indemnización por parte del autor¹³¹. Los fiscales desempeñan un papel fundamental a la hora de dar vida a estos principios. Por lo tanto, es esencial calificar los delitos de odio como tales con precisión, para que las víctimas tengan acceso a estas prestaciones y estos derechos.

Puede haber graves consecuencias para los derechos de las víctimas si los hechos que deberían procesarse como delitos de odio se califican erróneamente, por ejemplo, como delitos básicos sin el motivo de prejuicio o «discurso de incitación». Esto puede afectar al derecho de las víctimas a una investigación efectiva, a su acceso a la asistencia y a los derechos de participación. Calificar un caso como delito básico, sin integrar el motivo de prejuicio como parte de la acusación, niega a la víctima su derecho a una investigación efectiva que desenmascare el móvil de prejuicio. Enjuiciar lo que debería ser un delito de odio como un delito de incitación al odio o a la violencia, por ejemplo, puede alejar a las víctimas de sus derechos si no pueden demostrar que han sido directamente perjudicadas por esa conducta.

131 OSCE/OIDDH, [Víctimas de delitos de odio en el sistema de justicia penal](#), capítulo 3. [documento en inglés]

En los Estados miembros de la Unión Europea, la directiva sobre los derechos de las víctimas¹³² establece derechos para todas las víctimas de cualquier delito. En particular, las víctimas recibirán «una evaluación puntual e individual» para determinar las necesidades especiales de protección por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias¹³³. En la directiva, se presta especial atención a la evaluación individual de algunas categorías de víctimas: por ejemplo, se tendrá debidamente en cuenta a las víctimas de delitos de odio. También se contempla el derecho a que se revise la decisión de no formular acusación, de acuerdo con el papel de la víctima en el sistema de justicia penal correspondiente¹³⁴.

Por último, es esencial que los fiscales reciban formación continua, con aportaciones de las organizaciones de apoyo a las víctimas, para concienciarse de las necesidades especiales de las víctimas de delitos de odio, que incluya evitar su victimización secundaria y reiterada durante la fase de investigación y los procedimientos posteriores.

5.1 DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA

El artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³⁵, en conjunción con el artículo 2 (derecho a la vida), impone a las autoridades de justicia penal el deber procesal de investigar adecuadamente y desenmascarar los posibles motivos discriminatorios en la comisión de un delito¹³⁶. En la práctica, esto significa que deben investigarse y ponerse en conocimiento del tribunal todas las pruebas de los motivos, incluso cuando el odio sólo se considere en el contexto de un agravante de la pena. Este deber se ha ampliado al artículo 14 en conjunción con los artículos 3 (prohibición de la tortura

132 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea L 315 de 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73. [documento en inglés]

133 El artículo 22 de la [directiva de la Unión Europea sobre los derechos de las víctimas](#) establece que las víctimas recibirán «una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si, y en qué medida, podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso penal, según se establece en los artículos 23 y 24, por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias» y que «se prestará especial atención a [...] las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales [...]». A este respecto, serán objeto de debida consideración las víctimas de [...] delitos por motivos de odio [...]».

134 Artículo 11 de la [directiva de la Unión Europea sobre los derechos de las víctimas](#), «Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento».

135 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#). [documento en inglés]

136 [Nachova y otros contra Bulgaria](#), núm. 43577/98 y 43579/98, TEDH, 6 de julio de 2005; [Desenmascarar los motivos de prejuicio en los delitos: casos seleccionados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018. [documento en inglés]

y los tratos inhumanos y degradantes)¹³⁷ y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)¹³⁸.

5.2 ACCESO AL APOYO

Los derechos de protección y apoyo a las víctimas de delitos de odio incluyen asistencia médica inmediata, asesoramiento psicológico, asistencia jurídica y alojamiento en un lugar seguro. Las orientaciones de la OIDDH hacen una serie de recomendaciones a las autoridades estatales responsables con el fin de garantizar el acceso pleno e inmediato al apoyo¹³⁹. En particular, las víctimas de delitos de odio deben ser reconocidas como una categoría de víctimas distinta y especialmente vulnerable, tanto en la legislación como en las directrices políticas. Esto implica establecer una definición de víctima de delito de odio y definir criterios para el acceso temprano a la protección y al apoyo especializado; significa que las víctimas deben tener estos derechos, independientemente de que denuncien o no el delito y de que el caso avance o no por la vía penal. Por lo que respecta a los países de la Unión Europea, en virtud del artículo 8 de la directiva sobre los derechos de las víctimas¹⁴⁰, el acceso a los servicios de apoyo no depende de que las víctimas presenten una denuncia formal en relación con una infracción penal ante una autoridad competente.

Los fiscales deben ser conscientes de que, aunque las víctimas tengan derecho a recibir apoyo incluso sin denunciar formalmente, varios factores pueden limitar su acceso a este derecho. En primer lugar, la policía y otras autoridades que interactúan inicialmente con las víctimas de delitos de odio no siempre están informadas de la existencia de servicios de apoyo o no lo comunican. Además, puede haber insuficientes procesos de derivación a los servicios especializados, junto con una disponibilidad muy limitada de estos servicios para las víctimas de delitos de odio¹⁴¹. El fiscal puede desempeñar un papel importante para comprobar si la víctima ha sido derivada a los servicios de apoyo, así como para valorar y atender sus necesidades de acceso o protección¹⁴².

137 *Bekos y Koutropoulos contra Grecia*, núm. 15250/02, TEDH, 13 de diciembre de 2005. [documento en inglés]

138 *Balázs contra Hungría*, núm. 15529/12, TEDH, 20 de octubre de 2015. [documento en inglés]

139 OSCE/OIDDH, *Víctimas de delitos de odio en el sistema de justicia penal*, capítulo 3. [documento en inglés]

140 Directiva de la Unión Europea sobre los derechos de las víctimas. [documento en inglés]

141 El estado de las estructuras de apoyo y los servicios especializados para las víctimas de delitos de odio, informe de referencia, OSCE/OIDDH, 22 de octubre de 2020. [documento en inglés]

142 OSCE/OIDDH, *Víctimas de los delitos de odio en el sistema de justicia penal*, p. 112. [documento en inglés]

5.3 ACCESO A LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Las orientaciones de la ODDH hacen una serie de recomendaciones a las autoridades estatales responsables, que tienen por objeto garantizar los derechos de las víctimas como partes en el proceso, cuando así lo garantice la legislación nacional. Las víctimas de delitos de odio también deben tener acceso efectivo y temprano a los procedimientos penales para permitirles, como mínimo, exponer el daño que han sufrido y obtener una decisión sobre la indemnización.

En los sistemas de derecho anglosajón, los derechos procesales y de participación de las víctimas de delitos de odio suelen ser limitados. El Estado enjuicia los delitos, y las víctimas no suelen estar legitimadas para participar directamente en los procedimientos. Sin embargo, durante la sentencia las víctimas sí pueden prestar testimonio y presentar declaraciones sobre el daño sufrido. Un ejemplo es la Carta de Derechos de las Víctimas de Canadá¹⁴³, que permite a las víctimas presentar testimonios y solicitar una indemnización sin participar directamente en la acusación¹⁴⁴.

Por el contrario, en los sistemas de derecho continental o civil, las víctimas suelen tener derechos de participación más sólidos, que les permiten actuar como parte perjudicada, sumarse a la acusación y reclamar indemnizaciones. Por ejemplo, en Alemania, las víctimas de delitos violentos pueden incorporarse como acusación particular accesorio, lo que les da derecho a participar en el juicio e influir en las actuaciones¹⁴⁵.

Recordando el caso analizado en la sección 4.4.1, lo que parecían ser agresiones motivadas por prejuicios contra una pareja homosexual se calificaron de molestias (vandalismo) en virtud del artículo 339 del código penal. Para el cargo de «molestias», el elemento constitutivo del delito es mostrar un comportamiento capaz de causar indignación o alarma en otras personas, y como tal no hay víctimas directas. Con este cargo, las víctimas perdieron todo acceso a la justicia y a los derechos procesales. Si el delito se hubiera calificado correctamente con arreglo al artículo 216 (violencia contra un miembro de una comunidad), las personas objeto del delito habrían podido ejercer estos derechos.

143 Carta Canadiense de Derechos de las Víctimas. [documento en inglés]

144 OSCE/ODDH, *Víctimas de los delitos de odio en el sistema de justicia penal*, p. 136.

145 *Ibidem*, p. 137.

6 Elaboración de datos y políticas

Como se explica en el capítulo 1, la correcta calificación de los delitos de odio por parte de los fiscales conducirá a una mejor visibilidad de los delitos de odio en las estadísticas, las políticas, los registros policiales y los datos de los informes de la OIDDH, así como a una mejora de las respuestas estratégicas por parte de las autoridades nacionales, en particular de las fiscalías. Si las calificaciones son incorrectas, los datos de investigación y enjuiciamiento crean una imagen engañosa de la naturaleza, el alcance y la escala de los delitos de odio, lo que conduce a respuestas políticas, jurídicas y prácticas mal fundamentadas. A la postre, podría restarse prioridad a los servicios de protección de las víctimas.

Las fuerzas de seguridad, los fiscales y los tribunales deben trabajar unidos para identificar si los casos de delitos de odio están siendo mal registrados y calificados como casos de «discurso de odio», así como otros errores. En los casos en los que la legislación nacional utilice incrementos generales de las penas para reconocer el motivo de prejuicio en los delitos de odio, deberían establecerse sistemas específicos de aviso para garantizar que los posibles delitos de odio se registren lo antes posible. Este trabajo podría hacerse con revisiones interinstitucionales de casos, que también tengan en cuenta el apoyo a las víctimas y la comunicación, y que idealmente estarían coordinadas por profesionales especializados, tomando como referencia las prácticas prometedoras de otras jurisdicciones. Los resultados podrían servir de base a un trabajo estratégico para definir las necesidades de formación, así como las lagunas en la legislación y las directrices políticas. Esta labor podría guiarse por protocolos específicos de cada organismo y protocolos interinstitucionales respaldados por los altos cargos de los órganos respectivos¹⁴⁶.

En función del contexto institucional, allí donde estén debatiéndose leyes sobre delitos de odio a nivel parlamentario, los fiscales pueden señalar carencias legislativas, es decir, carencias en sus herramientas procesales. Para demostrar dichas carencias, por ejemplo, pueden presentar casos que no pudieron enjuiciarse porque determinados colectivos aún no estaban protegidos por la legislación.

¹⁴⁶ Para más detalles sobre cómo establecer un sistema de procedimientos estandarizados para registrar los delitos de odio, véase OSCE/OIDDH, [Recopilación de datos sobre delitos de odio y mecanismos de supervisión](#); véase también OSCE/OIDDH, [Herramientas de información contra los delitos de odio \(INFAHCT\)](#). [documentos en inglés]

La información expuesta por los fiscales también puede indicar problemas a la hora de reunir pruebas y de llamar la atención del tribunal sobre la oportunidad de aplicar aumentos generales de las penas.

Debido a la naturaleza compleja, delicada y notoria del «discurso de incitación» y a la necesidad de defender los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a menudo es necesario que los tribunales superiores examinen estos casos para obtener claridad jurídica. Esto podría requerir un liderazgo específico por parte de las autoridades fiscales para llevar los casos a los tribunales, cuando proceda, con el fin de obtener esta orientación. Habrá que consultar a todas las partes afectadas, como las víctimas directas y sus comunidades, para manejar expectativas.

7 Recomendaciones

Como se ha subrayado a lo largo de esta guía, los delitos de odio y el discurso de odio penalizado son figuras jurídicas distintas, tanto en lo conceptual como lo práctico. Se trata de un área procesal compleja, que requiere marcos legales claros, orientación y formación para todos los implicados en la identificación y respuesta a los delitos de odio y al «discurso de odio», particularmente en la intersección entre estas dos figuras, y en dicho empeño resultará fundamental la función del fiscal. Este capítulo resume los puntos clave tratados en la guía en beneficio de los profesionales y los responsables políticos y complementa la orientación existente sobre:

- Redacción y aplicación de leyes en materia de delitos de odio¹⁴⁷.
- Creación de políticas y servicios integrales de apoyo a las víctimas¹⁴⁸.
- Formación, políticas y procedimientos en aras del procesamiento efectivo de los delitos de odio¹⁴⁹.
- Implantación de marcos de registro y recopilación de datos sobre delitos de odio¹⁵⁰.

LEGISLADORES

- Revisar la actual legislación sobre delitos de odio con los siguientes objetivos: 1) garantizar un marco jurídico exhaustivo, claro y coherente sobre los delitos de odio, que permita a fiscales y tribunales reconocer los motivos de prejuicio en todos los delitos de odio, e imponer las sanciones correspondientes; y 2) distinguir claramente entre las disposiciones sobre delitos de odio y las disposiciones sobre el «discurso de odio» tipificado como delito.

147 OSCE/OIDDH, [Leyes sobre delitos de odio](#).

148 OSCE/OIDDH, [Víctimas de delitos de odio en el sistema de justicia penal](#).

149 OSCE/OIDDH, [Procesamiento de los delitos de odio](#).

150 Para más detalles sobre cómo establecer un sistema de procedimientos estandarizados para registrar los delitos de odio, véase OSCE/OIDDH, [Recopilación de datos sobre delitos de odio y mecanismos de supervisión](#); véase también OSCE/OIDDH, [Herramienta de información contra los delitos de odio \(INFAHCT\)](#). [documento en inglés]

POLÍTICOS

- Garantizar la coordinación entre una serie de partes interesadas, incluidas las autoridades de enjuiciamiento penal y los abogados que trabajan con casos de delitos de odio, a la hora de diseñar y aplicar políticas y estrategias integrales sobre delitos de odio para aumentar la eficacia de la respuesta nacional a los delitos de odio.
- Separar los delitos de odio y el «discurso de odio» tipificado como delito en las estrategias, planes de acción y las políticas nacionales pertinentes, así como en los planes de acción nacionales contra el racismo y los delitos de odio.
- Garantizar la existencia de políticas efectivas para las fuerzas de seguridad, los fiscales y los tribunales que garanticen el registro diferenciado de los delitos de odio y de «discurso de odio».

FUERZAS DEL ORDEN Y AUTORIDADES DE JUSTICIA PENAL

- Revisar los procedimientos normalizados de trabajo compartidos por la policía y los fiscales, para tener en cuenta las implicaciones prácticas descritas en esta guía, en particular para distinguir correctamente entre los delitos de odio y los de «discurso de odio».
- Considerar la aplicación y adaptación del árbol de decisiones del fiscal presentado en esta guía, para su uso nacional.
- Apoyar una estrecha coordinación entre los servicios policiales y fiscales.
- Considerar la implementación de una respuesta centralizada a los delitos de odio y «discurso de odio», que cuente con el apoyo de una red de especialistas formados.
- Integrar las necesidades y los derechos de las víctimas en toda la investigación y el proceso judicial.
- Utilizar ejemplos y datos de casos para poner de relieve las lagunas en los marcos jurídicos nacionales relativos a los delitos de odio y exponerlas durante los procesos políticos y legislativos pertinentes.

ORGANISMOS INTERGUBERNAMENTALES COLABORADORES

- Los organismos intergubernamentales que trabajan en el área de «discurso de odio» pueden tomar esta guía como punto de partida para elaborar orientaciones complementarias sobre el enjuiciamiento del «discurso de odio» penalizado.

SOCIEDAD CIVIL

- La presente guía puede utilizarse en las actividades reivindicativas que ya estén en curso, en el acompañamiento de las víctimas y en el fomento de capacidades, en la búsqueda de una legislación, unas políticas y una práctica adecuadas y eficaces en este ámbito.

Anexo: Normas y recursos internacionales sobre el «discurso de odio» penalizado

NORMAS INTERNACIONALES

Artículo 20, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁵¹

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), artículo 4¹⁵²

Los Estados partes [...]

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley [...] toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico [...]

Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo Europeo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, artículo 1¹⁵³

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:
 - (a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
 - (b) [...]

151 Organización de las Naciones Unidas, [PIDCP](#). [documento en inglés]

152 Organización de las Naciones Unidas, [CIEDR](#). [documento en inglés]

153 Consejo Europeo de la Unión Europea, [decisión marco 2008/913/JAI](#). [documento en inglés]

- (c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
- (d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

Recomendación CM/Rec(2022)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra el «discurso de odio», Consejo de Europa¹⁵⁴

Derecho penal

11. Los Estados miembros deben especificar y definir claramente en su legislación penal nacional qué expresiones de discurso de odio están sujetas a responsabilidad penal, como:
 - a. incitación pública a cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra;
 - b. incitación pública al odio, la violencia o la discriminación;
 - c. amenazas racistas, xenófobas, sexistas y LGBTifóbicas;
 - d. insultos públicos racistas, xenófobos, sexistas y LGBTifóbicos en condiciones como las establecidas específicamente para los insultos en línea en el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos (STE nº 189);
 - e. negación pública, trivialización y condonación del genocidio, los crímenes de lesa la humanidad o los crímenes de guerra; y
 - f. difusión intencionada de material que contenga tales expresiones de discurso de odio (enumeradas en los apartados a-e anteriores), incluidas ideas basadas en la superioridad o el odio racial.

154 Consejo de Europa, [Recomendación sobre la lucha contra la incitación al odio](#). [documento en inglés]

Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos, Consejo de Europa¹⁵⁵

Artículo 2 - Definición

1 A efectos del presente Protocolo: por «material racista y xenófobo» se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores.

[...]

Artículo 3 - Difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta:

difundir o poner a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático.

[...]

Artículo 4 - Amenazas con motivación racista y xenófoba

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta:

amenazar, por medio de un sistema informático, con la comisión de un delito grave, tal como se define en su derecho interno, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores, o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características.

Artículo 5 - Insultos con motivación racista y xenófoba

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa

155 Consejo de Europa, [Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia](#). [documento en inglés]

intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta: insultar en público, por medio de un sistema informático, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo que se caracterice por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características.

[...]

Artículo 6 - Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar la siguiente conducta como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho: difundir o poner a disposición del público de otro modo, por medio de un sistema informático, material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidas como tales por una decisión definitiva y vinculante del Tribunal Militar Internacional, constituido en virtud del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, o de cualquier otro tribunal internacional establecido por los instrumentos internacionales pertinentes y cuya jurisdicción haya sido reconocida por esa Parte.

OTROS RECURSOS

El Plan de Acción de Rabat¹⁵⁶ sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia reúne las conclusiones y recomendaciones de varios talleres de expertos del ACNUDH (celebrados en Ginebra, Viena, Nairobi, Bangkok y Santiago de Chile). Al fundamentar el debate en el derecho internacional de los derechos humanos, el objetivo ha sido triple:

- Lograr una mejor comprensión de los esquemas legislativos, las prácticas judiciales y las políticas relativas al concepto de incitación al odio nacional, racial o religioso, y al mismo tiempo velar por el pleno respeto de la libertad de expresión, tal como estipulan los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- Alcanzar una evaluación exhaustiva del estado de aplicación de la prohibición a la incitación al odio, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.
- Definir las medidas aplicables en todas las esferas.

156 ACNUDH, [Plan de Acción de Rabat](#). [documento en inglés]

El Plan de Acción de Rabat fue aprobado por los expertos en la reunión de recapitulación que tuvo lugar en Rabat, los días 4 y 5 de octubre de 2012.

Los principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad¹⁵⁷ fueron elaborados por la entidad Article 19 a partir de los debates en los que participaron funcionarios de alto nivel de las Naciones Unidas y otras entidades, así como expertos de la sociedad civil y académicos de derechos humanos, sobre cuestiones de libertad de expresión e igualdad. Los principios de Camden establecen la relación entre la libertad de expresión y la igualdad y «representan una interpretación progresiva del derecho y las normas internacionales, la práctica aceptada por los Estados (tal como se refleja, entre otras cosas, en las leyes nacionales y en las sentencias de los tribunales nacionales), y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones».

- Consejo de Europa: curso en línea [Combating 'hate speech'](#) (Lucha contra el «discurso de odio»)
- Consejo de Europa: [Toolkit for Human Rights Speech](#) (Conjunto de herramientas para el discurso de derechos humanos)
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [Faith for Rights Toolkit](#) (Conjunto de herramientas «Fe religiosa para los derechos humanos»)
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia: Recomendaciones de política general 7 y 15¹⁵⁸

157 Article 19, [principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad](#). [documento en inglés]

158 Recomendaciones de política general 7 y 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. [documentos en inglés]

