UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

EL ODIO DISCRIMINATORIO COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, Catedrático de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica.

Juan Alberto Díaz López
8 de Noviembre de 2012

ÍNDICE

Índice de Abreviaturas ……..…….…..7

PRIMERA PARTE. El fundamento de la agravante ……...……....9

Capitulo I. La irrupción de la agravante por motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento …….....…….…….….....11

1. Las causas externas ……....…..……...11
2. El Proyecto de Código Penal de 1992 ……...…...23
3. La reforma de nuestro anterior Código Penal en el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia ……...……...…….....….26
4. El actual artículo 22.4ª CP …….…….……35

Capítulo II. El odio en el delito. Clarificación de conceptos anglosajones ……...…….47

1. El odio en el ordenamiento penal español ……...…….…..47
2. Crímenes odiosos (*heinous crimes*) ……..…….…….56
3. El discurso del odio (*hate speech*) ……...…..……..66
4. Crímenes prejuiciosos y motivación discriminatoria (*bias crimes*) …….….84
5. Crímenes de odio (*hate crimes*) …….……..……...…99

Capítulo III. El debate del odio (*the hate debate*). Un análisis sobre el fundamento de la agravante …….....…...131

1. Una introducción a los términos del debate …….131
2. La perspectiva utilitarista ……144
3. Aproximaciones "deontológicas" …….....161
4. ¿Un enfoque restaurativo? ……...……192
5. El fundamento del artículo 22.4ª CP a la luz del debate anglosajón ……..…212
6. Sobre la ampliación del listado de condiciones personales …….....……234

Capítulo IV. La relación entre las emociones y el Derecho penal ……..…...247

1. Problemática general ……..…….…247

2. La concepción mecanicista de las emociones humanas …….….255

3. La concepción evaluativa de las emociones humanas ……264

4. El aparente escollo neurocientífico ……...……..274

Capítulo V. Algunas implicaciones del fundamento propuesto ..……..…281

A) Las condiciones personales del artículo 22.4ª CP ……..……..…….285

1. Racismo, etnia y raza ……..……..285

2. Antisemitismo ……..……..294

3. Ideología, religión y creencias …….300

4. Nacionalidad ……..……..……..309

5. Sexo ……...……..313

6. Orientación e identidad sexual ……...……322

7. Enfermedad y discapacidad ……...….…….324

B) Interacciones y observancia del principio de inherencia ……..…….329

1. Principio de inherencia: *non bis in idem* e insignificancia …..…….....329

2. Delitos de odio y discriminación ……..…….335

3. Otros supuestos……...……..343

SEGUNDA PARTE. La naturaleza jurídica de la agravante ……...353

Capítulo I. El rechazo a un Derecho penal de la actitud interna ……..…..355

1. Planteamiento ……..…….……355

2. Las motivaciones abyectas como incremento de la culpabilidad ……....….361

3. El dilema de la agravación de la culpabilidad por la actitud del autor ……366

Capítulo II. Otras alternativas ……...…...373

1. Un mayor injusto subjetivo …….……373

2. Un mayor injusto objetivo: los "*motivos*" son *efectos* ……...……377

3. Dos opciones asumibles en un Derecho penal de la culpabilidad: los "*motivos*" son *motivos* ……..……....397

Capítulo III. Algunas interacciones ……...417

1. Error, participación y RPPJ ……..417

2. Compatibilidad general ……...……424

3. Arrebato discriminatorio y miedo insuperable…….431

Capítulo IV. La prueba del odio discriminatorio……..……449

1. La importancia de la investigación policial ……..……451

2. Una reflexión sobre la prueba indiciaria ……..…461

Conclusiones …….……481

Bibliografía citada ……..……...…….493

Índice de Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios
ACLU	*American Civil Liberties Union*
ACP	Anterior Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado mediante Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre
ADR	*Alternative Dispute Resolution*
AI	Amnistía Internacional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BGH	*Bundesgerichtshof*
CA/CCAA	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CiU	*Convergència i Unió*
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
CPI	Corte Penal Internacional
EA	*Eusko Alkartasuna*
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
ECRIS	Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales
EE.UU.	Estados Unidos de América
et al..	Y otros
FBI	*Federal Bureau of Investigation*
FGE	Fiscalía General del Estado
IC	*Iniciativa per Catalunya*
IU	Izquierda Unida
KKK	*Ku Klux Klan*
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEP	Ley 4/1985, de 21 de Marzo, de Extradición Pasiva
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
MP	Magistrado/a Ponente/Presidente
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PMK-R	*Politisch motivierten Kriminalität – Rechts*
p./pp.	Página/s
RAE	Real Academia Española (de la Lengua)
Raxen	Racismo-Xenofobia
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
s./ss.	Siguiente/s
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	*Strafgesetzbuch*
STS/ATS	Sentencia/Auto del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
WASP	*White Anglo Saxon Protestant*

PRIMERA PARTE. EL FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.

"Pues por la tierra vemos la tierra, por el agua el agua, por el éter el divino éter, por el fuego el destructivo fuego, el cariño por el cariño, y el odio por el odio funesto."

EMPÉDOCLES DE AGRIGENTO
(h.495/490 - h.435/430 a. C.).

Capítulo I

La irrupción de la agravante por motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento.

1. Las causas externas.

El artículo 22 del Código Penal español prevé una cuarta circunstancia agravante para todo tipo de delitos, si es que éstos se cometen "por motivos discriminatorios"[1] hacia las características personales (etnia, religión, orientación sexual, sexo, etc.) por ella enumeradas, que ha sido considerada una *rara avis* en Derecho comparado[2]. En la práctica forense se invoca, aplica o ignora atendiendo a criterios borrosos y escasamente definidos y sistematizados. En el ámbito académico se contempla con desconfianza, por las implicaciones que conlleva agravar la responsabilidad penal atendiendo a

[1] La referencia a esta circunstancia agravante bajo la etiqueta de "por motivos discriminatorios" es probablemente la más adecuada a su contenido. No obstante, también es habitual que sea referida como "agravante por motivos racistas", al ser éste el primer motivo discriminatorio que enumera el precepto, o por ser de mejor entendimiento esta denominación para el ciudadano lego. Así, NAVARRO MASSIP/PINA MASSACHS, *Cómo ganar un juicio penal*, 2002, p. 119.

[2] Si bien, progresivamente, parece ir abandonando su carácter excepcional. Respecto de los ordenamientos comunitarios, se ha llegado a afirmar que el establecimiento de una circunstancia agravante para aplicarla a los llamados "crímenes de odio" se ha convertido en "*la tendencia general*" (*vid.* diversos ejemplos en QUESADA/MARCOS, "Estudio comparativo de los Crímenes de Odio en el Ámbito de la Unión Europea", *CdA*, 2012, p. 20 y ss.). En el resto de Europa, por razones evidentes dada la proximidad geográfica y cultural, quizás el artículo 30.6 del Código Penal andorrano sea el precepto más semejante a nuestro artículo 22.4ª CP, aunque pueden localizarse figuras similares en otros ordenamientos del continente europeo, como el artículo 63 CP de Armenia (motivos étnicos, raciales o religiosos); el { 64, subsección 1, párrafo 10 CP de Bielorrusia (motivación de odio y discordia racial, nacional y religiosa); el § 33 Nr. 5 StGB de Liechtenstein (idéntico al austriaco); el artículo 63.1.f) CP de la Federación Rusa (debido a odio u enemistad nacional, racial o religiosa); o el artículo 67 CP ucraniano (por las mismas motivaciones que el ruso). Igualmente en América existen preceptos asimilables, siendo un esencial antecedente cronológico para la irrupción de nuestra circunstancia agravante el estadounidense *Wisconsin's Penalty-Enhancement Statute* §939.645 (1991-1992). Pero no sólo en EE.UU. encontramos ejemplos: véanse desde la Sección 718.1 (a)(i) del *Criminal Code* canadiense (delito motivado por el prejuicio u odio basado en la raza, origen étnico o nacional, idioma, color, religión, sexo, edad, discapacidad física o mental, orientación sexual o cualquier otro factor similar) a la más reciente nueva circunstancia 21ª del artículo 12 del Código Penal chileno.

motivaciones y, en definitiva, se encuentra sumida en una nebulosa que no favorece en absoluto la seguridad jurídica.

Como tendremos ocasión de observar, buena parte de la polémica generada por esta circunstancia agravante deriva del debate acerca de su *fundamento*. En aras de un debido análisis, no podemos adentrarnos sin más en el debate acerca de si la agravación afecta, por ejemplo, a la antijuridicidad o a la culpabilidad. La polémica que irradia el artículo 22.4ª CP trasciende a una discusión con marcados tintes de Teoría de Justicia. En efecto, esta circunstancia agravante se inserta en una corriente con denominación de origen anglosajona: la introducción por vía legislativa de sanciones penales agravadas para los llamados crímenes de odio (*hate crimes*).

En ordenamientos de *Common Law* (principalmente, en EE.UU.) se originó hace ya más de cuatro lustros un intenso debate sobre el fundamento de este tipo de agravaciones, por lo que el estudio del artículo 22.4ª CP desde ese prisma se antoja inevitable. En dicho debate, los partidarios y detractores de la agravación de la responsabilidad penal "por motivos discriminatorios" han expuesto diversos y poderosos argumentos por los cuales ello sería *justo* o *injusto*. En otras palabras: se debate acerca de cuál es la razón (con fuertes connotaciones de filosofía moral y del Derecho) que *justifica el reconocimiento legal de una institución jurídica* como la que nos ocupa, que agrava la responsabilidad penal cuando el autor del delito actúa guiado por una clase de motivos. También abarca esta discusión si, por el contrario, sería preferible un ordenamiento penal que no contemplara una circunstancia agravante por motivos discriminatorios. Así las cosas, sólo una vez determinado el posible fundamento de nuestra circunstancia agravante estaremos en condiciones de analizar cuál sea su naturaleza jurídica. No sólo porque "*determinar el fundamento de una institución es presupuesto ineludible del estudio acerca de su naturaleza jurídica*", sino porque al ser el fundamento la razón última del reconocimiento de dicha institución, se

convierte "*en el criterio rector de su configuración e interpretación*"[3]. En efecto, los enunciados jurídicos tienen una "razón justificante", que se sitúa por encima del debate sobre su concreta naturaleza. Es preciso por ello abordar, para un correcto entendimiento de su función conforme a nuestras categorías dogmáticas, una reconstrucción racional (una "interpretación" teleológica) del artículo 22.4ª CP[4]. En definitiva, con carácter previo y necesario a situar el artículo 22.4ª CP en una u otra categoría de nuestra Teoría del Delito, nos sumergiremos en las aguas del fundamento de la agravación conforme a la Teoría de Justicia. Y lo haremos partiendo de un amplio estudio sobre la cuestión, desarrollado en ordenamientos de *Common Law*, que considero plenamente extrapolable al nuestro[5]: el llamado "debate del odio" (*the hate debate*).

Habida cuenta de las múltiples cuestiones que incipientemente acabamos de exponer - en particular, respecto de los "orígenes estadounidenses" de nuestro artículo 22.4ª CP – parece aconsejable analizar la forma y el contexto en el que se introdujo esta circunstancia agravante en nuestro ordenamiento, así como las sucesivas reformas de la misma hasta llegar a su actual redacción. Puede que ese breve análisis introductorio, además de contribuir a la presentación de nuestro objeto de estudio, anticipe algunas materias que serán ineludibles al tratar su fundamento.

---

[3] En este sentido, siguiendo a HENKEL y LUZÓN, el brillante planteamiento de VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, 2000, cit. p. 8.

[4] *Vid*. el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal", DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (coords.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, 2006, pp. 365-395.

[5] No existen reales inconvenientes para acometer el análisis del fundamento del artículo 22.4ª CP partiendo de una discusión originada en el ámbito anglosajón. En efecto, los problemas que podrían plantearse para el estudio de su naturaleza jurídica desde este enfoque no son predicables para el de su fundamento, pues como señala BORJA JIMÉNEZ, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, 2012, pp. 181-182: "*la estructura del delito* […] *en gran parte de esta Europa continental hay consenso en entender que viene constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; mientras que en Francia se define en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del actus reus y mens rea. Sin embargo, conforme va profundizándose en aspectos menos técnico-dogmáticos y más filosóficos o constitucionales, aparecen fundamentos más generales* [comunes], *como la dignidad humana, la seguridad jurídica, los principios de lesividad, de culpabilidad, non bis in idem, humanidad de las penas u otros de carácter procesal, como los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa*".

La doctrina estadounidense ha señalado que la promulgación de leyes que prevén sanciones agravadas para quienes cometen crímenes de odio suele derivar del incremento de ese tipo de conductas discriminatorias, cosa que allí sucedió desde principios de la década de 1980. Entre las causas que suelen citarse para explicar dicho incremento se encuentran los cambios demográficos bruscos de tipo étnico y racial, el aumento de tensiones grupales debido a mercados de trabajo fluctuantes o a las dificultades para conseguir vivienda, la existencia de políticas públicas de "acción positiva"[6] para paliar los efectos discriminadores del pasado contra determinadas minorías (que generan rechazo en ciertos sectores), o el papel de eventos internacionales en la mentalidad de las personas[7]. Pues bien, *grosso modo*, concurrían en España estos presupuestos cuando la circunstancia agravante irrumpió en nuestro ordenamiento.

Al comienzo de la última década del siglo XX, España asistía con desconcierto al incremento de flujos migratorios. Concretamente, como constatación de un fenómeno iniciado entonces diez años atrás, el desconcierto radicaba en la transformación de país de emigración a receptor de inmigración (el 15 de Mayo de 1991 se había visto obligada a establecer visados para inmigrantes procedentes de países del Magreb, algo impensable unas décadas antes). No significa esto que en España no existieran históricamente conductas racistas (de forma paradigmática, con relación al pueblo gitano[8]). Lo que sucedió es que, en

[6] No entraremos aquí a valorar cuál es el concepto de *affirmative action*, traducido en nuestro ordenamiento como "acción positiva", frente al de "discriminación positiva" o al de "discriminación inversa" (sobre esta cuestión, RUIZ MIGUEL, "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, 1996, pp. 123-140). Salvo que se indique lo contrario, en el presente trabajo nos referiremos de forma genérica como "acción positiva" a aquellas medidas, propias de la Justicia distributiva, que tienen por fin "*lograr una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o desigualdad de oportunidades*" (*ibidem*, cit. p. 126).

[7] Causas citadas, entre otros, por KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes: Victimizing the Stigmatized", KELLY (ed.), *Bias Crimes: American Law Enforcement and Legal Responses*, 1993, p. 36.

[8] No ahondaremos en que la "pena de madrugada remota" de los gitanos guarda relación, como en el "Romance de la Guardia Civil española" de GARCÍA LORCA, con un racismo a veces incluso institucionalizado. Conviene así reseñar que, precisamente en 1991, aconteció un paradigmático suceso de odio hacia el pueblo gitano por parte de los poderes públicos, que pretendían expulsarles de un pueblo y que se saldó con una condena penal confirmada poco antes de la

la década de 1980, comenzó a construirse artificialmente (siendo en buena medida responsables los poderes públicos) una imagen negativa y estereotipada del inmigrante. Pero no de un inmigrante cualquiera: se había producido en esos años un incremento de la inmigración económica, lo cual supuso el aumento del número de extranjeros con distintos orígenes étnicos en nuestro país. Así, la imagen negativa consistía en construir, en esta época de crisis económica (recordemos que se alcanzó una tasa de desempleo superior al 24 % en 1994), la imagen de un inmigrante que "venía a quitarle el trabajo" a los españoles. Lo que resulta llamativo es que, cuando se promulga en nuestro ordenamiento la LOEX de 1985, no existía aún ese estereotipo negativo del inmigrante en la sociedad española. Fueron precisamente esas medidas legislativas, derivadas de políticas comunitarias tendentes a asegurar el "sistema de bienestar europeo" frente a "invasiones extranjeras", las que construyeron la imagen negativa del inmigrante económico. Sazonado todo ello con sobredimensionadas menciones en los medios a delitos cometidos por los inmigrantes, se creaba así el caldo de cultivo para el germen de prejuicios y conductas discriminatorias[9]. Por lo tanto, lo que había sucedido a finales de la

---

entrada en vigor de la circunstancia agravante que nos ocupa (descrito así por PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I*, 2003, p. 116: "*La STS de 2-7-1994 condenó al Alcalde de un municipio como autor de los daños ocasionados por el gentío en el curso de una manifestación, de carácter racista, que aquél había convocado*"). Quiere esto decir que, aunque en los momentos previos a la entrada en vigor de la circunstancia agravante cobrase más relevancia mediática y política la cuestión de los delitos cometidos contra inmigrantes, no quiere ello decir que la violencia racista contra gitanos no se encontrara *también* de actualidad. En cualquier caso, una vez introducida y como no podía ser de otra manera dada la realidad de nuestro país, esta circunstancia agravante ha sido aplicada en supuestos en los que las víctimas reunían estas características étnicas. Así, "*los hechos de que se ocupa la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Huelva de 14 de abril de 2008. Se trata de una manifestación convocada en el pueblo de Cortegana que pretendía mostrar la indignación por la muerte de un lugareño a manos de personas de etnia gitana. El inicial recorrido de la manifestación acaba modificándose y una parte de aquella accede al barrio donde reside mayoritariamente la población gitana de la localidad. Allí se viven situaciones de enorme tensión protagonizadas por algunos grupos de jóvenes que, ya de noche, logran pasar por encima del cordón de seguridad de la Guardia Civil y arrojan piedras, incluso provocan algún incendio y profieren todo tipo de insultos y amenazas graves contra las personas gitanas que estaban, previo aviso, encerradas en sus casas con las luces apagadas. La sentencia condena por delitos de desórdenes públicos (art. 557 CP) en concurso ideal con delitos de daños (art. 263 CP) con la agravante de cometer los delitos por motivos racistas o de discriminación referente a la etnia a la que pertenecían las víctimas (art. 22-4º CP).*" (LANDA GOROSTIZA, "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)", *RDPC*, 2012, cit. p. 309).

[9] *Vid.* en este sentido el análisis de LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la "normativa*

última década del pasado siglo no era el nacimiento del racismo en nuestro país. Tampoco el surgimiento de una genérica preocupación ante delitos de carácter racista, pues éstos habían existido en el pasado (por ejemplo, contra victimas gitanas). Lo que sucedió es que se constató que estaban proliferando conductas (vinculadas al movimiento *skinhead* de corte neonazi) cometidas por motivos discriminatorios contra inmigrantes debido al color de su piel.

Ahora bien, aunque esta pudiera ser la real explicación del por qué de la preocupación social existente entonces, lo que no puede negarse es que dicha preocupación *había* surgido. Era un *nuevo* problema a nivel social, al que se añadían otros brotes discriminatorios de diverso calado[10]. No obstante, la mayor preocupación recaía en esa nueva violencia contra inmigrantes, como muestran las palabras del Defensor del Pueblo en su Informe Anual de 1990:

> *"Hasta fecha bien reciente en nuestro país no se han conocido supuestos flagrantes de discriminación por razón de raza y con respecto a personas de ciudadanía no española. Tales actuaciones discriminatorias venían centrándose en brotes esporádicos y aislados de incomprensión y rechazo hacia los gitanos, de los que reiteradamente ha quedado constancia en anteriores informes y en este mismo. No obstante no puede ignorarse ni ocultarse, aún cuando no llegue a formularse como queja en la mayor parte de los casos, que también se están produciendo con alarmante frecuencia, brotes de conductas discriminatorias hacia extranjeros inmigrantes por razón de su raza o color de la piel. Sin duda este fenómeno se está produciendo como consecuencia del cambio en el proceso*

---

antidiscriminatoria" del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia), 2001, p. 42 y ss. Hace hincapié este autor en la conducta, que podríamos tildar de hipócrita, de los poderes públicos en aquella época. Se había construido una imagen negativa del inmigrante a través de medidas legislativas excluyentes. Una vez construida la imagen, surgen brotes discriminatorios contra los inmigrantes. Es entonces cuando, manteniendo la legislación de exclusión en materia de extranjería, se opta por sancionar penalmente las conductas discriminatorias. Sostiene este autor (*ibidem*, p. 57) que ello resultó muy "rentable" a los poderes públicos. De un lado, se evitaba con ello que tildaran al legislador español de racista o xenófobo debido a su legislación en materia de extranjería. De otro, el peligro de los brotes xenófobos pasaba a ser un argumento de justificación para la propia legislación penal antidiscriminatoria, en tanto que medida "preventiva".

[10] Por ejemplo, destacaremos que había comienzado a cobrarse sus primeras víctimas el SIDA, con el consiguiente incremento de la estigmatización del colectivo homosexual y de los delitos cometidos contra sus miembros, también por parte de *skinheads.* Efectivamente, en la década de 1990 se produjo un aumento de la criminalidad violenta contra homosexuales debido a la asociación entre SIDA y homosexualidad. *Vid*. BERRILL, "Anti-Gay Violence and Victimization in the United States: An Overview", HEREK/BERRILL (eds.), *Hate Crimes. Confronting Violence against Lesbians and Gay men*, 1992, pp. 38-39; o BERK/BOYD/HAMNER, "Thinking more clearly about hate-motivated crimes", HEREK/BERRILL (eds.), *Hate Crimes. Confronting Violence against Lesbians and Gay men*, 1992, pp. 134-136.

migratorio en España, en donde hemos pasado de ser un país de emigrantes, que denunciábamos con firmeza los supuestos de discriminación a nuestros nacionales cuando éstos eran víctimas de ellas en otros países, a ser país de acogida de inmigrantes. El trato que éstos reciben en ocasiones es no sólo inadecuado socialmente, sino también profundamente contradictorio con los principios fundamentales que proclama el Título Primero de la Constitución y la propia Ley de derechos y libertades de los extranjeros."[11]

Efectivamente, como hemos dicho, el aumento de la inmigración conllevó el de la discriminación, proliferando grupúsculos de ideología neonazi. Buena prueba de ello es la referencia del propio Defensor del Pueblo a la situación imperante, apenas un par de años más tarde:

"Durante 1992 la sociedad española se ha visto afectada por hechos de marcado significado discriminatorio racial producto de ciertas actitudes xenófobas y de rechazo a grupos étnicos, que por las cambiantes circunstancias internacionales, se ven obligados a inmigrar a otros países, entre ellos España. Esta afirmación se deduce del conjunto de quejas, que aparecen reflejadas a continuación, cuya investigación por el Defensor del Pueblo resulta más necesaria, aún, si se quiere dar contenido al principio constitucional de no discriminación por razón de raza y al de respeto a la dignidad de la persona. Efectivamente los hechos denunciados revelan determinadas actitudes de particulares que denotan brotes de xenofobia en ciertos sectores de la población española y ocasionalmente en algunos de los agentes de las administraciones que tampoco han sido ajenos a estas actitudes que pudieran constituir ejemplos de discriminación racial. No obstante, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que ya, anteriormente, se han producido ejemplos de esas actitudes con grupos raciales, como los gitanos, por lo que desde distintas instancias y desde hace mucho tiempo se viene buscando soluciones y ofreciendo alternativas que permitan, en última instancia, hacer realidad el principio constitucional de no discriminación por razón de raza a través de una efectiva y real integración de estas personas en el conjunto de la sociedad. Es pues este fin el que debe presidir, en todo caso, cualquier medida que se adopte por la Administración, en su conjunto, con relación a quienes, bien por su condición de extranjeros o por su diferente raza, se encuentran viviendo en España, y es este fin el que debe impulsar a los poderes del Estado a no permitir que se produzcan situaciones discriminatorias, aun cuando éstas tengan su origen en actitudes o hechos de particulares, persiguiendo y castigando las conductas que puedan dejar entrever discriminación racial. En este sentido, en la queja 9218242 compareció, acompañado del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares de Madrid, un estudiante en España, de nacionalidad norteamericana y de raza negra, quien puso de manifiesto que el día 22 de noviembre encontrándose sentado en un banco en la calle escribiendo una carta fue golpeado, en la cara y en las piernas, llegando a perder el conocimiento, por dos personas de un grupo de cinco, que, al parecer, llevaban la

[11] *Informe Anual 1990 del Defensor del Pueblo y Debate en las Cortes Generales*, p. 22.

cabeza rapada y portaban chaquetas de cuero negro. El incidente según esta persona se produjo sin mediar palabra entre él y sus agresores."[12]

No cabe duda que el año 1992 fue un punto de inflexión, mediáticamente marcado por sucesos como el asesinato de una inmigrante dominicana, llamada Lucrecia, en el barrio de Aravaca (Madrid)[13]. Ello desató varias manifestaciones en nuestro país, mientras aumentaba la preocupación hacia la intolerancia y la discriminación; hacia lo que se definía como "*todo tipo de manifestaciones de odio racial, nacional, sexual, étnico o religioso que se dan en nuestra sociedad*"[14].

Las noticias que por entonces propagaban los medios, marcadas por el recrudecimiento del conflicto en los Balcanes, no hacían sino incrementar la preocupación. En Europa, se asistía al auge de partidos de extrema derecha, que contaban con el rechazo a los inmigrantes entre los puntos esenciales de su programa político (paradigmáticamente, el *Front National* en Francia, que llegó a lograr un escaño en el Parlamento Europeo en el año 1984, y nuevamente en 1999). En Alemania, tras la reunificación, aumentó la violencia más o menos organizada por parte de sujetos de corte *skinhead* nacionalsocialista[15]. Paralelamente, EE.UU. padecía una verdadera inundación de noticias relativas a crímenes cometidos por motivos raciales, siendo especialmente significativa la

---

[12] *Informe Anual 1992 del Defensor del Pueblo y Debate en las Cortes Generales*, pp. 33-34

[13] Lucrecia Pérez, inmigrante dominicana, fue asesinada mientras dormía en las ruinas de una discoteca de Aravaca, por un grupo *skinhead* neonazi liderado por un guardia civil. Los cuatro autores serían condenados por asesinato, y confirmada su condena por el TS en el año 1996. La sentencia de instancia (SAP de Madrid, Sección 6ª, de 4 de julio de 1994), destacaba la concurrencia de motivos discriminatorios, a pesar de carecer todavía nuestro ordenamiento de una circunstancia agravante en tal sentido: "*Todo lo anterior se ha traído a colación precisamente para destacar que los procesados estaban vinculados todos ellos por los mismos sentimientos racistas y xenófobos y esta fue la causa, los móviles, absolutamente repudiables, de que acudieran a la discoteca Four Roses*". Este trágico suceso marcaría "*un antes y un después*" en España respecto del fenómeno de la xenofobia. *Vid*. CEA D'ANCONA/VALLES MARTÍNEZ, *Evolución del Racismo y la Xenofobia en España*, 2008, p. 39.

[14] Un buen ejemplo de la preocupación existente en nuestro país hacia este tipo de conductas por aquellas fechas puede constatarse en MONTOYA TAMAYO, *Las claves del racismo contemporáneo*, Madrid, 1994, 149 pp., cit. p. 77. La preocupación estaba igualmente presente a nivel científico en ramas ajenas al Derecho: "*El prejuicio racial está de actualidad en nuestro país* […] *La Psicología Social no puede permanecer insensible ante esta realidad*", MORALES, "El prejuicio racial como actitud negativa", YUBERO/MORALES (coords.), *Del prejuicio al racismo: perspectivas psicosociales*, 1996, p. 11.

[15] HARNISHMACHER/KELLY, "The Neo-Nazis and Skinheads of Germany: Purveyors of Hate", KELLY/MAGHAN (eds.), *Hate crime: the global politics of polarization*, 1998, pp. 37-50.

absolución de cuatro policías (por un Jurado con diez miembros de raza blanca) tras apalear a un joven negro el 3 de Marzo de 1991[16]. Tampoco pueden obviarse los diversos conflictos internacionales en los que subyacía un trasfondo discriminatorio en aquella época, como el *Apartheid* en Sudáfrica.

Ante todo, la idea en la que debe hacerse hincapié es que en el mundo occidental se estaba fraguando una importante preocupación debido a la proliferación, en aquellos momentos, de conductas que en la tradición anglosajona venían denominándose "crímenes de odio". Se podría incluso vincular el fin de la Guerra Fría a esta proliferación de delitos cometidos por el odio y el prejuicio del autor hacia determinadas características de su víctima (como su raza u orientación sexual), lo cual no haría sino incidir en la idea de *cambio* que marcaba aquel contexto[17].

En este marco[18], se celebró en Estrasburgo entre el 10 y el 15 de Diciembre de 1989 la Segunda Conferencia contra la Intolerancia, organizada por el Centro Europeo de la Juventud. Poco después, varios Estados europeos comienzan a introducir modificaciones en sus legislaciones penales para tipificar delitos relativos al revisionismo o negacionismo del Holocausto, o a la incitación y/o comisión de delitos por motivos racistas o discriminatorios en un sentido amplio. En este sentido, podemos citar el D.L. Nº 122, de 26 de Abril de 1993, sobre *misure urgente in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa* en Italia; los apartados 5 a 8 del artículo 1 de la *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, de 28

---

[16] *Vid.* MONTOYA TAMAYO, *Las claves… op. cit.*, p. 55. Igualmente significativos son los supuestos de hecho a los que hacen referencia en una conversación del film *American History X* (EE.UU., 1998, Dirección: Tony Kaye, Guión: David McKenna) el protagonista (un *skinhead* neonazi interpretado por Edward Norton) y el pretendiente judío de su madre, en un fallido intento de comida "familiar".

[17] Un intento de explicación de este fenómeno sería que, en el contexto de la Guerra Fría, la dicotomía capitalismo/comunismo atenazaba en uno u otro lado los temores de los ciudadanos. Con su fin, habrían proliferado sentimientos de odio atávico, como consecuencia de la recuperación de elementos de "identidad colectiva" que se encontraban en un segundo plano en el anterior periodo. Así, KELLY/MAGHAN, "Introduction", KELLY/MAGHAN (eds.), *Hate crime: the global politics of polarization*, 1998, pp. 1-21.

[18] Para un mayor detalle sobre esta preocupación por aquel entonces, *vid.* AA. VV., *El problema de la Intolerancia en Europa*, Madrid, 1991, *passim*.

de octubre de 1994, en Alemania; así como la introducción de nuevas figuras delictivas relacionadas con la discriminación o subtipos agravados por la motivación racista de quien comete el delito en la Parte Especial de los Códigos Penales de Portugal y Francia. Estas reformas, como ha sido señalado[19], se insertarían en la misma dinámica europea que a nivel nacional favoreció la introducción de nuestra circunstancia agravante por motivos discriminatorios.

Volviendo a España, entre las diferentes medidas que en este sentido se tomaron[20], comenzaron las menciones a la introducción de una agravante genérica por motivos discriminatorios. Desde luego, una aproximación desde las Ciencias Políticas podría explicar que en España se introdujera la circunstancia agravante objeto de estudio en la década de 1990[21]: existía un

---

[19] RENART GARCÍA, "La agravación del delito por motivos discriminatorios: Análisis del artículo 22.4ª del Código Penal de 1995", *DLL*, 2002 (http://laleydigital.laley.es/, última visita: 14/05/11).

[20] Resulta interesante mencionar una manifestación en España de esta preocupación, en el ámbito penal y en aquellos años: evitar la extradición de un ciudadano si en el país requirente va a verse empeorada su situación por motivos discriminatorios (ejerciendo dicha discriminación el sistema penal del Estado requirente). Así, en la línea de la referencia a la denegación de extradición por existencia de prejuicios del artículo 5.1 LEP ("*Si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones*"); el Tratado de extradición entre la República de Venezuela y el Reino de España, suscrito en Caracas el 4 de Enero de 1990, Artículo 6.2: "*Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tuviere fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o bien que la situación de aquella pueda ser agravada por estos motivos.*" La introducción de estos preceptos, que probablemente obedecía a la lucha contra la discriminación, podría plantear un curioso "efecto búmeran" desde una interpretación literal del artículo 22.4ª CP. Supongamos que un sujeto comete un delito por motivos discriminatorios, de forma que le sería de aplicación el artículo 22.4ª CP, y que esas motivaciones (su odio y su prejuicio) se encuentran vinculadas a sus opiniones políticas (*ad exemplum*, a su ideología neonazi). Amparada en estos preceptos, parece que – por ejemplo - Venezuela podría denegar su extradición a España, ya que por razón de sus opiniones políticas se vería agravada su "situación" (su responsabilidad penal). Sobre la progresiva ampliación del principio de exclusión de la extradición por delitos políticos, *vid*. BELLIDO PENADÉS, *La extradición en Derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, 2001, pp. 62-66.

[21] Concretamente, podría explicarse atendiendo al llamado "modelo papelera - *garbage can* - modificado" de KINGDON, *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, 2010, *passim*, 273 pp. Este modelo ha sido utilizado para explicar la introducción del concepto de crimen de odio en un ordenamiento de nuestro entorno – Alemania -, por lo que considero que es igualmente reutilizable para explicar la introducción de la agravante objeto de estudio en nuestro ordenamiento (*vid*. BLEICH/HART, "Quantifying Hate: The evolution of German approaches to measuring "Hate Crime"", *GP*, 2008, p. 65 y ss.). Se trata de un modelo que se aleja del

problema sociopolítico (el aumento de determinadas conductas delictivas, derivado del cambio de flujos migratorios) así como la consiguiente presión social y mediática para los partidos políticos. Eso haría que los grupos parlamentarios comenzaran a incluir esa preocupación en sus debates a partir de 1992, sin perjuicio de anteriores manifestaciones más generales de la lucha contra la discriminación en nuestra historia legislativa[22]. Pero como con

---

tradicional de toma de decisiones racionales (*rational decision-making model*), conforme al cual todo sucedería de forma menos desorganizada. El modelo de KINGDON es más flexible: la política pública (*policy*) simplemente requiere para su implementación que converjan, aunque sea de forma no consecuente, determinadas corrientes - reconocimiento de la existencia de un problema, propuestas políticas de actuación (por ejemplo, la presión de un *lobby*) y que comiencen los procesos políticos de negociación (*politics*) para la adopción de la medida -. Cuando surge una oportunidad para que esas corrientes confluyan (*policy window*), la política pública se implementa.

[22] Como señala LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código Penal de 1995", *EPC*, 1996, pp. 219-288; podemos remontarnos a la década de 1970 para rastrear los orígenes de nuestra legislación penal antidiscriminatoria. Así, la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, introdujo en el CP el delito de genocidio (que podría entenderse como la forma más brutal de discriminación: la eliminación del grupo discriminado; si bien hemos de admitir que no se trata, en puridad, de un "mero" delito de discriminación). También introdujo la Ley 23/1976 una modalidad delictiva para la asociación ilícita que promoviera la discriminación. Así, no puede obviarse que la preocupación en sede legislativa penal por la discriminación da sus primeros coletazos en paralelo a nuestra actual democracia. En este sentido, afirma RODRÍGUEZ YAGÜE, "Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código penal español", *Dos mil-tres mil*, 2007, p. 3: "*Es la reforma del CP realizada ocho meses después de la muerte de Franco, por la Ley 23/1976, de 19 de julio, la que introduce por vez primera en nuestro Ordenamiento la sanción penal de una conducta de discriminación, concretamente la de las asociaciones ilícitas que "promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica" (art. 172.4), aunque su duración es efímera al quedar sin contenido a través de la LO 4/1980. Es en 1983, mediante la reforma del CP del 44 operada por LO 8/1983, de 25 de junio, cuando se introducen dos tipos delictivos con la intención de castigar las conductas de denegación discriminatoria de prestaciones realizada por el particular encargado de un servicio público (art. 165) o por un funcionario público (art. 181 bis) por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato. Además se reintroduce el castigo de las asociaciones ilícitas que "promuevan la discriminación racial o inciten a ella" (art. 173.4), precepto sí orientado a castigar un tipo concreto de discriminación, la racista, y contemplado en el catálogo de conductas que según el art. 4 de la CERD debían ser tipificadas como delictivas.*" Centrándonos ya en el artículo 22.4ª CP, si consideráramos que actuar por motivos discriminatorios supone realizar una conducta inspirado por "móviles abyectos", sería posible remontarse al Proyecto de Código Penal de 1980. Efectivamente, dicho Proyecto planteó la posibilidad de mantener la agravante genérica de premeditación condicionándola a la presencia de una especial malicia del autor. Posteriormente, el anteproyecto de 1983 propuso su sustitución por una agravante genérica de "móviles abyectos o fútiles". Ninguna de estas opciones llegó a gozar del pleno respaldo jurisprudencial, si bien de dicha discusión se hizo eco el TS (Sentencia de 19 de junio de 1984, MP Luís Vivas Marzal): "*valiéndose de una síntesis obtenida de las SS. de este Tribunal de 7 junio 1976, 5 noviembre 1980 y 21 diciembre 1981, puede recordarse que, la premeditación -de «pre» y «meditare», pensar antes-, circunstancia agravante genérica -6.ª del art. 10 del C. P.- y cualificativa del delito de asesinato -4.ª del art. 406-, ha suscitado profundas discrepancias doctrinales, controvertiéndose tanto su naturaleza como su concepto y sus requisitos.* […] *Descartado el elemento sintomático -móvil abyecto, vil o depravado- que no exige el Código español ni es requisito pacífico en la doctrina*". En este contexto, parte de la doctrina (CEREZO MIR) planteó la idoneidad de establecer una circunstancia agravante genérica

cualquier política pública, no puede obviarse la necesidad de que exista una *policy window* para que pueda ser efectivamente implementada: esto es, un contexto favorable. Ese contexto, como veremos, se dio en 1995, Año Internacional de Lucha contra la Intolerancia y fecha de introducción de esta agravante en nuestro ordenamiento.

Un buen punto de partida será analizar la evolución de la agravante en el trámite parlamentario[23]. Podremos así comprender que se introduzca esta circunstancia agravante, a la vista del contexto anteriormente reseñado, y a la vez intuir las importantes similitudes entre el proceso político de negociación de nuestro actual artículo 22.4ª CP y la discusión sobre los *hate crimes* en ordenamientos anglosajones. Es por ello posible que se mencionen algunos conceptos o se efectúen apreciaciones que serán debidamente analizados y desarrolladas en posteriores Capítulos, pero cuya función para apreciar la precitada similitud se revelará de suma utilidad.

---

referida a los móviles en el Proyecto de 1992, aunque menos moralizante que la propuesta en textos anteriores. Esta postura fue criticada con base en que "*formulaciones centradas en referencias genéricas a móviles generan muy graves problemas de delimitación*", siendo indiscutible que el Proyecto de 1992 renunció a incluir una agravante genérica en este sentido (sobre esta cuestión, DÍEZ RIPOLLÉS, "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal", *LL*, 1993, pp. 90-97). Ahora bien, no deja de resultar llamativo que, mientras se descartaba la circunstancia agravante de móviles abyectos y persistía en la doctrina la sugerencia de incluir una agravante referida a móviles, surjan en la tramitación parlamentaria del Proyecto de 1992 las primeras menciones a la circunstancia agravante que aquí nos ocupa, como a continuación comprobaremos. Ello, además de permitirnos rastrear un muy incipiente origen, indirectamente, en el Proyecto de 1980, pone sobre la mesa la posible consideración de los motivos discriminatorios de nuestro actual artículo 22.4ª CP como "móviles abyectos".

[23] *Vid*. también el análisis más general de LANDA GOROSTIZA, *La política criminal… op. cit.*, pp. 58-71 y 181-185.

2. El Proyecto de Código Penal de 1992.

Como es sabido, el 11 de Septiembre de 1992 fue presentado un Proyecto de Código Penal, y en su tramitación se plantea por vez primera la inclusión de la agravante que hoy figura en el artículo 22.4ª CP. El Proyecto en sí no contenía ninguna referencia a la misma, pero a la hora de proponer enmiendas, fueron varios los Grupos parlamentarios que plantearon la novedosa introducción.

En efecto, la enmienda nº 330 propuesta a dicho Proyecto por el Grupo Parlamentario CiU sugería la inclusión de una nueva circunstancia agravante consistente en "*cometer el hecho por motivaciones de índole racista, basadas en el origen étnico o en la condición de extranjero de la víctima*", justificando dicha inclusión en que "*las motivaciones racistas deben comportar una agravante del delito cometido, dada su repercusión social.*" También el Grupo IU, en la enmienda nº 676 ("*cometer el delito por motivos de discriminación de personas o grupos por su pertenencia a una etnia o raza*") y el Grupo Mixto-EA, en la enmienda nº 97 ("*cometer el delito por razón de origen nacional de la víctima, o de su pertenencia real o supuesta a una etnia, raza, credo o grupo religioso determinado*") proponían la inclusión de una agravante análoga. En el caso de IU, la agravante encontraría su fundamentación en que "*la preocupación que suscita la comisión de delitos por motivos racistas aconseja aumentar su gravedad*". El Grupo Mixto-EA, sin embargo, lo justificaba argumentando que ello reforzaría "*los valores de la solidaridad y la cohesión social*"[24].

Mención aparte merece la enmienda propuesta por el Grupo Socialista, que sugería la inclusión de una circunstancia agravante similar, si bien la limitaba a los delitos contra las personas ("*cometer cualquiera de los delitos contra las personas por motivos referentes al origen étnico o nacional de la víctima*"). La justificación de

[24] Además, este Grupo proponía (enmienda nº 98) la inclusión de una "agravante" adicional en la misma línea – con una redacción más propia de conducta típica -, haciendo mención expresa a la emoción humana que tanta relación guarda con el actual artículo 22.4ª CP: "*quienes realicen actos de incitación al odio o a la discriminación por razón del origen racial o nacional de las personas*".

que se incluyera esta circunstancia en el Código Penal, por ser "*conductas especialmente reprochables y contrarias a nuestro ordenamiento constitucional*", parecía vincular la agravación a un mayor reproche.

Esta enmienda ya suscitó el debate de que pretendiera limitarse la circunstancia agravante a una única clase de delitos, como manifestara el Grupo Mixto[25]:

> *"A mí me parece, señor López Riaño, que su enmienda 466, si bien viene a paliar algo la ausencia de esta agravante en el proyecto inicial, se queda en la mitad. ¿Por qué? Porque limitar el hecho, como hacen ustedes en esta enmienda, a los delitos contra las personas no es abarcar globalmente los delitos que se puedan cometer en razón del origen racial de las personas o de las víctimas. ¿Qué ocurre, señor López Riaño, si se destroza un vehículo, se da fuego a una vivienda o se rompe una bicicleta a una persona por ser de raza gitana o africano? ¿Eso no es agravante? ¿Hace falta partirle la cara o pegarle dos tiros a esa persona para que lo consideren como un delito agravante que debe ser introducido en ese artículo 21?"*

Al margen de esa crítica, puede apreciarse cómo los fundamentos para la introducción de la circunstancia agravante variaban según las propuestas:

a) De un lado, se justificaba la introducción debido a la "preocupación" generada por esas conductas o a la "repercusión social de esas motivaciones". Es decir, que parece que se vinculaba la mayor gravedad de esas conductas a sus resultados, a sus efectos. Planea en las propuestas de los Grupos IU y CiU la idea de daño a nivel colectivo o social (por tanto, no sólo a la víctima específica) que generaban estos delitos: unas particularidades que, objetivamente, justificarían la agravación.

b) De otra parte, se justificaba su introducción porque esas motivaciones (ya no objetiva, sino subjetivamente) merecerían un "mayor reproche" por atentar contra nuestro orden constitucional. La gravedad, en la propuesta del Grupo Socialista, no se vincula ya a los daños de la

[25] *Vid*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 639, Justicia e Interior, de 17 de Marzo de 1993, p. 19.261.

conducta para un colectivo, sino al mayor reproche al autor por la clase de motivaciones que le impulsaron a cometer el delito. Se traspasaba así el inicial alcance de esta reforma (la lucha contra el racismo y la xenofobia), adentrándose en un ámbito relativo a la lucha general contra la negación de la diferencia, de consagración del principio de igualdad (artículo 14 CE).

c) Por último, debemos destacar que la propuesta del Grupo Mixto-EA no justificaba su introducción con alusiones a su mayor gravedad, ya fuera objetiva o subjetiva, sino a la utilidad que podía revestir para lograr una mayor cohesión social. Una finalidad propia de las llamadas "acciones positivas" y extraña (al menos por aquel entonces) a nuestra tradición jurídico-penal.

Sea como fuere, estas enmiendas al artículo 21 del Proyecto de Código Penal de 1992 no fueron en ningún momento aprobadas, como no lo fue el propio Código proyectado. De hecho, ni siquiera fueron aceptadas por la Ponencia[26]. Ahora bien, podemos afirmar que la primera mención a la inclusión de una agravante por motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento surge en ese debate parlamentario, entre finales de 1992 y principios de 1993.[27]

[26] BOCG de 7 de Abril de 1993 – Serie A, Nº 102-10, p. 524.
[27] *Vid*. BOCG de 11 de Febrero de 1993 – Serie A, Nº 102-7, pp. 153, 210, 246 y 303.

3. La reforma de nuestro anterior Código Penal en el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia.

En el año mil novecientos noventa y cinco, cualquier discusión en el ámbito jurídico-penal español parecía abocada a versar indefectiblemente sobre el nuevo "Código Penal de la Democracia", de promulgación tantas veces dilatada desde que se presentara el Proyecto de Código Penal de 1980. Por otra parte, concretamente el día 11 de Mayo de 1995, se debatía en el Pleno del Senado la aprobación de la que sería la LO 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado[28]. En este escenario, no es de extrañar que no se prestara excesiva atención a la reforma de nuestro hoy derogado Código Penal de 1944/73, operada por la LO 4/1995, también de 11 de Mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio[29], que introducía en nuestro ordenamiento una nueva circunstancia agravante.

Es por ello oportuno analizar sucintamente la tramitación parlamentaria de esta reforma, que tiene su origen en la entonces denominada "Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología del delito de genocidio", iniciativa del Grupo Parlamentario Popular presentada en el Congreso el 4 de Enero de 1994. En aquel momento, como su nombre indicaba, la reforma pretendía incluir un único tipo penal de apología del genocidio y un tipo agravado para el supuesto de que el autor del delito fuese una autoridad o funcionario público. En ese momento, ninguna referencia existía a la circunstancia agravante de la responsabilidad penal que hoy conocemos.[30] No obstante, es de destacar que, en defensa de su Proposición, el

---

[28] *Vid*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 146, de 11 de Mayo de 1995, p. 7739 y ss.

[29] BOE nº 113/1995, de 12 de mayo de 1995.

[30] BOCG de 4 de Enero de 1994 - Serie B, Nº 52-1, pp. 1-2. El hecho de que "irrumpiera" la agravante no sólo en nuestro ordenamiento, sino también en aquella postrera reforma del ACP supuso que se aprobara una ley que "acumulaba" figuras delictivas de muy diversa naturaleza. A la vista de esta reforma, señalaría LANDA GOROSTIZA, ""El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código Penal de 1995: una aproximación crítica", *RIDP*, 2002, pp. 159-206, que dibujaba "*un modelo político-criminal "sui generis" en nuestro ámbito de cultura y cuyos*

precitado Grupo parlamentario manifestó en la Sesión Plenaria nº 77, de 14 de Junio de 1994, que "*la reciente proliferación de episodios en distintas partes de Europa de violencia antisemita y racista, las campañas de violencia y limpieza étnica en la guerra de la antigua Yugoslavia, que tienden a restituir carta de naturaleza al odio racial, étnico y religioso, son un fenómeno especialmente preocupante que viene siendo abordado en las instancias europeas desde hace varios años*", haciendo referencia al "*compromiso de actuar contra todas las ideologías, políticas y prácticas que inciten al odio racial, a la violencia y a la discriminación*" y al hecho de que "*algunos de los países que con más dureza castigan esta propaganda racista, castigan la incitación al odio racial*"[31]. Múltiples referencias, por lo tanto, a la emoción del odio y a las iniciativas legislativas en ordenamientos de nuestro entorno.

El Pleno de la Cámara acordaría el 27 de Junio de 1994 la toma en consideración de la proposición del Grupo Parlamentario Popular y el encargo de un Dictamen a la Comisión de Justicia e Interior[32]. Así, llegamos a la primera mención de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios en esta tramitación parlamentaria, a través de dos enmiendas a aquella Proposición por parte del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. Se proponía una redacción diferente de aquella que sería finalmente aprobada, pero idéntica a la que constaba en el Proyecto de nuevo Código Penal que acababa de ser remitido a las Cortes[33]. La motivación de esta inclusión consistía, conforme a la Enmienda nº 6, en "*adelantar las propuestas que el Proyecto de Código Penal remitido a las Cortes contiene en la regulación de esta materia, las cuales significan una respuesta más eficaz y contundente contra los autores de conductas tan reprochables*".

---

rasgos expansivos, omnicomprensivos, no harán sino consolidarse y exacerbarse hasta el extremo en el actual Código penal de 1995".

[31] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 78, de 14 de Junio de 1994, p. 3938 y ss.

[32] BOCG de 27 de Junio de 1994 - Serie B, Nº 52-2, p. 3

[33] *Vid*. enmiendas nº 2 (por la que se añade a la Exposición de Motivos: "*Se introduce por último una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o la profesión religiosa de la víctima.*") y nº 6 ("*El apartado 17 del artículo 10, actualmente sin contenido, tendrá la siguiente redacción: "17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes a origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima.*"), en el BOCG de 17 de Octubre de 1994 - Serie B, Nº 52-7, pp. 13-15. *Cfr*. Proyecto de LO del Código Penal, en el BOCG de 26 de Septiembre de 1994 – Serie A, Nº 77-1, p. 6.

En efecto, el nuevo Código Penal que se estaba gestando en paralelo a esta modificación del Código Penal anterior también contemplaba la inclusión de esta agravante en nuestro ordenamiento. Así, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 20 de Septiembre de 1994, preveía una circunstancia agravante en su artículo 23.5 con la misma redacción que inicialmente se pretendió conferir al artículo 10.17 ACP.

Las enmiendas propuestas fueron aceptadas por unanimidad, acordando una modificación en la redacción inicial,[34] la cual sería elevada a la Comisión de Justicia e Interior. Ésta elaboró su Dictamen, que mantuvo inalterada la redacción propuesta para la agravante, limitándose a adaptar levemente la redacción de la Exposición de Motivos[35]. Este texto fue aprobado por el Pleno del Congreso en Sesión celebrada el 16 de Febrero de 1995[36]. Merece la pena destacar del debate de la referida Comisión la siguiente felicitación a la iniciativa consistente en la introducción de la agravante:

> *"la redacción del apartado 17 del artículo 10 del Código Penal consiste en considerar como agravamiento de la conducta a la hora de fijar la pena el cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional y también -es lo que incluyó la Ponencia en su deliberación- aquellos delitos que se cometan por motivos relativos a la ideología, religión o creencias de la víctima. Me parece que es una innovación muy importante, que incluso va más allá del puro motivo racista, para entrar en principios profundamente protegidos por nuestra Constitución, como es la ideología, la religión o las creencias."*[37]

Nuevamente, se vinculaba la agravación con nuestros principios constitucionales, insistiendo en que no se perseguía únicamente con su

---

[34] *"En la enmienda nº 6 a la Disposición Final, en el punto 2, relativo a la nueva redacción del apartado 17 del artículo 10 del Código Penal se propone la siguiente redacción: «Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima»"*, *vid*. BOCG de 23 de Diciembre de 1994 – Serie B, Nº 52-9, pp. 19-21.

[35] *Vid*. BOCG de 3 de Enero de 1995 - Serie B, Nº 52-10, pp. 23-24.

[36] *Vid*. BOCG de 20 de Febrero de 1995 - Serie B, Nº 52-11, p. 25.

[37] *Vid*. la intervención del Grupo parlamentario IU-IPC en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 391, de 20 de Diciembre de 1994, p. 12089 y ss.

introducción impulsar la lucha contra el racismo[38]. Una vez remitido al Senado el texto, se aprobó sin modificaciones la redacción de la nueva agravante. No obstante, en el debate surgieron interesantes reflexiones, entre las cuales puede destacarse la efectuada por el Senador López Henares:

> "[la reforma] *introduce una agravante en el artículo donde estas agravantes se detallan, artículo 10 del Código Penal, especificando que cuando se realice algún delito contra las personas o contra el patrimonio impulsado por motivos xenófobos, raciales o antisemitas, esto constituirá una agravante. La proposición, por tanto, aunque inicialmente pretendía penalizar sólo la apología del genocidio, tuvo esta ampliación que tiene, a mi juicio y, por supuesto, al de todos los que hemos participado en su elaboración, un carácter civilizador y claramente progresista."*

El Senador Arévalo Santiago, incidiendo en este matiz, desvinculaba claramente los dos objetos de esta reforma (la tipificación de la apología del genocidio y la inclusión de la nueva agravante). No se trataba simplemente de crear subtipos agravados:

> "*El artículo 10 del Código Penal vigente, al que intentamos añadir una nueva agravante, se refiere a las circunstancias agravantes, no se refiere a la apología sino a la comisión de delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico, etcétera. Es decir, es otra cosa. Una cosa son las circunstancias agravantes y otra es la apología que intentamos incorporar al Código Penal con esta proposición de ley. Son dos cosas distintas. Por tanto, no me las compare."*

El mismo Senador se refería también a la importancia de las emociones - paradigmáticamente, el odio - en la redacción del nuevo precepto ("*el término xenófobo, que significa odio, repugnancia u hostilidad*"). Esta relevancia fue igualmente respaldada por el Senador Ibarz i Casadevall:

> "*en el Año Internacional de la Tolerancia, creo que no huelga rememorar el pasado al objeto de no perder la conciencia de que nuestra sociedad no está libre de actitudes que llevan implícita la simiente del rechazo a lo desigual, cuando no el odio a lo diferente*".

Y, del mismo modo, también el Senador Fernández Aguilar afirmaba:

---

[38] *Vid*. la crítica de LANDA GOROSTIZA, "Racismo, xenofobia y Estado democrático", *Eguzkilore*, 2004, p. 62 y ss., al hecho de que la ley de 1995 pase de ser una ley contra el racismo a una ley contra la intolerancia genérica, por considerar este autor que con ello se convertía en un potencial instrumento de censura ideológica.

> "*no existe amparo en la ley española respecto de cualquier actividad que se reclame en las ideologías criminales que difundan el racismo, la exclusión étnica, el odio religioso o la referencia al delito de genocidio*".

Por último, insistiendo en que esta inclusión suponía un "anticipo" del nuevo Código, el Senador Arévalo Santiago argumentaba que

> "*al haber añadido una nueva circunstancia agravante* […] *nos anticipamos en el tiempo al Código Penal futuro, actualmente en debate de Ponencia en el Congreso de los Diputados, en el que se define* […] *la agravante quinta del artículo 23*".[39]

El 27 de Abril de 1995, coincidiendo con el Día Mundial del Holocausto Judío, se aprobaron en el Congreso todas las enmiendas propuestas por el Senado, así como la proposición de Ley Orgánica, con un solo voto en contra. En el debate, surgió nuevamente la vinculación entre esta circunstancia agravante y las emociones del autor. Sin embargo, aquí se mencionaba ya únicamente una motivación específica (el odio), como de forma inequívoca señaló el Grupo Parlamentario Popular:

> "*en esta discusión hemos recordado no solamente la historia de Europa y la historia de España, hemos recordado también la superioridad de los valores de nuestra Constitución y de nuestro ordenamiento jurídico, la superioridad de la libertad, de la verdad y de la dignidad en el ordenamiento jurídico español y en el ordenamiento político que los españoles libremente nos dimos como nación europea. Por eso se incluyó en los debates de la Ponencia y de la Comisión del Congreso de los Diputados un agravante para los delitos cometidos por motivos que tenían su origen en el odio racial, étnico, religioso, nacional, etcétera. […] Se trataba, además, de hacerlo de manera urgente, de no esperar más al nuevo Código Penal, de incluirlo ahora, de dar una señal política concordada entre los distintos grupos políticos, apoyada en la mayoría del pueblo español y en los deseos del mismo de celebrar correctamente este Año Europeo de la Tolerancia.*"[40]

Así irrumpía en nuestro ordenamiento una nueva circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Su entrada en vigor se produjo el 13 de Mayo de 1995, mediante esta reforma operada por la LO 4/1995, de 11 de mayo, que señalaba en su Exposición de motivos:

---

[39] Diario de Sesiones del Senado nº 73, de 5 de Abril de 1995, p. 3766 y ss.

[40] *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 143, de 27 de Abril de 1995, p. 7555 y ss.

> *"Se introduce, por último, una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima."*

E introducía el que sería el último contenido en vigor del artículo 10.17 de nuestro anterior Código Penal[41]:

> *"Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima."*

En definitiva, podemos aventurarnos a extraer algunas conclusiones a la vista de la tramitación parlamentaria de la LO que introdujo la agravante por motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento:

a) Parece existir una clara relación entre la emoción del odio y esta agravación de la responsabilidad penal.

b) Aunque se produjo la inclusión de la agravante conjuntamente con la tipificación de algunos nuevos delitos, el debate parlamentario diferenció claramente ambas cuestiones, incidiendo en la novedad que suponía para nuestro ordenamiento el que se tratara de una circunstancia agravante que atendía a las motivaciones del autor.

c) Por último, aunque la "irrupción" en nuestro ordenamiento de esta nueva agravante se produjo con esta postrera reforma de nuestro anterior Código Penal, cronológicamente pueden rastrearse menciones anteriores en el debate parlamentario referente a la aprobación de nuestro Código Penal vigente, como a continuación expondremos. A

[41] En el momento en que se introdujo la nueva circunstancia agravante, el artículo 10.17 CP carecía de contenido. Con anterioridad, se refería a "*ejecutar el hecho en lugar sagrado*", produciéndose la supresión de aquella circunstancia agravante, atendiendo a la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de julio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, debido a que "[s]*uficientemente protegida en los oportunos tipos de delito la libertad religiosa y el debido respeto a los sentimientos de esa índole, así como a los actos, cultos y miembros o ministros de todas las confesiones religiosas legalmente reconocidas, no se aprecia razón alguna para la subsistencia de la agravante genérica de ejecución del hecho en lugar sagrado*".

partir de esta constatación, podría admitirse que se introdujo de forma un tanto precipitada. Quizás, por razones de oportunidad política, quiso asegurar el Legislador el "golpe de efecto" que la introducción de la circunstancia agravante en el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia suponía.

En particular, detengámonos en el hecho de que sólo fuese de aplicación la agravante para delitos cometidos contra las personas o el patrimonio. Puede comprobarse cómo desde los primeros pasos de esta tramitación parlamentaria se incluía esta limitación. El hecho de que la restricción a estos dos grupos de delitos surgiera de forma tan abrupta y sin justificación aparente suscitó fuertes críticas por parte de la doctrina científica[42]. Lo único que podemos afirmar es que, como hemos visto, de entre las enmiendas que proponían una nueva agravante por motivos discriminatorios en el artículo 21 del Proyecto de Código Penal de 1992, la propuesta por el Grupo Socialista restringía su aplicación a delitos contra las personas. Ante las críticas que suscitó por parte del Grupo Mixto esa restricción - planteando precisamente la hipótesis de que si se cometiera por estos motivos un delito contra el patrimonio, no podría apreciarse la circunstancia agravante -, se amplió su campo de aplicación también a esta clase de delitos. En efecto, cuando en Septiembre de 1994 se remite a las Cortes el Proyecto de LO del que sería nuestro vigente Código Penal, ya constaba la restricción a los delitos contra las personas *y el patrimonio*, y sería asimilada a partir de Octubre de ese mismo año en la tramitación de la LO que introdujo el último contenido en vigor del artículo 10.17 ACP.

Abriendo un breve paréntesis, detengámonos en la ampliación del campo de aplicación de la agravante, para todo tipo de delitos, que se produciría poco después. Ciertamente, el cambio fue abrupto y, en ese sentido, criticable como técnica legislativa. Igualmente criticable (y criticado) fue en el debate parlamentario que existiese la originaria limitación (sólo a delitos contra las

[42] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 1995, p. 739.

personas, o contra las personas y el patrimonio)[43]. Mas no debemos olvidar que, potencialmente, cualquier conducta delictiva puede realizarse por estos motivos. Limitar la agravante, así entendida, sólo a delitos contra las personas no podía abarcar una fenomenología de delitos patrimoniales y económicos cometidos por estas motivaciones, incluso algunos que podrían calificarse erróneamente como "de laboratorio"[44]. Y tampoco añadiendo los delitos contra el patrimonio se abarcan otra serie de conductas habituales en la práctica[45]. Por lo tanto, se antoja coherente que se suprimiera la limitación, de forma que la

---

[43] A salvo de alguna tímida referencia al posible carácter excesivamente genérico de la agravante, como la expuesta por el Grupo Socialista, que LANDA GOROSTIZA, *La política… op. cit.*, p. 182, vincula a la voluntad inicial del Proyecto de 1992 de limitar la agravante sólo a delitos contra las personas (*vid. ibidem*, pp. 90-91).

[44] En EE.UU., han proliferado los fraudes (de inversiones, estafas, etc.) en los que el autor no actúa guiado por el patrimonio supuestamente voluminoso de su víctima, sino por las características de ésta, con un fuerte componente prejuicioso. Es decir, no tanto por codicia sino por odio y prejuicio (*vid.* FAIRFAX, "The Thin Line Between Love and Hate: Why Affinity-Based Securities and Investment Fraud Constitutes a Hate Crime", *UCDLR*, 2003, p. 1073-1143). No obstante, bien es cierto que los crímenes violentos son los que con mayor plausibilidad se representan como motivados por esta emoción. Concretamente, siguiendo la distinción de FROOM, los crímenes violentos motivados por el odio se enmarcarían en tres de las cuatro manifestaciones de violencia (colérica reactiva, vengativa o compensadora), excluyendo la llamada "violencia juguetona o lúdica", que "*no está motivada por odio*" (*vid.* CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*, 2010, p. 125 y ss.).

[45] Particularmente en lo que a delitos contra el honor respecta. Valga como ejemplo el fenómeno de las injurias en espectáculos deportivos, del cual existe una fácilmente constatable profusión mediática, y que ha sido objeto de la Recomendación Política General nº 12 de la ECRI, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el ámbito del deporte, de 19 de marzo de 2009. Como ya ha sido señalado, nada obsta a que en este ámbito sea de aplicación el artículo 22.4ª CP, a cualquier tipo de delitos, incluyendo injurias y amenazas (ORTIZ MALLOL, "Racism and Sports in the European Union. The Spanish Case", 2009 (http://www.mos.gov.rs, fecha de consulta: 18/11/11), p. 5). Es preciso señalar que, al margen de que revistan o no caracteres penales, las manifestaciones con carácter discriminatorio suponen la expulsión del recinto, conforme al artículo 20.2.g) del Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte : "*causas que impiden el acceso al recinto deportivo o la permanencia en el mismo, incorporando expresamente, como mínimo, las siguientes:* […] *Realizar cánticos, expresiones, sonidos o actitudes que* [...] *pretendan vejar a una persona o grupo de ellas por razón de su raza o etnia, discapacidad, religión o convicciones, sexo u orientación sexual.*" Es más, en la Comunidad Valenciana, conforme al artículo 108.5 de su Ley del Deporte 2/2011, de 22 de marzo, es infracción muy grave la "*realización durante la celebración de competiciones deportivas de actos de contenido político ajenos a los fines deportivos, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que provocaren discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas u otros referentes a la ideología, religión o creencia, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad.*" En cualquier caso, la problemática del odio en los espectáculos deportivos, antigua como los espectáculos mismos, sigue planteando diversos problemas en nuestro ordenamiento (*vid.* DEL CASTILLO MIRÓN, "Respuestas del Estado de derecho español ante la violencia en el deporte", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 65-84).

circunstancia agravante pudiera aplicarse a cualquier clase de delito[46]. Al menos, siempre que el delito (o falta[47]) fuera doloso, pues excluye el artículo 66.2 CP la vinculación del juez a tomarla en consideración respecto de delitos imprudentes.[48]

[46] Sin perjuicio de que algunas hipótesis de aplicación (piénsese en un delito contra la Hacienda Pública) demanden un descomunal ejercicio imaginativo. En este sentido, se ha propuesto que, como las "*extensas posibilidades teóricas de aplicación se reducirán mucho en la práctica*", el "*principio de intervención mínima*" aconsejaría una limitación a los delitos "*contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el honor o el parimonio*" (*vid*. ABEL SOUTO, "Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios", *RP*, 2010, pp. 5-6). Sin embargo, no creo que exista inconveniente en mantener su potencial aplicación a cualquier clase de delito. Así, se evitan posibles infrainclusiones. El principio de intervención mínima no debiera sufrir afectación alguna, ya que tampoco sufre con el hecho de que las demás circunstancias agravantes *genéricas* del artículo 22 CP sean potencialmente aplicables a *todos* los delitos de la parte especial. Lo que sucede es que, dada la naturaleza de cada una, podrán ser de difícil aplicación práctica respecto de algunas conductas; como le sucede al artículo 22.4ª CP con, por ejemplo, el delito fiscal del artículo 305 CP.

[47] Aunque no tenga necesariamente incidencia práctica, ya que conforme al artículo 638 CP los jueces impondrán la pena prevista por el marco punitivo de las faltas conforme a su prudente arbitrio, es posible estimar que una falta se cometió por motivos discriminatorios y que por ello procede estimar la concurrencia del artículo 22.4ª CP, como sucedió en el supuesto del que se ocupa la SAP de Burgos, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2005, MP José Luís López del Moral Echeverría. Sobre esta cuestión, señalan MONTAÑA DE LACRUZ/MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mecanismos Jurídicos Nacionales contra la Discriminación", AA. VV., *Acción contra la Discriminación*, 2007, pp. 62-63: "*pese a que el juzgador podrá hacer uso en este ámbito de su prudente arbitrio para determinar la pena, sin venir obligado a sujetarse a las reglas generales para la aplicación de las penas* […] *en caso de que el denunciante invocara la agravante del artículo 22.4, el rechazo de la misma habría de estar sólidamente fundamentado en la sentencia*." Así lo hace, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 5ª, nº 221/2012, de 8 de junio, MP Carlos Agueda Holgueras, la cual, tras un profuso razonamiento, estimó parcialmente el recurso contra una condena por la comisión de una falta de lesiones concurriendo el artículo 22.4ª CP, para "*declarar que no concurre la agravante de discriminación, sin que ello deba tener reflejo en la pena de multa impuesta*". Obviamente, incluso con mayor solidez habrá de estar fundamentada la aplicación del artículo 22.4ª CP que su rechazo, también en el ámbito de las faltas.

[48] No parece, en cualquier caso, que la comisión de un delito por motivos discriminatorios se compadezca con modalidades imprudentes.

4. El actual artículo 22.4ª CP.

Como señalábamos, el Proyecto de LO del Código Penal, de 20 de Septiembre de 1994, incluía en su artículo 23, como circunstancia agravante 5ª:

> *"Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima".*

A esta redacción se propusieron varias enmiendas. Por parte del Grupo Mixto, se propuso suprimir la referencia expresa al antisemitismo por ser "*ociosa*" pues "*su mantenimiento obligaría a una mención exhaustiva en otros grupos susceptibles de ser objeto de racismo*"[49]. El Grupo Popular propuso una "*mejora técnica*"[50] para suprimir la restricción a unas clases específicas de delitos, y el Grupo IU-IC, obviando el contenido propuesto para el artículo 23.5ª (sobre cuya supresión o modificación no se pronunciaba), sí proponía la adición de una circunstancia agravante 10ª de similar contenido[51]. El Grupo de Coalición Canaria también propuso una modificación en la redacción de la circunstancia 5ª (que consideraba la 4ª, numeración que actualmente ostenta la agravante en el artículo 22 CP), de redacción similar a la 10ª que proponía el Grupo IU-IC.[52]

---

[49] *Vid*. BOCG de 6 de Marzo de 1995 – Serie A, Nº 77-6, pp. 150-151. Pese al comentario, nótese que no existía una expresa referencia a ningún grupo o colectivo (del estilo de "cometer delitos contra sujetos de etnia o religión semita"), sino a los *motivos* antisemitas, esto es, al antisemitismo.

[50] Caracterizada por una redacción un tanto indescifrable: "*«Cometer cualquiera de los delitos ... o el patrimonio por racismo, antisemitismo ... » (resto igual)*". *Vid*. BOCG de 6 de Marzo de 1995 – Serie A, Nº 77-6, p. 171. Lo que realmente parecía proponer este Grupo, como puede inferirse del posterior Informe de la Ponencia, era realmente suprimir la restricción de la aplicación de la agravante a cualquier clase de delitos (por lo que el hecho de que siguiera presente "*o el patrimonio*" en la enmienda propuesta sería una errata).

[51] "*«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.»*". *Vid*. BOCG de 6 de Marzo de 1995 – Serie A, Nº 77-6, pp. 275-276. Como puede comprobarse, abogaba por la sustitución de la "profesión religiosa" por "la ideología, religión o creencias", fórmula que abarca mayor variedad de supuestos, y que coincidía con la redacción del artículo 10.17 del Código Penal todavía en vigor que fue elevada a elevada a la Comisión de Justicia e Interior a finales de 1994, como hemos referido anteriormente.

[52] "*4ª Cometer el delito por antisemitismo, racismo o cualquier otro motivo referente al origen étnico o nacional, ideología política o creencias religiosas de la víctima*". *Vid*. BOCG de 6 de Marzo de 1995 – Serie A, Nº 77-6, p. 328.

El Informe de la Ponencia aceptó las enmiendas propuestas por los Grupos Popular e IU-IC, añadiendo además (de forma un tanto sorpresiva) la orientación sexual a las condiciones personales enumeradas, de forma que la circunstancia agravante 5ª del artículo 23 quedó redactada en el Proyecto como sigue[53]:

> *"Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, la orientación sexual, o la ideología, religión o creencias de la víctima."*

De esta forma, llama la atención que el 13 de Mayo de 1995 entrara en vigor la agravante por motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento con la restricción para su aplicación a los delitos contra las personas y el patrimonio (artículo 10.17 ACP) cuando, apenas cuatro días más tarde, el Informe de la Ponencia sobre las enmiendas propuestas al Proyecto de un nuevo Código Penal ya estimaba que no era procedente dicha restricción, convirtiendo la agravante en genérica para todo tipo de delitos (lo cual no hace sino confirmar el carácter abrupto de la reforma de nuestro anterior Código Penal). En cualquier caso, esta es la redacción que sería remitida por el Congreso al Senado, si bien encontrándose ya la circunstancia agravante en el ordinal 4º del artículo 23, como consecuencia de la supresión de la hasta entonces 2ª circunstancia agravante, de premeditación.[54]

---

[53] *Vid*. BOCG de 22 de Mayo de 1995 – Serie A, Nº 77-8, pp. 453 y 485.

[54] *Vid*. BOCG de 26 de Junio de 1995 – Serie A, Nº 77-9, p. 576; y de 20 de Julio de 1995 – Serie II, Nº 87 (a), p. 7. Respecto de la premeditación, circunstancia agravante hoy extinta en nuestro ordenamiento, no está de más señalar que pese a que la mayor parte de los Grupos Parlamentarios abogaron por su supresión, los Grupos PNV y Mixto (EuE) defendieron su mantenimiento con una modificación, con el fin de "*incorporar a la propia conceptuación de la premeditación algo que está bien perfilado ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cual es el hecho de no considerar sólo la premeditación desde una perspectiva cronológica o exclusivamente desde una perspectiva temporal, sino incorporar un aspecto psicológico que es relevante para el Tribunal Supremo, dictaminado así en prolija jurisprudencia, cual es el ánimo frío y sosegado. Estas son las expresiones más usuales que hemos podido detectar en las sentencias del Tribunal Supremo que hacen referencia a la premeditación. Entendemos que de esta manera se mejora el precepto, se ajusta a los requerimientos jurisprudenciales y se incorpora una concepción de la premeditación más moderna, desde una perspectiva de dogmática penal.*", de forma que quedase redactada la agravante con el siguiente tenor: "*Obrar con premeditación conocida en cualquiera de los delitos contra las personas, cuando el culpable actuare con ánimo frío y sosegado, revelando su conducta una especial perversidad*" [*vid*. BOCG de 6 de Marzo de 1995 – Serie A, Nº 77-6, pp. 102-103; y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 494, de 16 de Mayo de 1995, p. 15022]. La idea de que quien no puede controlar sus emociones merece una atenuación de la pena y que quien las controla debe ver acrecentada

Una vez en el Senado, se propondrían diversas enmiendas[55] que anticipan algunas de las principales cuestiones que analizaremos más adelante. Especialmente significativa fue la propuesta de redacción del Grupo Mixto[56], que abogaba por una perspectiva en la que primaran las consecuencias externas del acto (si fomentaba la discriminación o era objetivamente discriminatorio), evitando analizar las motivaciones internas del autor. A pesar de todo, la referencia a la emoción del odio resultó inevitable:

> *"La agravación debe descansar en elementos objetivables que exterioricen la animosidad contra determinados colectivos que pueden resultar más vulnerables en ciertos contextos. Debe evitarse fundamentar una agravación en la mera «motivación» interna porque se tendería a penalizar el pensamiento. La mayor gravedad de un delito cometido por móviles racistas (o similar), reside en el peligro que supone de imitación e incitación al odio, lo cual requiere que el hecho pueda identificarse externamente como acto racista. No se trata de entrar a examinar la motivación individual del delito, sino en tanto tenga un significado social reconocible por la forma y el contexto en el que se realiza."*

El Grupo Socialista propuso una enmienda que ampliaba "*la agravante a las causas de discriminación que se han catalogado como delictivas en otros preceptos (310, 502, 503, 504 y 507)*" para que "*el tratamiento de la discriminación*" fuera "*homogéneo en todo el proyecto*"[57]. Conforme a esta enmienda, se suprimía la referencia al término "*motivos*" y se ampliaba el listado de causas de discriminación.

La enmienda propuesta por el Grupo Mixto sería rechazada, pero se modificaría la redacción de la circunstancia 4ª "*por aprobación unánime de una enmienda transaccional con base en la 279 del G.P. Socialista*", que consistió en sustituir la palabra "*antisemitismo*", propuesta en la enmienda, por "*motivos*

---

su responsabilidad penal se encuentra en el núcleo del estudio que nos ocupa (*vid.*, *infra*, Primera Parte, Capítulo IV).

[55] *Vid*. BOCG de 21 de Septiembre de 1995 – Serie II, Nº 87 c), pp. 167 y 178.

[56] Concretamente, de la Senadora Boneta Lapiedra: *"4. Cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de su pertenencia a determinado grupo étnico, cultural, nacional, orientación sexual, ideología o creencias."*

[57] La enmienda nº 279 proponía la siguiente redacción: "*4.ª Cometer el delito por antisemitismo u otra clase de discriminación por la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía."*

antisemitas, racistas"[58]. Así (dándose mayor relevancia al hecho de que habría que apreciar la motivación interna del autor) llegaríamos a la redacción que entraría en vigor:

> "*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.*"

La enmienda transaccional dio origen, como puede apreciarse, a una redacción gramaticalmente farragosa. La enmienda número 279 había abogado por suprimir la referencia al término "*motivos*" ("*Cometer el delito por antisemitismo u otra clase de discriminación…*"). La enmienda transaccional reintrodujo la referencia expresa a las motivaciones del autor ("*por motivos racistas, antisemitas…*") pero mantuvo la alusión a "*u otra clase de discriminación*" que proponía la enmienda número 279. Por lo tanto, la redacción final acabaría rezando "*por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a…*", en lugar de "*por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a…*". Esta nueva redacción generaba la duda de si se refería el precepto a la comisión del delito "por motivos discriminatorios referentes a la ideología, religión, etc.", o si los únicos motivos que debían ser tomados en consideración eran los "*racistas, antisemitas*", además de evaluar la posible existencia de "*discriminación*" - desvinculada de los motivos del autor - relativa a la ideología, religión, etc. No obstante, a pesar de la deficiente redacción final, parece claro que a diversos *motivos discriminatorios* seguía refiriéndose el precepto con la referencia a "*otra clase de discriminación*", como acertadamente señalara ALONSO ÁLAMO[59]:

> "*la fórmula de la ley es gramaticalmente confusa. Pues bien, más allá de la interpretación literal entendemos que los motivos del autor presiden toda la regulación y que agrava, según el sentido de la ley, cometer el delito por motivos diversos pero en todo caso discriminatorios. Abogan a favor de esta tesis, en primer lugar, razones históricas. La fórmula inicial, introducida en el anterior Código Penal en mayo de 1995, descansaba exclusivamente, como ya se ha visto, en los "motivos" del autor, y la Exposición de Motivos de la Ley que la introduce*

[58] *Vid*. el Informe de la Ponencia en BOCG de 9 de Octubre de 1995 - Serie II, Nº 87 (e), p. 349. No se trataba en puridad del texto definitivo, pues en el texto publicado en el BOCG constaba una errata ("enferemedad"), que sería posteriormente subsanada.

[59] *Vid*. ALONSO ÁLAMO, "La circunstancia agravante de discriminación", AA. VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, pp. 535 y 538.

destacaba muy claramente el "móvil para la comisión" del delito. En segundo lugar, esta interpretación no violenta tampoco el lenguaje de la actual fórmula legal, que parece querer abarcar, a pesar de su deficiente redacción, además de los motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima, ya comprendidos en la regulación anterior, otros motivos discriminatorios: los referentes al sexo, la orientación sexual, la enfermedad o la minusvalía de la víctima".

Aclarada esta cuestión y retornando al *iter* parlamentario, debido a la supresión del artículo 19 del Proyecto (que se integró en el tercer apartado del artículo 16), la circunstancia agravante pasaría a estar ubicada en el artículo 22 CP[60], aprobándose de esta manera la redacción definitiva en la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de Noviembre de 1995) que, si bien no hacía mención expresa a la nueva agravante en su Exposición de Motivos, afirmaba haber introducido "*medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias*".

El artículo 22.4ª del Código Penal mantuvo inalterada esta redacción hasta fechas muy recientes. Concretamente, en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 27 de Noviembre de 2009, elaborado por el Gobierno, se proponía una nueva redacción del precepto[61]:

> "*4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas 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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad*."

Eclipsado este cambio por las reformas de mayor calado que planteaba el Proyecto, ni siquiera se mencionaban en la Exposición de Motivos las razones de esta modificación (consistente en introducir la referencia a la identidad sexual y en sustituir el término "minusvalía" por "discapacidad"). No se presentarían enmiendas a esta redacción, que sería finalmente aprobada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica

[60] *Vid*. BOCG de 8 de Noviembre de 1995 – Serie II, Nº 87 (h), pp. 592-593.
[61] *Vid*. BOCG de 27 de Noviembre de 2009, Nº 52-1, Serie A, p. 12.

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 23 de Junio de 2010), entrando en vigor el 23 de Diciembre de 2010.

Puede resultar de suma utilidad contextualizar estas modificaciones, no mencionadas en la Exposición de Motivos de la reforma[62]. En primer lugar, no debe obviarse que tras los atentados del 11-S en Nueva York y del 11-M en España, se pudo apreciar un aumento de las conductas motivadas por el odio hacia alguna característica de la víctima[63]. En particular, ha sido bastante notable el incremento de este tipo de conductas a través de Internet, donde han proliferado las llamadas *webs* del odio (*hate sites*[64]) o los videojuegos en los que el odio y el prejuicio juega un papel importante (*hate games*), como parte de un fenómeno contemporáneo que ha venido en denominarse el "ciberodio" (*cyberhate*)[65]. Es decir que, como en la década de 1990, resurgía cuatro lustros

---

[62] Aunque se trata de modificaciones que sugería la Disposición Adicional del por entonces reciente Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

[63] *Vid*. LEVIN/RABRENOVIC, *Why we hate*, 2004, p. 11 y ss.

[64] También en dominios españoles. Véase que España es uno de los Estados que aporta más seguidores a las actividades de organizaciones "pan-arias", normalmente con sede en EE.UU. y que se organizan a través de Internet (LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited*, 2002, p. 147). No obstante, también se encuentran los servidores en España, como muestra la condena a los responsables de una de estas páginas en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida Nº 2, nº 271/2006, de 16 de noviembre, Inmaculada Martín Bragant. No puede negarse que la existencia de las *hate sites* se encuentra en primera fila en cuanto a preocupación por la comisión de crímenes de odio se refiere. Así, incluso han surgido voces (como la del entonces Presidente de la República en Francia) que abogan por sancionar penalmente a quienes visiten con asiduidad páginas web que "apelen al odio", sin perjuicio de las críticas a la probable inconstitucionalidad de esta medida (*vid*. noticia del diario Le Monde, D. Leloup, 22/03/2012, http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/03/22/la-penalisation-de-la-consultation-de-sites-terroristes-une-proposition-peu-realiste_1674374_651865.html, última visita: 24/03/2012). En nuestro ordenamiento, de forma algo más cauta, plantea el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012, lo siguiente en su artículo 510.3: "*El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refiere el apartado anterior o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo*"

[65] A este respecto, resulta esencial atender al informe del Simon Wiesenthal Centre, *Online Terror + Hate: The first decade*; así como a sus informes anuales titulados *Digital Terrorism and Hate* (http://www.wiesenthal.com). La preocupación por la proliferación de "webs del odio" no se limita a esta ONG estadounidense, sino que sería una de las principales del responsable del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía de Barcelona, conforme a su Memoria del año 2010. En esta línea, la Memoria de la FGE del año 2012, p. 1123, entiende que es "*obligada la referencia*" al aumento de los crímenes de odio en el ámbito informático: "*La*

más tarde la preocupación por este tipo de conductas, que actualizaban sus manifestaciones atendiendo a los avances informáticos[66].

Por otra parte, como ha sido señalado, a pesar de esta ausencia de justificación en la Exposición de Motivos, puede intuirse[67] el motivo por el que el legislador optó específicamente por estas dos modificaciones. En lo que respecta a la referencia expresa a la *identidad* sexual, parece haberse tomado en consideración la Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo 2010[68]. Señalaba esta Recomendación respecto de los "*crímenes de odio y otros incidentes motivados por el odio*":

---

creciente utilización de internet por grupos violentos, de carácter racista y xenófobo, está causando una honda preocupación en diversos organismos internacionales. Así, en palabras de la OSCE y de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, Internet se ha vuelto un importante canal de comunicación que vincula a la gente en el ciberespacio y que provoca luego su encuentro y acción en el mundo físico. Las redes sociales son ahora el lugar principal para la manifestación de opiniones racistas y xenófobas, especialmente entre la gente joven." Muchas de estas páginas *web* son administradas por grupos más o menos organizados (por ejemplo, de *skinheads* neonazis), siendo su contenido de lo más variopinto (*vid*. GERSTENFELD/GRANT/CHIANG, "Hate Online. A Content Analysis of Extremist Internet Sites", GERSTENFELD/GRANT (ed.), *Crimes of Hate. Selected readings*, 2004, pp. 144-155).

[66] Conforme a la conocida tipología de SIEBER, cabe señalar que no nos encontramos ante delitos informáticos en sentido estricto. Los crímenes de odio serían delitos "de contenido nocivo" que hoy pueden cometerse a través de Internet, sin dejar por ello de ser "antiguas" formas delictivas cuya fenomenología, desde el punto de vista criminológico, se ha modernizado gracias al uso de la informática. *Vid*. SIEBER, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME–Study –*, 1998, pp. 54-56. Disponible en: http://www.edc.uoc.gr (fecha de consulta: 23/01/12).

[67] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La agravante por discriminación", DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, 2011, p. 58 y ss.

[68] Disponible en https://wcd.coe.int [fecha de consulta: 04/07/11]. Literalmente, señala el Apéndice de dicha recomendación: "*I. Right to life, security and protection from violence. A. "Hate crimes" and other hate-motivated incidents. 1. Member states should ensure effective, prompt and impartial investigations into alleged cases of crimes and other incidents, where the sexual orientation or gender identity of the victim is reasonably suspected to have constituted a motive for the perpetrator; they should further ensure that particular attention is paid to the investigation of such crimes and incidents when allegedly committed by law enforcement officials or by other persons acting in an official capacity, and that those responsible for such acts are effectively brought to justice and, where appropriate, punished in order to avoid impunity. 2. Member states should ensure that when determining sanctions, a bias motive related to sexual orientation or gender identity may be taken into account as an aggravating circumstance.*"

"Los Estados miembros deberían garantizar al determinar las sanciones que sea tomada en consideración la motivación discriminatoria relativa a la orientación sexual o la identidad de género como circunstancia agravante".

El término de "identidad de género", junto con el de "disforia de género", ya había sido empleado en nuestro ordenamiento por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas[69]. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional venía interpretando[70] que dentro del concepto "orientación sexual" podía subsumirse

---

[69] Así, en su Exposición de Motivos: "*La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.*"

[70] STC, Sala 1ª, nº 176/2008, de 22 de diciembre, MP Manuel Aragón Reyes: "*En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y, SL contra Austria, § 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, § 91). Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4). Asimismo es pertinente la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Finalmente, el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.*" Lo anterior, sin perjuicio de que no es *lo mismo* la orientación que la identidad

la discriminación por "identidad sexual", por lo que realmente se trata de una reforma con escasa trascendencia a efectos prácticos, más allá de despejar dudas sobre la posibilidad de aplicar el artículo 22.4ª CP a supuestos de transfobia.

En cuanto al término de *discapacidad*, su inclusión en lugar de *minusvalía* podría responder a una valoración del legislador, al escoger la terminología con menos connotaciones negativas[71]. Realmente, puesto que la definición propuesta por la RAE para minusválido es la de "persona incapacitada"[72], no parece tan evidente determinar las connotaciones más o menos peyorativas de una u otra ("incapaz" frente a "discapaz"). Si nos centramos en la etimología, podría incluso sugerirse que el empleo de "minusvalía" era redundante, al mencionar ya el precepto la noción de "enfermedad"[73]. Pero, sin perjuicio de lo que realmente obrara en la psique del Legislador, nos parece más convincente interpretar[74] que el cambio de término se debe a que *discapacidad* es el concepto empleado por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[75]. También, desde un punto de vista sistemático de la reforma, no puede obviarse que se modificaron los artículos 607 y 607 bis CP de cara a la protección de personas

---

sexual. Como señala IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas de la responsabilidad", SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, 2012, p. 119 y ss.; dado que la discriminación por identidad sexual no se compadece totalmente con la discriminación por orientación sexual, y menos aún con la que tiene lugar por razón de sexo, quizás podría interpretarse que existía una laguna de punibilidad, ya que la aplicación del artículo 22.4ª CP a supuestos de transfobia hubiera implicado una analogía *in malam partem*. Desde esta óptica, la inclusión del término tendría su "*razón de ser*".

[71] Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas o similares", MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, 2010, p. 377; o AGUILAR GARCÍA, "Delitos de Odio", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, p. 274: "*dicha reforma ha sustituido el término "minusvalía" por el término "discapacidad", mucho más respetuoso que el anterior con aquellas víctimas que son objeto de hechos criminales por su diversidad funcional*".

[72] Diccionario de la RAE, Avance de la 23ª Edición.

[73] GÓMEZ MARTÍN, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho Penal, Parte General, 8ª Edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010*, 2010, p. 23: "*Antes de la reforma el art. 22.4.ª CP se refería a discriminación por razón de la «enfermedad o minusvalía que padezca» la víctima. Según su primera acepción en el Diccionario de la RAE, por «enfermedad» debe entenderse «alteración más o menos grave de la salud». El significado del término era lo suficientemente amplio como para entender, de este modo, que la «minusvalía» no era más que una especie de la enfermedad, que constituye, de este modo, su género.*"

[74] Siguiendo a DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La agravante… *op. cit.*, p. 62.

[75] "*Artículo 21. No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*"

discapacitadas. Las modificaciones de esos preceptos vendrían motivadas por enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) y por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya els Verds, a instancia de una propuesta del Comité español de representantes de personas con discapacidad (CERMI), conforme a las cuales, esencialmente,

> "*habida cuenta de la vulneración de derechos fundamentales que han dado lugar a la aprobación de una Convención Internacional específica para la prevención de las violaciones de los derechos de las personas con discapacidad, parece necesario incluir dentro de los grupos que protege el genocidio al sector social de las personas con discapacidad*"[76].

El reflejo de la introducción de esas modificaciones podría ser esta sustitución, en paralelo, de "minusvalía" por "discapacidad" del artículo 22.4ª CP[77]. Si ello fuera así, aunque a efectos de la circunstancia agravante las consecuencias del cambio sean meramente terminológicas y con escaso calado práctico, habría que mencionar las críticas suscitadas por lo que la inclusión del término de discapacidad supone para los preceptos reseñados.[78]

---

[76] Boletín del Congreso de 18 de marzo de 2010.-Serie A. Núm. 52-9, p. 88, Enmienda nº 200.

[77] Atendiendo a la siguiente reflexión, obrante en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del CP, de octubre de 2012, efectivamente parece que el motivo determinante para la supresión del término "minusvalía" fueron las previsiones de esta Convención: "*... la aprobación de un instrumento de Derecho Internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que impidan el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiamente a "minusvalía" o a "incapaces", una terminología ya superada y que debe sustituirse, a la luz de los acuerdos internacionales, por los términos más adecuados de "discapacidad" y de "persona con discapacidad necesitada de una especial protección".* [...] *Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su Disposición Adicional Octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía", se entenderán realizadas a "personas con discapacidad"*".

[78] "[…] *ni dicho Convenio de 13 de diciembre de 2006 (en vigor desde 3 de mayo de 2008), ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) ni su Protocolo Facultativo establecen obligación alguna de tipificación penal, en la medida en la dichos textos internacionales tratan más bien de asegurar que los Estados Parte desarrollen políticas con las que se comprometan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad y a evitar la discriminación por motivos de discapacidad (art. 4). Lo que sería incompatible con la Convención sería la existencia de normas penales que protegieran menos a determinadas personas precisamente por ser discapacitadas o normas procesales discriminatorias lo cual, evidentemente, no es el caso en España*"; *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, "La reforma

Por último, considero interesante reseñar que apenas unos meses después de entrar en vigor esta reforma, nacería el llamado "movimiento 15-M"[79]. Aunque las repercusiones de este movimiento fueron y son discutibles[80], es importante señalar que autores que mostraron sus simpatías para con el mismo, publicaron en fechas inmediatamente anteriores a su estallido alegatos a favor de la igualdad de trato "*sea cual sea el color de piel, el género, la creencia que profesemos, la ideología,…*", reiterando lo expuesto en el Artículo Primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[81]. De otro lado, este movimiento vino inspirado de forma paradigmática por una obra concreta, de la cual derivaría el nombre de "indignados" para quienes se adhirieron al mismo[82]. En ella se criticaba la inacción (definida como "*la pire des attitudes*"), haciendo referencia a que sólo esa indignación activa contra, entre otras cosas, el trato que recibían otros seres humanos por su origen étnico o nacional podría conducirnos a un mundo mejor, citando nuevamente de forma activa la Declaración Universal de los Derechos Humanos[83]. Paralelamente, y en contraposición, una encuesta del CIS en 2007 trazaba una evolución al alza de las actitudes xenófobas de los

---

de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas", *LLP*, 2011 (http://laleydigital.laley.es/; última visita: 1 de noviembre de 2011). Además, si la lógica de la reforma era incluir los nuevos conceptos de identidad sexual y discapacidad en todos los delitos relacionados con la discriminación, parece que estamos ante un "*despiste del legislador*" (AGUILAR GARCÍA, "Delitos de Odio"… op. cit., p. 274) al obviar modificar la terminología de los artículos 314, 510 a 512 o 515.5 CP. Por ello, llega a señalar LANDA GOROSTIZA, "Incitación… *op. cit*., p. 313, que este olvido "*acentúa la falta de coordinación sistemática en el conjunto de preceptos antidiscriminatorios que presentan tenores literales aún más dispares tras la reforma*". Este supuesto "despiste" se mantiene parcialmente en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012. Así, en su Disposición Adicional Primera.2, señala "*Todas las referencias hechas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término "minusvalía" deben entenderse sustituidas por el término "discapacidad"*", pero obvia incluir en los listados de los referidos delitos el concepto de "identidad sexual".

[79] Información detallada sobre el movimiento puede ser consultada en http://www.democraciarealya.es/ [fecha de consulta: 03/07/11].

[80] Señalaba PETTIT, "Reflexiones republicanas", *CRV*, 2011, pp. 4-8; que la "energía democrática" del movimiento estaba condenada a extinguirse tras su explosión, a no ser que se organizara a través de asociaciones cívicas más estables, de forma que fuera capaz de generar propuestas para lograr los cambios que propugnaba.

[81] *Vid*. MAYOR ZARAGOZA, *Delito de Silencio*, 2011, p. 11. Sobre la adhesión del autor – ex Director General de la UNESCO - al precitado movimiento, puede escucharse la entrevista de http://www.rtve.es/alacarta/audios/puntos-de-vista/puntos-vista-federico-mayor-zaragoza-se-suma-movimiento-15/1121665/ [fecha de consulta: 03/07/11].

[82] En este sentido, LÓPEZ AGUILAR, "El hartazgo de las Instituciones", *CRV*, 2011, pp. 20-28.

[83] *Vid*. HESSEL, *Indignez-vous!*, 2010, *passim*, 32 pp.

españoles[84]. Sirva esta referencia (a efectos de *policy window*) para mostrar que a principios de la segunda década del siglo XXI persiste cierta preocupación, también en el seno de la sociedad civil, por el trato discriminatorio que reciben determinados personas por razón de ciertas características. De hecho, esto explicaría la nueva corriente de medidas legislativas que en este sentido se han tomado en distintos países, entre las que podría contarse en este punto la LO 5/2010, de 22 de junio[85].

Situada la agravante en su contexto reciente, y dejando por el momento a un lado el análisis detallado del precepto, este recorrido por su tramitación parlamentaria desde que irrumpiera en nuestro ordenamiento - hace ya veinte años - no ha hecho sino confirmar la vigencia de esta hipótesis: que la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4ª CP guarda relación con la emoción del odio, pudiendo entenderse que procede atribuir una mayor responsabilidad a efectos penales a quienes actúan guiados por una motivación relacionada con el prejuicio hacia una determinada característica de sus víctimas.

En esta Primera Parte, seguiremos analizando el papel del odio en la configuración de la agravante - pues ha admitido la jurisprudencia que quienes actúan por motivos discriminatorios "*obran impulsados, sencillamente, por el odio a lo que es distinto*"[86] -, deteniéndonos en el debate a este respecto generado en otros ordenamientos (de forma significativa, en Estados Unidos) y, al tratarse el odio de una emoción, en el papel que el Derecho penal puede conferir a las emociones. Sólo así podrá establecerse convenientemente el fundamento de esta institución jurídica: el artículo 22.4ª CP.

---

[84] *Vid*. CEA D'ANCONA/VALLES MARTÍNEZ, *Evolución del Racismo… op. cit.,* p. 290 y ss.

[85] Sin ánimo exhaustivo, podemos enmarcarla entre la importante ley federal estadounidense de 22 de octubre de 2009 (*Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*) y la más reciente Ley colombiana nº 1482, de 30 de noviembre de 2011.

[86] Así se pronuncia la SAP de Barcelona nº 1210/2004, Sección 8ª, de 16 de Diciembre, MP Jesús Navarro Morales.

Capítulo II

El odio en el delito. Clarificación de conceptos anglosajones.

1. El odio en el ordenamiento penal español.

El debate anglosajón sobre el fundamento de preceptos similares a nuestro artículo 22.4ª CP se ha venido denominando "el debate del *odio*". Las conductas a las que esos preceptos se aplican han sido convencionalmente llamadas "crímenes de *odio*". Estas referencias al odio - como tendremos ocasión de comprobar[87] - no implican que tenga que ser necesariamente esta concreta emoción la que guíe la conducta del autor para que nos encontremos ante uno de esos crímenes, pero no estará de más detenernos en este concepto que con tanta asiduidad es invocado.

Define el Diccionario de la RAE[88] el odio (del latín *odĭum)* como la "*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*"[89]. El deseo (del latín *desidĭum*), por su parte, sería el "*movimiento afectivo hacia algo que se apetece*". No es cuestión baladí señalar que "emoción" tiene su origen etimológico en el latín *emoveo*, que vendría a significar "sacudir" o "conmover". Lo cual, nuevamente, indica *movimiento*[90]. Quiere esto decir que el odio, en tanto que deseo de un mal, es una emoción. Atendiendo a que el artículo 22.4ª CP habla de "motivos", tampoco está de más señalar que un motivo (del latín tardío *motīvus*, relativo al

[87] Bien podríamos estar ante uno de estos "crímenes de odio" aunque fuera, por ejemplo, "asco" la emoción que "biológicamente" estuviera motivando la conducta del autor. *Vid. infra*, Primera Parte, Capítulos II.4 y .5, y IV.1.

[88] Las distintas definiciones están extraídas del Diccionario de la RAE, Avance de la 23ª Edición.

[89] En este sentido, como señalaba ORTEGA Y GASSET, *Estudios sobre el amor*, 2009, p. 65: "*Odiar a alguien es sentir irritación por su simple existencia. Sólo satisfaría su radical desparición.* [...] *Odiar es anulación y asesinato virtual –pero no un asesinato que se ejecuta una vez, sino que estar odiando es estar sin descanso asesinando, borrando de la existencia al ser que odiamos*".

[90] Así, la expresión *emota mens*, *vid*. PALOMO DEL ARCO, "Los estados pasionales", DEL RÍO FERNÁNDEZ (dir.), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, p. 167.

movimiento, como lo es el deseo) es la "*causa o razón que mueve para algo*". Por último, discriminar (del latín *discrimināre*) sería "*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*".

Así las cosas, si aceptamos que conferir un trato de esas características es un mal, que a su vez sería "*lo que se aparta de lo lícito* [como se aparta paradigmáticamente una conducta penalmente típica]", quien desea que se confiera ese trato a una persona *odia* a esa persona. Y como el deseo es movimiento, y el movimiento es motivo, quien actúa por motivos discriminatorios *ex* artículo 22.4ª CP está rigiendo su actuación por esta emoción universal, tradicionalmente tildada de "emoción negativa"[91]. Por supuesto, la etimología puede llevar a equívocos, pero la redacción del artículo 22.4ª CP evoca estas nociones[92]. En lo que respecta a la interpretación de lo que es el odio, ciertamente, a lo largo de la Historia se han producido diversas transmutaciones de su esencial acepción[93]. Sin embargo, incluso entonces

---

[91] En este sentido, la conocida reflexión de LUTHER KING JR. expuesta en su sermón, de 1957, *Strength to Love,* acerca de cómo el odio discriminatorio envilece al ser humano: "*Like an unchecked cancer, hate corrodes the personality and eats away its vital unity. Hate destroys a man's sense of values and his objectivity.*" No obstante, como señalara SARTRE, *L 'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, 1976, *passim* y p. 463; quizás sería más adecuado decir que esta emoción es una frustrante tentativa frustrada: desear un mal último (la destrucción de alguien) nos conmina necesariamente a la desesperación. Supongamos que la destrucción del ser odiado fuera el "triunfo" del odio: puede que un genocidio motivado por odio discriminatorio lograra la destrucción de toda una raza. Pero ello no borraría el hecho de que esa raza hubiera existido (es necesario el reconocimiento del otro para poder odiarle y eventualmente destruirle), por lo que el odio sería un deseo insaciable a pesar de que se consumara el mal que lo mueve. Dicho sea en palabras de BAUDELAIRE: "*La Haine est un ivrogne au fond d'une taverne,/Qui sent toujours la soif naître de la liqueur/Et se multiplier comme l'hydre de Lerne.*" ("Le tonneau de la haine", *Les fleurs du mal*, 1857).

[92] HURD/MOORE, "Punishing Hatred and Prejudice", *SLR*, 2004, p. 1124 y ss., destacan que las leyes sobre crímenes de odio (entre las que se cuenta el artículo 22.4ª CP) muchas veces no mencionan ni el "odio" ni la "discriminación", sino que se limitan a señalar que se agravará la responsabilidad penal de quien cometa el delito "por razón de la raza, nacionalidad, etc. de su víctima". Sin embargo, atendiendo a la literalidad del artículo 22.4ª CP, las menciones a los "*motivos*" y a la "*discriminación*" dotan de significado al conjunto, de forma que las nociones de odio y prejuicio están implícitamente presentes.

[93] Valga la pena señalar que, en la Edad Media, el pecado capital de la envidia vio evolucionar su propio significado, de forma que "*con el paso del tiempo y el cambio en las condiciones sociales, la envidia se hizo más radical y se asoció al odio*" (ASENJO GONZÁLEZ, "Integración y exclusión. Vicios y pecados en la convivencia urbana", CARRASCO MANCHADO/RÁBADE OBRADÓ, *Pecar en la Edad Media*, 2008, p. 192). Ello se explica en buena medida dado que lo que se considera odio es, en muchas ocasiones, una emoción compleja, que al deseo de un mal en sí puede sumar la concurrencia de alguna otra emoción, como pudiera ser la envidia. De hecho, como señalara

orbitaban en torno a la acepción del odio las nociones de discriminación y prejuicio.

Hoy en día, por el contrario, el concepto ha ido haciéndose más y más vago en el lenguaje común. Por ejemplo: no es extraño escuchar que un alumno "odie" a su maestro porque le ha suspendido, cuando quizás no le desea ningún mal al maestro en concreto ni a los docentes en general. Puede que sea ira la emoción que con "odio" pretende expresar, y que lo que desee sea no volver a tener a ese profesor nunca más, sin necesidad de albergar en su apetito que le suceda alguna desgracia. Consciente del riesgo de confundir la ira con el odio (*misos*), ya establecía ARISTÓTELES ciertas pautas de diferenciación[94]:

> "*la ira se ceba siempre en lo individual, como Calías o Sócrates, el odio en cambio comprende también las cosas genéricas, ya que todo el mundo odia al ladrón y al calumniador. Y aquella admite, con el tiempo, curación; este, en cambio, no es curable. Y la una conlleva tendencia a causar tristeza, mientras el otro tiende a causar daño* […] *Y la una lleva consigo tristeza, el otro en cambio no; porque el que está enojado está triste, y el que odia, no. Y el uno se movería a compasión si al otro le ocurrieran muchas cofias, y este en cambio no se compadecería ante ninguna cosa; ya que el uno quiere que aquél contra quien está enojado, pague a su vez, mientras que el otro no quiere que exista aquél a quien odia*."

Es decir: para odiar no es necesario que el objeto de nuestra emoción sea un sujeto concreto, sino que basta con que sea "una determinada clase de persona". Una persona cuya "clase" se determina con base en prejuicios hacia una condición personal que comparte con otras. Se odia la condición personal que "categoriza" a ese individuo. De ahí que se llegue a odiar también al individuo mismo, en tanto que perteneciente a esa categoría odiada.

Curiosamente, frente a la popularización del uso indebido de este término para designar emociones dispares, en los últimos tiempos y en paralelo, también se ha ido reconduciendo su significado a la acepción originaria de la tradición

---

respecto de delitos cometidos por sujetos con malformaciones físicas BROMBERG, *Psicología de la delincuencia. Personalidad y criminalidad*, 1966, p. 173: "*el odio procedente de la envidia, con profundos reflejos en la personalidad del agresor, constituye una motivación psicológica probable*".

[94] ARISTÓTELES, *Retórica*, 2.4, 1382 a.

helénica[95]. En efecto, a partir de la década de 1980, ante el incremento y la mayor atención mediática hacia determinadas conductas delictivas, se constató que los autores de las mismas actuaban guiados por el odio que sentían hacia sus víctimas. Pero no era ya un odio en el sentido genérico del lenguaje común, sino que recuperaba su acepción originaria. Se denominaron así esas conductas "crímenes de odio", no sólo porque el autor sintiera un fuerte rechazo hacia su víctima, sino porque su emoción se había generado por la existencia de un prejuicio, y consistía su delito en la concreción del deseo de un mal debido a una característica de su víctima[96]. El empleo que de "odio" se efectúa en estos crímenes de odio, como puede apreciarse, va estrechamente ligado al de prejuicio y discriminación, suponiendo esas conductas la concreción del "deseo de un mal".[97]

Cerrando el anterior paréntesis relativo a estos "crímenes de odio", retomemos la intuitivamente aparente relación genérica entre odio y delito[98]. Partiendo de la kantiana distinción entre emociones asténicas y esténicas, acogida sin ambages durante el siglo XX por nuestra doctrina científica, el odio se encontraría entre las segundas: se trataría de una emoción que produce un aumento de fuerzas[99]. Por ello, tradicionalmente se entendió apta para motivar la comisión de delitos que de tal fuerza requieren, como pudieran ser los

[95] Sobre la relación entre el concepto de "odio" aristotélico y el que se emplea al hablar de los *hate crimes*, *vid*. KONSTAN, *The emotions of the Ancient Greeks. Studies in Aristotle and Greek literature*, 2006, pp. 185-200. Algún autor, como LYONS, ha señalado que la definición aristotélica de las emociones es correcta, aunque superficial en lo que a las "emociones de prejuicio" respecta (*vid*. sobre esta cuestión GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009, p. 29 y ss.). Admitiremos no obstante el concepto de odio de la tradición helénica, que no por supuestamente "superficial" carece de sentido jurídico-penal.
[96] Vid. *infra*, epígrafe 5 del presente Capítulo.
[97] Sobre esta evolución del empleo del término "odio" y sus interrelaciones con los conceptos de prejuicio y discriminación, *vid*. LEVIN/NOLAN, *The Violence of Hate: Confronting Racism, Anti-Semitism, and Other Forms of Bigotry*, 2010, *passim*, 224 pp.
[98] No es extraño que el común de los ciudadanos identifique la conducta de un delincuente con el odio que siente (el mal que le desea) a su víctima. Así, *ad exemplum*, un testigo de un trágico suceso - en el que un hombre irrumpió en una Iglesia de Madrid y disparó en la cabeza a una mujer embarazada que allí rezaba, sin conocerla previamente – lo definió como "*un acto de odio supremo*" (noticia del diario El País, F. J. Barroso, de 30 de septiembre de 2011). Se trata de una evidente relación que, como señala VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2007, p. 60, hunde sus raíces en la tradición judeocristiana: "*el delito supone el propósito de hacer mal, como efecto de odio o crueldad, según la doctrina del Deuteronomio*".
[99] PALOMO DEL ARCO, "Los estados pasionales"… *op. cit.*, p. 168 y ss.

violentos. No cabe duda de que en incontables ocasiones se invocará esta emoción como el *Leitmotiv* que pone en marcha el motor de la actividad delictiva en más de un individuo, y que inspira la conducta del mismo hasta la consumación del tipo penal de que se trate. Especialmente, si nos referimos a uno de los llamados "crímenes pasionales"[100]. No en vano, como ya señalara BECCARIA, esta emoción "*es la causa por la que las ofensas originan otras, pues el odio es un movimiento tanto más duradero que el amor, cuanto el primero toma su fuerza de la continuación de los actos que debilitan al segundo*"[101].

Quizás es menos común que se mencione el término "odio" en nuestra legislación penal o en la práctica forense[102]. El uso de este término a nivel legislativo ha sido incluso objeto de críticas, por tratarse de un concepto un tanto indeterminado que se prestaría a la "*imaginación jurisprudencial*"[103]. Por ello, resulta conveniente analizar las escasas ocasiones en que así ocurre con el fin de esbozar un concepto jurídico-penal de odio. Es éste un paso necesario con carácter previo a adentrarnos en otros ordenamientos - en el seno de los cuales

---

[100] Ya la decimonónica ciencia criminológica española planteaba que era ésta una de las emociones imperantes en este tipo de crímenes: "*… los crímenes mal llamados pasionales (motivados por celos, odio, perspectiva de deshonra, etc.)*", *vid*. ANDRADE, *Estudio de Antropología Criminal Espiritualista*, 1899, p. 80.

[101] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Señalaba el autor en la edición príncipe de 1764, p. 95: "*Questa è la cagione, per cui le offese ne sanno nascere delle nuove, che l'odio è un sentimento tanto più durevole dell'amore, quanto il primo prende la sua forza dalla continuazione degli atti, che indebolisce il secondo*". La traducción anteriormente transcrita es la de Juan Antonio DE LAS CASAS, de 1774.

[102] El concepto *penal* que aquí (y a lo largo del presente trabajo) se utiliza debe entenderse en sentido amplio, y no sólo como "perteneciente al Derecho penal sustantivo". Es decir, en el sentido de "perteneciente a la Enciclopedia de las Ciencias Penales" de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. Tomo 1*, 1964, pp. 76–190.

[103] Memoria de la FGE del año 2009, p. 1054: "*se presta a no pocos problemas la interpretación de los términos «odio», «violencia» y «discriminación» siendo deseable la utilización de términos menos indeterminados y que no se presten a la imaginación jurisprudencial.*" El caso del artículo 22.4ª CP es paradigmático, pues habla de "*discriminación*" vinculada a una emoción que podríamos asimilar al odio. En similar sentido, la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 29 de junio de 2012, MP Elena Guindulain Oliveras, respecto del artículo 510 CP, añadiendo a la crítica supuestos problemas probatorios: "*el odio como concepto es desafortunado por cuanto se trata de una apelación a los sentimientos difícilmente de exteriorizar y por tanto de difícil probanza*". No obstante, no puede negarse que las referencias a sentimientos como el odio en los tipos penales vienen siendo defendidas "*por la doctrina en la medida en que conceden al juzgador un amplio margen de arbitrio y posibilitan la realización de la justicia material del caso concreto*" (ALONSO ÁLAMO, "Sentimientos y Derecho Penal", *CPC*, 2012, pp. 49-50). La crítica o la defensa del empleo de estos términos vendrá determinada por la confianza que se deposite en el potencial acierto de la interpretación judicial.

se han generado a su vez conceptos como "crímenes de odio" o "crímenes odiosos" - donde la profusión del término es, sin duda, mayor.

En el Código Penal, el odio es elemento de los tipos de los artículos 510.1 y 515.5º.[104] Señala igualmente el artículo 41 LOTJ:

> *"Juramento o promesa de los designados.*
> *1. Una vez que el Tribunal se haya constituido, se procederá a recibir juramento o promesa a los seleccionados para actuar como jurados. Puestos en pie el Magistrado-Presidente dirá: ¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación, apreciando las pruebas, y resolviendo si son culpables o no culpables de los delitos objeto del procedimiento los acusados..., así como guardar secreto de las deliberaciones?* […]
> *4. Nadie podrá ejercer las funciones de jurado sin prestar el juramento o promesa indicados. Quien se negase a prestarlo será conminado con el pago de una multa de 50.000 pesetas que el Magistrado-Presidente impondrá en el acto. Si el llamado persiste en su negativa se deduciría el oportuno tanto de culpa y en su lugar será llamado el suplente."*

Debemos recordar que conforme a la Disposición Adicional Segunda de la LOTJ, constituye infracción penal el incumplir las obligaciones del artículo 41.4 LOTJ, por lo que nuestro ordenamiento prevé de forma indirecta una conducta típica consistente en "negarse a desempeñar la función de jurado sin odio". Es más, a nuestros efectos, podemos afirmar que ello incluye hacerlo "sin odio discriminatorio"[105].

Otra referencia expresa al odio que contiene nuestra legislación penal se encuentra recogida en la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la Navegación Aérea, que tipifica la siguiente conducta:

---

[104] "*510.1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia* […] *515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:* […] *5º. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia* […]."

[105] Así, el razonamiento de la STSJ de Cataluña nº 16/2002, de 31 octubre, Guillermo Vidal Andreu, sobre un supuesto en el que el Jurado tenía que tratar unos hechos a los que podía ser de aplicación el artículo 22.4ª CP: "*El móvil se destaca expresamente en el Auto de Apertura de Juicio Oral dictado por la Magistrada Juez de Instrucción. Asimismo se menta explícitamente en el Auto de Hechos Justiciables dictado ya por el propio Magistrado Presidente. No sería de extrañar incluso que las partes, haciendo uso de sus facultades de recusación, hubieran procurado modular un Jurado exento de prejuicios de ese tipo. Ya en el Juicio Oral se plantearon muy diversas preguntas sobre la posible animadversión del acusado a los ciudadanos de razas o etnias diferentes.*"

> "*Artículo 20. Serán castigados con la pena de prisión menor, como reos de sedición, los tripulantes, pasajeros, empleados o personas concertadas con ellos, que en aeropuertos o aeronaves se alzaren colectivamente para cualquiera de los fines relacionados con la navegación aérea, que a continuación se expresan:* […]
> 1. *Realizar algún* <u>*acto de odio*</u> *o venganza en sus personas o bienes.* […]"

Diferencia ya este precepto el odio y la venganza. En efecto, aunque también la venganza pueda ser la concreción del deseo de un mal, precisa de un agravio previo – real o figurado – de la víctima al sujeto activo. El odio, por el contrario, puede ser resentido por el sujeto activo sin necesidad de que la víctima específica le haya ofendido previamente (especialmente, si el odio se proyecta en la víctima de forma indirecta, por el odio hacia una de sus características).

En cualquier caso, aunque nuestra legislación penal no prevea excesivas menciones específicas al odio, por vía jurisprudencial ha proliferado en mayor medida su empleo. Sobradamente conocida es la doctrina consistente en no conferir excesiva credibilidad a las declaraciones de testigos, si entre ellos y el imputado existía un *odio* manifiesto (entre otras, STS, Sala 2ª, nº 885/2009, de 9 de Septiembre, MP Francisco Monterde Ferrer; o Auto del TC nº 136/2009, de 6 de Mayo). Esencialmente, porque el odio podría sugerir que el testigo mentía[106]. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional sostienen a grandes rasgos que, con carácter previo a conceder credibilidad a la declaración de un testigo, es preciso atender a este criterio de larga tradición en nuestro sistema procesal[107]. De hecho, la imposibilidad de comprobar, por parte de la Defensa,

---

[106] Incidiendo en esta cuestión, aunque se pruebe la existencia de odio, de ello no deriva automáticamente que la declaración del testigo carezca de validez. Lo esencial no es la presencia de la emoción, sino la posibilidad de que el testigo mienta como consecuencia de ese odio. Así, la STS nº 1193/2010, de 24 de febrero, MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, no niega que existiera dicho odio, pero concede pese a ello validez a la declaración porque no considera que de la animadversión derivara una mentira: "*en cuanto a la alegada animadversión de los testigos contra el recurrente, es natural que después de lo ocurrido su opinión sea negativa respecto de la persona que, según las noticias que relataron, consideraban culpable. Pero* […] *no hay ningún dato que avale que como consecuencia de ello estaban dispuestos a mentir ante un tribunal de justicia.*"

[107] Ya presente como criterio del Tribunal del Santo Oficio. Como es sabido, la Inquisición general promovía las denuncias anónimas. Aunque ello pudo servir para obtener fácilmente indicios de criminalidad, también hizo que proliferaran las denuncias falsas. En sociedades cerradas, este mecanismo suponía el "*desahogo existencial*" de todos los "*odios disimulados con una sonrisa*". Consciente de ello, cuando la Iglesia citaba al denunciante para escuchar su

si el testigo albergaba odio hacia el acusado, impide tomar en consideración su declaración como fundamento de una condena[108]. Es esencial comprobar, en particular, si el odio proviene de unos hechos ajenos a los que se sustancian en el procedimiento (pues no es infrecuente que el testigo odie al acusado porque fue víctima de un delito que en su momento denunció). Esta misma lógica ha sido empleada para determinar si la declaración de un coimputado puede ser una prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia (entre otras resoluciones, ATC nº 136/2009, de 6 de Mayo; o STS, Sala 2ª, nº 457/2010, de 25 de mayo, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). El odio aquí se emplea como un "parámetro o pauta de valoración": nuestro ordenamiento admite, pues, que el Tribunal sentenciador indague en los odios y prejuicios de un testigo o de un imputado con el fin de conferirle credibilidad. Empero, y por desgracia a los efectos que aquí nos ocupan, tampoco se ha propuesto en estos casos una definición unívoca de lo que el Tribunal de instancia debe interpretar por "existencia de odio", a la hora de no conferir relevancia a una declaración. Sin embargo, la ya apuntada noción aristotélica será suficiente para adentrarnos en el análisis de conceptos como "crimen de odio".

En efecto, si la mención al "odio" está proliferando en nuestro ordenamiento penal, se debe en gran medida a la influencia de ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona. Los debates doctrinales allí generados, donde la mención a esta emoción (*hate*) suele ser bastante habitual, han hecho que vayan incorporándose paulatinamente algunos términos. Por ello, además de la noción de *hate crime*, se precisa clarificar otros conceptos adicionales cimentados

---

declaración, le obligaba a prestar juramento manifestando que "*no le impulsa el odio ni la enemistad*" hacia el denunciado. *Vid*. MEREU, *Historia de la Intolerancia en Europa*, 2003, p. 204 y ss.

[108] En este sentido, la STS, Sala 2ª, nº 1023/2011, de 5 de octubre, MP José Manuel Maza Martín, que absolvió al previamente condenado porque dicha condena se fundamentaba en las declaraciones prestadas por testigos protegidos cuya identidad desconocía: "*Y es que, en efecto, el conocimiento de la identidad de los testigos de cargo resulta elemento esencial para que el acusado, coordinadamente con su Defensa, pueda argumentar las razones de que dispusiera para cuestionar la credibilidad de tales testimonios, en atención, por ejemplo, a anteriores motivos de animadversión o malquerencia de los deponentes contra su persona u otras razones espurias que pudieran alojarse en la razón de ser de sus manifestaciones incriminatorias.*" La "malquerencia" no es otra cosa que el deseo de un mal (el odio). Así, la imposibilidad de comprobar si el testigo protegido odiaba al acusado supuso una vulneración del Derecho de Defensa.

sobre la noción de odio, como *heinous crime* y *bias crime*, cuyos elementos también pueden estar presentes en conductas a las que sea de aplicación el artículo 22.4ª CP. Sólo así podrá definirse un crimen de odio y entrar en el debate sobre su fundamento.

2. Crímenes odiosos (*heinous crimes*).

Conviene establecer desde este momento una clara distinción entre los "crímenes de odio" (*hate crimes*) y los "crímenes odiosos" (*heinous crimes*). Este último término es empleado para referirse a hechos delictivos en los que, como señala SILVA, "*resulta fácil contemplar al delincuente como el "otro" (en el sentido de "no-yo")*", y cuya tipificación por los Estados miembro constituye una de las líneas maestras de la armonización comunitaria en materia penal[109]; debiendo añadirse que también juega este concepto un importante papel en materia de competencia en Derecho Penal Internacional[110]. Sin embargo, suele igualmente emplearse en foros no estrictamente jurídicos, ya sean más cercanos a la criminología[111] o a la literatura[112]. Es por ello esencial una aproximación a esta noción, con el fin de diferenciarla de otros conceptos relacionados.

En el caso de los *heinous crimes*, a diferencia de lo que sucede en los *hate crimes*, el odio no es resentido por el delincuente como elemento inspirador de su conducta, sino por la comunidad al considerar *odioso* que se cometan ciertos crímenes. Como puede apreciarse, se trata de un claro ejemplo de la dialéctica *schmittiana* del amigo/enemigo[113] que imbuye los postulados del llamado

---

[109] SILVA SÁNCHEZ, "La reforma del Código Penal: Una aproximación desde el contexto", *DLL*, 2010, p. 2.

[110] CASSESE, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et Justice Pénale Internationale?", CASSESE/DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internacionales*, 2002, pp. 13-29. El autor comenta la importancia de que un delito sea considerado como un "crimen odioso" para que pueda serle reconocida a un Estado una competencia universal para el enjuiciamiento de esos hechos, tomando como base el voto particular de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal a la Sentencia de 14 de Febrero de 2002 de la CIJ (República de Congo c. Bélgica). Entendió la CIJ que era necesario, entre otros requisitos, que la jurisdicción penal universal sólo se ejerciera respecto de aquellos crímenes que la comunidad internacional considera más odiosos ("*the most heinous*"/"*les plus odieux*", *vid*. § 60).

[111] GREIG/MARLOWE, *Evil beyond belief: An A-Z of heinous crimes*, 2008, 304 pp.

[112] BECKER, *Heinous Crimes, Immoral Minds*, 2010, 130 pp.

[113] No obstante, también se encuentran los crímenes de odio vinculados a la dialéctica *schmittiana*, pues quien comete un delito por su odio y prejuicio hacia una condición personal de su víctima normalmente lo hace porque le considera un enemigo, una fuente de peligros para su modo de vida. *Vid*. GREEN/MCFALLS/SMITH, "Hate crime: An emergent research Agenda", *ARS*, 2001, pp. 479-504.

Derecho penal del enemigo[114]. Podríamos exponer sucintamente esta dialéctica afirmando que la mera existencia de un determinado colectivo podría llegar a negar nuestra identidad, nuestro yo (un "yo" compuesto de elementos de identidad colectivos, opuesto al representado por los elementos que definen al enemigo): su identidad representaría todo aquello que nos es opuesto. De esta forma se convertiría en nuestro enemigo: un ser necesariamente "odioso"[115].

Extrapolando sucintamente lo anterior al ámbito penal, podríamos decir que los valores liberal-democráticos que inspiran nuestro ordenamiento implican el rechazo de determinadas conductas y que quienes las realizan no aceptan los presupuestos básicos de nuestra sociedad. Podrían por ello ser tildados de enemigos, en tanto que su existencia supone la inserción en nuestra sociedad de valores que le son ajenos u opuestos[116]. Se ha producido así un fenómeno (como parte de la llamada "expansión del Derecho penal") conforme al cual se han ido erosionando algunas garantías clásicas para luchar contra determinada clase de criminalidad (paradigmáticamente, la macrocriminalidad), al resultar ésta "*"antipática", o incluso "odiosa""*[117]. En otras palabras, por ser crímenes odiosos.

Con el fin de clarificar este concepto, es preciso recordar que la tradición aristotélica considera que lo "odioso" es aquello ausente de virtud, de forma que las personas que normalmente odiamos son aquellos en quienes concurren

---

[114] Pueden consultarse las diversas posturas de la discusión existente sobre la noción de Derecho penal del enemigo en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*., 2006, 2 vol. Se aleja del objeto del presente trabajo ahondar en la compleja cuestión de la legitimidad de estas tendencias, en las que el fin de prevención va erosionando los postulados del Derecho penal garantista labrado desde la segunda mitad del siglo XX. No obstante, a efectos de determinar el concepto de *heinous crimes*, la noción de enemigo subyacente a ese debate puede resultar de suma utilidad.

[115] SCHMITT, *The concept of the political*, 1996, p. 27 y ss.

[116] Ejemplificando lo anterior, la reflexión sobre el odio de CALVO BUEZAS/CALVO BUEZAS, "Odios racistas y xenófobos: ¿un cáncer de la convivencia social", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, p. 40: "*da tonalidad a la percepción del otro bajo la apariencia de enemigo* […] *¿Cómo es posible que alguien que de algún modo quiera* […] *representar a la cultura cristiano-occidental exhiba y quiera hacer bandera del odio?*".

[117] SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2008, p. 73.

vicios[118]. Evidentemente, determinar lo que es "odioso" requiere inevitablemente de un componente evaluativo de índole moral, por peligroso que ello resulte[119]. En este sentido, una característica del *enemigo* es la de ser odiado por la sociedad, como consecuencia de su rechazo a los principios inspiradores del sistema[120]. Ese "merecimiento" de ser odiados vendría motivado por el rechazo a esos presupuestos básicos de nuestra sociedad. Pero igualmente, son "odiosos" porque "contrarían los designios o las presunciones que las leyes favorecen" [121]: esos mismos principios rectores de nuestra sociedad democrática. Dicho esto, si entendemos que el Código Penal es una Constitución en negativo[122], afirmar que un crimen es odioso porque atenta

---

[118] KONSTAN, *The emotions of the Ancient Greeks*… op. cit., p. 190 y ss. Esta asimilación de lo odioso con lo "no virtuoso" no es extraña al empleo del término por parte de operadores jurídicos en nuestro país. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo, en su informe de 1990, lo utiliza en un sentido que parece querer denotar la ausencia de una virtud ética aristotélica: "*No por obvio vamos a dejar de decir aquí que si los retrasos en dictar resoluciones tienen siempre un efecto negativo en los interesados que las esperan, éste se multiplica hasta hacerse odioso cuando afecta a un colectivo de tan avanzada edad y que ha esperado tan largo tiempo para que le sean reconocidos sus derechos*" (p. 529).

[119] El concepto de "persona odiosa" como viciosa e inmoral no es ajeno al Derecho penal. En particular, para el afortunadamente superado Derecho penal de autor, al cual podría reconducirse la Ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933. Esos "*maleantes*", a quienes podían imponerse medidas de seguridad por encontrarse en "estados peligrosos" se definían, en gran medida, por el vicio. De hecho, los "*maleantes*" no eran necesariamente "*delincuentes*" (el artículo 2º.10º diferenciaba los dos términos), sino sujetos "viciosos". Así, eran maleantes - a la vista de que el artículo 5º definía como tales a todos los enumerados por esta ley que no fueran "vagos" - "*los rufianes*" (artículo 2º.2º). Ello podía ser sinónimo de proxeneta, pero también de "*hombre sin honor, perverso, despreciable*" (2ª acepción del diccionario de la RAE). Así pues, de sujeto *vicioso*, y por ello, *odioso*. De hecho, los homosexuales fueron en la práctica incluidos en este concepto legislativo de "maleante", dado "*que proporcionaban un espectáculo odioso y degradante*" (*vid*. HEREDIA URZÁIZ, "Control y Exclusión Social: La Ley de Vagos y Maleantes en el Primer Franquismo", ROMERO/SABIO (coords.), *Universo de Micromundos*, 2009, p. 116). Posteriormente, con la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, se terminaría considerando expresamente en "estado peligroso" a "*los que realicen actos de homosexualidad*" (artículo 2º.3º). No obstante, precisamente el cambio de paradigma, en un moderno Estado liberal-democrático, impediría que al efectuar una evaluación sobre lo "odioso" llegáramos a análogas conclusiones: lo *odioso* vendría a ser establecer diferencias de trato atendiendo a la orientación sexual, una condición personal salvaguardada por el principio de igualdad.

[120] Obviamente, esto plantea el problema "*de denominar como tal a cualquier oponente odiado*" (AMBOS, *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, 2007, p. 102). El concepto de enemigo es de difícil delimitación, y por lo tanto aquí se expone la siguiente idea con fines descriptivos y clarificadores del concepto de *heinous crime*, sin mayores pretensiones: quien comete un crimen odioso puede ser denominado "enemigo" a los efectos del llamado Derecho penal del enemigo.

[121] Diccionario de la RAE, Avance de la 23ª edición: "odioso, sa. (Del lat. *odiōsus*). 1. adj. Digno de odio. 2. adj. *Der.* Dicho de una cosa: Que contraría los designios o las presunciones que las leyes favorecen."

[122] *Vid*. Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de Noviembre.

contra los principios rectores de nuestra sociedad no parece arrojar demasiada luz sobre el concepto.

Quizás sea más sencillo delimitarlo esbozando algunas cuestiones sobre su relación con los crímenes de odio. Comenzaremos analizando la posibilidad, a efectos clarificadores de esta noción de crimen odioso, de que los autores de un crimen de odio consideren a su víctima un "enemigo" desde una perspectiva *schmittiana*[123]. Para ello, detengámonos en una idea clave para entender la psique de una clase de autor de crímenes de odio: la "culpabilidad de nacimiento". Los Estados liberal-democráticos no pueden admitir un Derecho penal que no sea del hecho, no pueden admitir una culpabilidad penal de nacimiento. Por ello, actualmente el Legislador penal ha llegado a considerar que procede agravar la responsabilidad penal de quienes cometen ciertas conductas inspiradas en el odio hacia un sujeto por determinadas características "de nacimiento". Así, se han introducido figuras como nuestro artículo 22.4ª CP. Pero eso no obsta para que el autor de un crimen de odio sí pueda asumir la idea de la supuesta "culpabilidad por nacimiento" de su víctima.

Podríamos simplificar el supuesto a través del siguiente ejemplo: unos sujetos alimentan la idea de una identidad común única (ya sea por la supuesta superioridad de su *endogrupo*, por su carácter "vulnerable", o por particularidades sociopolíticas objeto de injusticias históricas). Esos sujetos consideran que su identidad única y colectiva se encuentra amenazada e indefensa frente a "los enemigos": aquellos individuos que no comparten las características que configuran su identidad única. De ahí que deseen causarles un mal (les odien) debido a motivaciones relativas a su raza o su orientación sexual: las víctimas serían "culpables de nacimiento", al no compartir las características que definen su identidad única. En ocasiones, ha sido el Estado quien ha alentado el castigo a quienes diferían de la identidad única, como hizo

[123] En este sentido, véase la incongruente afirmación de un acusado ante el Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona (noticia de la agencia EFE de 16/11/11): "*no soy racista, odio a los moros porque son el enemigo*".

la Alemania nazi a través del llamado Derecho penal de autor[124]. Como decíamos, un Estado liberal-democrático no puede asumir la idea de la "culpabilidad de nacimiento" de alguno de sus ciudadanos, e incluso ha establecido circunstancias agravantes para quien actúa guiado por motivos que guardan mucha relación con esa creencia.

Pues bien, es posible que una sociedad como la nuestra *odie* a quienes cometen un crimen de odio. Efectivamente, hemos señalado que nuestro Estado liberal-democrático rechaza los postulados del Derecho penal de autor y de la culpabilidad por nacimiento, ya que atentan contra sus principios esenciales[125]. Siendo así, quienes cometen delitos guiados por esas creencias, quienes odian a un sujeto por razón de una característica como la raza, atentan contra esos principios esenciales. Son *enemigos* de la sociedad liberal-democrática. Y por ello sus crímenes, además de ser de odio, pueden ser considerados crímenes *odiosos* (*heinous crimes*).

Vemos así que el concepto de crimen odioso justifica el adjetivo no por el odio como motivación del sujeto activo a la hora de cometer un delito, sino por el odio que objetivamente generaría en la sociedad su conducta. Por ello, para determinar si un delito es un crimen odioso, es irrelevante que el sujeto activo pudiera sentir odio hacia su víctima (cuestión diferente si estuviéramos hablando de crímenes de odio). Si bien es cierto que no se trata de conceptos excluyentes (un delito puede ser doblemente catalogado como crimen odioso *y* de odio), también innegable es que (a diferencia de un crimen de odio) el

---

[124] *Vid*. BLANCO ABARCA, "La condición de "enemigo". El ocaso de la inocencia", CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ, *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, pp. 257-305.

[125] Como señalaba la STC, Pleno, nº 150/1991, de 4 de julio, MP Luis López Guerra: "*la proclamación del Estado de Derecho Democrático (art. 1.1 C.E) significa, en síntesis* [...] *la prohibición de todo vestigio o manifestación de un Derecho penal de autor.* [...] *no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 y otras-. Pero la consagración constitucional de este principio* [de culpabilidad por el hecho] *no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo*".

crimen puede ser catalogado de odioso sin necesidad de atender a las motivaciones del autor.

A la vista de lo anteriormente expuesto, puede apreciarse que "crimen odioso" es una noción un tanto abstracta. Si se hace hincapié en su carácter *odioso*, para diferenciarlos de otras clases de delitos, podríamos afirmar que el concepto pretende transmitir la especial gravedad de esas conductas, que generarían así un mayor "deseo de un mal" hacia el autor. Pero no necesariamente se trata de una *gravedad* entendida como la del "delito con pena grave" *ex* artículo 33.2 CP, sino desde el concepto de "crimen social"[126]. No es posible, por lo tanto, elaborar un *numerus clausus*[127] de "crímenes odiosos" en nuestro ordenamiento, si bien partiendo de que se trata de ámbitos en los que suelen incidir las exigencias europeas armonizadoras, se admiten como "crímenes odiosos" los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, explotación sexual y pornografía infantil, inmigración sexual o trata de seres humanos[128].

Sirva lo anterior para afirmar que el concepto de crimen odioso planea en paralelo al de crimen de odio, pero que no acaba de encontrar un lugar propio

---

[126] Concepto que se refiere a aquellos delitos *graves* que no logran transmitir a la sociedad una mayor "paz social". Este concepto de "crimen social" puede facilitar la comprensión del concepto "gravedad" aquí apuntado, a pesar de sus evidentes carencias. *Vid.* EMSLEY, "Albion's Felonious Attractions: Reflections upon the History of Crime in England", EMSLEY/KNAFLA, *Crime History and Histories of Crime*, 1996, p. 68 y ss.

[127] Existe la posibilidad, por supuesto, de que en un determinado país se establezca por vía legislativa un listado de crímenes odiosos, conforme a los principios que rigen dicha sociedad. Es lo que sucede en Brasil con la *Lei nº 8.072/90*, de 25 de Julio de 1990, de *crimes hediondos*. Esta ley establece un *numerus clausus* de estos crímenes "horribles", para cuyos autores recorta diversas garantías (su régimen penitenciario deja de ser progresivo, se imposibilita la fianza o el indulto, etc.), lo cual es objeto de críticas doctrinales (por todas, *vid.* SOUZA E SILVA, *Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional*, 2007, p. 19 y ss.). Cumplen pues con todos los requisitos de los crímenes odiosos: generarían objetivamente una emoción negativa en la sociedad (en este caso, identificada con el horror en vez de con el odio) y se produce una expansión del Derecho penal, recortando garantías a los autores. Nótese que para que un delito se considere odioso, no necesariamente es el odio la emoción que imperativamente debe suscitar esa conducta, sino que podría ser incluso asco o repugnancia. Como señalara MILLER, "*el odio que siente una sociedad respecto del vicio y de lo que es impropio necesariamente incluye la repugnancia y no puede sostenerse sin ella*" (*vid.* NUSSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, 2006, p. 17).

[128] *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, "El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", *CPJML*, 2009, p. 17.

en el llamado debate del odio. Particularmente, siendo pragmáticos, porque de establecerse legislativamente consecuencias para la comisión de unos y otros tipos de delitos, no son éstas necesariamente coincidentes. En los crímenes odiosos se tiende a recortar, de forma variopinta, las clásicas garantías consagradas por el Derecho penal decimonónico[129]. En los crímenes de odio, la consecuencia estandarizada es la agravación de la responsabilidad penal del autor. Por otra parte, la posibilidad de catalogar una conducta de una u otra manera se sustenta en distintas cuestiones. Buena muestra de ello la ofrece la jurisprudencia de ordenamientos anglosajones: al etiquetar un delito como "crimen odioso", atiende a los hechos objetivos. Un crimen odioso sería el crimen *objetivamente* "horrible" o "depravado" (si se prefiere, "abyecto"), sin necesidad de entrar a valorar la concurrencia de una determinada motivación en la psique del autor.[130] En el caso de los crímenes de odio, no es en absoluto evidente que no deba atenderse a las motivaciones del autor para poder catalogarlos bajo esa denominación. Precisamente debido a esa posibilidad se generó el llamado "debate del odio" (*hate debate*).[131]

Sin perjuicio de lo anterior, aunque no puede afirmarse que los crímenes de odio sean una subcategoría de crímenes odiosos, nada impide que un determinado ordenamiento considere que todo crimen de odio es, también y necesariamente, odioso. Para que ello suceda, centrándonos ya en el artículo 22.4ª CP, sería necesario que considerara dicho ordenamiento contrario a sus principios rectores cometer un delito por motivos discriminatorios. A este respecto, valga la pena recordar la conocida STC, Sala 2ª, nº 13/2001, de 29 de enero, MP Guillermo Jiménez Sánchez:

> "*Centrándonos ya en la cuestión de fondo (la aducida discriminación racial), hemos de recordar que este Tribunal se ha manifestado ya, en las ocasiones en*

---

[129] Como señala CANCIO MELIÁ, "Errores en la graduación de las penas", MATUS ACUÑA (dir.), *Beccaria 250 años después*, 2011, p. 98; en el caso de los crímenes odiosos destaca la creación de un "subsistema penitenciario".

[130] Sobre la precitada postura jurisprudencial y la diferenciación entre "*heinous crime*" y otros conceptos, *vid.* WELNER, "Classifying crimes by severity: From Aggravators to Depravity", DOUGLAS *et al.*, *Crime Classification Manual*, 2006, pp. 55-72.

[131] *Vid. infra*, Primera Parte, Capítulo III.

que, aun desde otra perspectiva, se le han planteado cuestiones sobre discriminación racial o étnica, afirmando tajantemente el carácter odioso de la aludida forma de discriminación, prohibida en forma expresa tanto por el art. 14 de nuestra Constitución como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14). Así, en la STC 126/1986, de 22 de octubre (F. 1), calificamos la discriminación racial de perversión jurídica, y en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, hemos rechazado rotundamente que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE)o de la libertad de expresión(art. 20 CE), puedan cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, «puesto que ... ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos». Y si bien las aludidas manifestaciones las efectuábamos en relación con el ataque al honor dirigido contra todo un pueblo (en el caso considerado, el judío), tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de éste a un determinado grupo racial, étnico o religioso. Finalmente en la STC 176/1995, de 11 de diciembre[132] (F. 4, párrafo 4) tuvimos ocasión de afirmar, como colofón de todo el razonamiento desarrollado en ella, que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica."

Es decir, que las conductas motivadas por un odio discriminatorio, como las referidas por el artículo 22.4ª CP, son según el Tribunal Constitucional (y a

[132] Nótese que esta resolución, pronunciándose sobre el contenido de un cómic que satirizaba el holocausto, consideró que era una manifestación de uno de los "discursos del odio", modalidad de crimen de odio que analizaremos en el siguiente epígrafe. Señalaba la STC nº 176/2005: "*A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (artículo 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (artículo 10.2; Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo artículo 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».*" Así, nos encontramos con que una misma conducta puede ser calificada, simultáneamente, de crimen de odio, discurso del odio y crimen odioso.

pesar del sentido del fallo en aquella ocasión) "odiosas". Esto es que, por coherencia, si en el ámbito penal a una conducta típica le fuera de aplicación la agravante del artículo 22.4ª CP, parece que podríamos hablar de crimen odioso.

La siguiente cuestión que podemos plantear es la de si toda conducta a la que pueda serle de aplicación el artículo 22.4ª CP podrá ser ya considerada crimen odioso, como se desprende de la precitada resolución, o por el contrario únicamente sería posible denominar de ese modo conductas con un marcado componente violento. En efecto, es importante señalar que el concepto de *heinous crime* suele ir referido, en la práctica anglosajona, a delitos violentos - contra las personas o la integridad sexual -, en los que se produzca un resultado de lesiones físicas o psíquicas. Entre los crímenes odiosos, suelen de esta manera incluirse los crímenes de odio (*hate crimes*) si se trata de una conducta violenta[133]. No obstante, la concurrencia del elemento violento no parece ser indispensable para conferir el calificativo de "odioso" a un delito. Además de la reseñada postura del Tribunal Constitucional, también ha calificado la FGE de *odiosas* conductas que en sí mismas no implican violencia.[134]

Por lo tanto, puede afirmarse que toda conducta a la que le sea de aplicación el artículo 22.4ª CP, además de como crimen de odio, también podrá considerarse crimen odioso, pues se comete, motivada por el odio, una conducta objetivamente odiosa conforme a los principios inspiradores de nuestro ordenamiento. Esta posibilidad - consistente en calificar conjuntamente, como crímenes de odio y odiosos, aquellas conductas a las que les sea de aplicación una circunstancia agravante análoga a la recogida por nuestro artículo 22.4ª CP – no es en absoluto ajena a ordenamientos de nuestro entorno.[135]

---

[133] Sobre la naturaleza del concepto de crimen odioso y las posibles motivaciones del autor, *vid.* REAMER, *Heinous crime: cases, causes, and consequences*, 2005, p. 4 y ss.

[134] Memoria de la FGE del año 2011, página 1153: "*difusión del denominado «material odioso» (art. 607.2 CP)*".

[135] Esto se aprecia claramente en la circunstancia agravante, muy similar a nuestro artículo 22.4ª CP, que prevé el § 33 Nr. 5 StGB de Austria, que se aplicará si el autor comete el delito por motivos racistas, xenófobos u otros *especialmente censurables*, lo cual es asimilable a *odiosos* ("*Ein*

Una vez delimitado el concepto de crimen odioso, ha llegado el momento de clarificar el concepto de crimen de odio, del cual hemos avanzado algunas pinceladas. Comenzaremos con una subcategoría del mismo, con el fin de excluir de nuestro objeto de estudio algunas particularidades.

Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter […] *aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen gehandelt hat*").

3. El discurso del odio (*hate speech*).

Como antesala de los *hate* y *bias crimes*, atenderemos al llamado "discurso del odio" (*hate speech*), concepto cuyo empleo y problemática está proliferando en los ordenamientos europeo y español[136]. Desgraciadamente, no parece que pueda hablarse de una noción inequívoca de cuáles pueden ser considerados como tales discursos, tampoco en nuestro ordenamiento. La STC, Pleno, nº 235/2007, de 7 de noviembre, paradigmáticamente, se ha remitido a tres sentencias del TEDH (casos *Erdogdu,* Gündüz y Erbakan), así como a la definición de *hate speech* de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997[137], con el fin de proponer una definición que, quizás, resulta un tanto "*forzada*". Analizando estas cuestiones, ha señalado LANDA que "[c]*ómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no podamos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos*."[138] Así las cosas, a los efectos de determinar qué incidencia puede revestir la noción de discurso del odio en nuestro análisis del artículo 22.4ª CP, repasaremos algunos de esos casos resueltos con el fin de atisbar cuál puede ser tal patrón.

En este sentido, se invoca con frecuencia el "discurso de odio" para delimitar algunas manifestaciones del Derecho fundamental a la libertad de expresión de otras que constituirían conductas delictivas, y que por ende no estarían

---

[136] *Vid*. ahora solo GÓMEZ MARTÍN, "Discurso del odio y principio del hecho", MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, 2012, pp. 89-118 o MARTÍN SÁNCHEZ, "El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 235-262.

[137] Que, conforme consta en su Apéndice (*Scope*), vendría a ser "toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra minorías, inmigrantes y personas de origen inmigrante".

[138] *Vid*. LANDA GOROSTIZA, "Incitación… *op. cit*., *passim*, cit. pp. 331-332.

amparadas por aquél. Estas referencias al "discurso del odio" suelen ir vinculadas a determinada clase de delitos. En efecto, aunque no exista un concepto unánime, se admite a nivel europeo que el discurso del odio comprende varias formas de expresión. Resulta evidente que el concepto de *hate speech* ha encontrado cobijo en nuestro ordenamiento, aunque el de *hate crime* todavía no goza (al menos jurisprudencialmente) de análoga popularidad. A pesar de ello, lo cierto es que se admite que el discurso de odio es una modalidad de crimen de odio, consistente en cometer delitos que requieran para su apreciación la manifestación de algún tipo de discurso, ya sea verbalmente o por escrito (por ejemplo, un cómic, como en la ya citada STC nº 176/1995, de 11 de diciembre)[139]. Esto implica que la mayor parte de los crímenes de odio cometidos a través de Internet sean considerados, además de *hate crimes*, *hate speech*.[140]

No obstante, es aconsejable que analicemos separadamente este concepto del de "crimen de odio" porque, además de introducirnos en la cuestión que aquí nos interesa (la posible agravación de la responsabilidad penal del autor por sus motivaciones), nos introduce asimismo en un debate adicional, relativo a los límites del Derecho fundamental a la libertad de expresión.

---

[139] En un sentido muy amplio, incluso, una resolución judicial, si de un delito de prevaricación al que sea de aplicación el artículo 22.4ª CP estamos hablando. Así, la STSJ Murcia nº 5/2008, de 23 de diciembre, MP Julián Pérez-Templado Jordán: "*La agravante nº 4 del art. 22 del CP cometer el delito por motivos discriminatorios por razón de la orientación sexual de la víctima, aparece probada desde el Auto de 4-4-07, en el que se nombra defensor judicial a los Servicios del Menor de la CARM, por entender que la madre tenía intereses contrapuestos con la menor, ya que de haber prestado su consentimiento "no recurriría la resolución judicial que constituyera la adopción". El argumento no puede ser mas peregrino dejando translucir de manera apriorística que una adopción de esta clase causaría un perjuicio a la menor. Lo que viene a reafirmar la argumentación que utiliza ut supra en este mismo Auto "si la Constitución de 1978 (art. 24.1, tan socorrido) proscribe la indefensión de cualquier persona ante un procedimiento judicial como en el que nos encontramos, que mayor indefensión está sufriendo Candela en este caso concreto", etc... Desde el punto de vista del juzgador resulta evidente que la niña se encuentra en grave peligro. Este peligro aparece reflejado sin veladuras en la providencia de 18-6-07, donde formula las tres preguntas a la psicóloga Sra. Dolores. La voluntad homófoba, discriminatoria por razón de la orientación sexual no puede ser más meridiana. La finalidad también es ilegítima por cuanto priva a la madre adoptante un derecho reconocido por la Ley. Bien pudiera el Sr. Juez plantearse un imperativo categórico sobre su conducta. Si todos los jueces tuviéramos como paradigma su manera de actuar, de forma que fuera norma universal, pronto caeríamos en un sistema de "fazañas y albedríos" que ya quiso abrogar el Rey Sabio en su Fuero Real.*"

[140] MANN/SUTTON/TUFFIN, "The Evolution of Hate Social Dynamics in White Racist Newsgroups", *IJC*, 2003, 32 pp.

En nuestro ordenamiento ha adquirido relevancia el término respecto de los delitos de terrorismo, de forma que una modalidad de ese "discurso" sería, por ejemplo, su apología.[141] Pero el Tribunal Supremo también denomina "discursos del odio" otros supuestos, por ejemplo para referirse a cualquier manifestación de carácter antisemita. Es decir, que no se trataría únicamente de un discurso de odio político, sino también étnico o cultural. La definición conceptual más ajustada ha de ser por lo tanto amplia e inclusiva[142]. Así, un discurso del odio podría definirse como cualquier forma de expresión que denigre a una persona o grupo de personas por razón de alguna de sus características, como pudieran ser su pertenencia a una etnia o religión, su nacionalidad, su género o su orientación sexual[143].

---

[141] Como muestra, valga la pena citar la STS, Sala 2ª, nº 299/2011, de 29 de abril, MP Francisco Monterde Ferrer, que delimita el Derecho fundamental a la libertad de expresión de este vetado discurso: "*Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. ¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010. Y a ello se responde que, de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía , 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.* […] *Si acudimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, dictada con ocasión de la exposición pública de ideas que niegan o justifican los delitos de genocidio, llegamos a la conclusión de que la criminalización y el castigo de la apología del terrorismo en su especialidad de enaltecimiento de los autores, respetaría la libertad ideológica, según el canon constitucional, solo si la conducta tuviera la capacidad para incitar de manera directa a la perpetración de los delitos, al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que pudiera germinar la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos.*"

[142] Desde luego, no limitada por razón del estereotipo de quien suela proferir estos discursos. Como señala la FGE en su Memoria del año 2012, p. 186: "*el discurso del odio no es patrimonio exclusivo de determinados pensamientos religiosos radicales*", pues late en todo pensamiento radical "*sea cual sea su signo*".

[143] En este sentido, NOCKLEBY, "Hate speech", LEVY/KARST (ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, 2000, pp. 1277-1279; o KINNEY, "Hate speech and Ethnophaulisms", DONSBACH (ed.), *The International Encyclopedia of Communication*, 2008 (http://www.blackwellreference.com, última visita: 23/08/11).

En cuanto a la relevancia penal de los discursos del odio, lo cierto es que se han producido importantes iniciativas, tanto a nivel internacional como europeo, que abogan por el establecimiento de sanciones para quien profiera este tipo de discursos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha hecho eco de ellas, mencionando la necesidad de sancionar penalmente no sólo discursos relacionados con la apología del terrorismo, sino también de carácter antisemita. De especial interés a estos efectos resulta lo expuesto en el voto particular de Andrés Martínez Arrieta a la STS, Sala 2ª, nº 259/2011, de 12 de abril, MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, que además enumera los tipos penales de nuestro Código[144] susceptibles de ser catalogados como pertenecientes al discurso del odio:

> "*Numerosos convenios internacionales y organismos dependientes del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, propician en sus recomendaciones la punición de conductas como la que es objeto de los tipos aplicados en la sentencia impugnada, que han englobado bajo la rúbrica de "discurso del odio". Así, cabe citar las siguientes:*
> *- La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.*
> *- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 20 indica 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".*
> *- El Convenio Europeo de Derechos Humanos, que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenófobas.*
> *- La Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial (ICERD).*
> *- La Recomendación R (97) 20, aprobada el 30 de octubre de 1997, y la Recomendación 7, de 13 de octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (CERI).*
> *- La Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, que ha recomendado la conveniencia de sanciones penales a sus autores.*
> *- La Resolución 60 de la Asamblea de Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005.*
> *- La Decisión Marco del Consejo de Europa para luchar contra el racismo y la xenofobia.*

[144] A salvo de posteriores reformas, como es evidente. Así, podría entenderse que se trata de la tipificación de un "discurso del odio" el nuevo artículo 559 propuesto por el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012: "*La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*"

- La Convención Europea sobre el cibercrimen[145].

La Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas implican: a) una incitación publica a la violencia, el odio, la discriminación; o b) insultan y difaman públicamente contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia. La Recomendación R (97) 20 sobre el discurso del odio, en el ámbito del Consejo de Europa, define el mismo como aquel que "cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia". En la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros organismos, como el Comité de Naciones Unidas, se ha acuñado el concepto de discurso del odio, para referirse a situaciones en las que se produce la difusión de expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia. El legislador español ha introducido en diversos tipos penales la punición del denominado discurso del odio. Así ocurre en los casos del delito de apología del terrorismo; del delito de enaltecimiento del terrorismo, con sus dos previsiones típicas, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y el menosprecio y humillación de sus víctimas; la negación del genocidio (antes de la STC 235/2007); o de la punición de mensajes racistas y xenófobos o expresiones que provoquen el odio o la discriminación de los colectivos relacionados en el art. 510 del Código penal. En estos preceptos el odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje. La estructura de estos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro. Aunque existan colectivos afectados por la agresión, eso no afecta a la estructura del tipo de peligro, bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio" que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. […] *Una vez determinada la existencia de tipicidad que consiste, como he señalado en la interdicción de difundir mensajes de odio, mensajes con los que se difundan expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basado en la intolerancia, no es posible aplicar, como cobertura justificante, el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, disponemos de pronunciamientos de tribunales supranacionales sobre el discurso del odio, entre las que destacamos las Sentencias del Tribunal especial para Ruanda, casos Nahimena, Barayaguriza y Ngeze, en las que se condena a titulares de medios de comunicación social desde los que se emitieron ideas de odio. También contamos con pronunciamientos del Comité de Naciones Unidas, casos Ross contra Canada o Faurisson contra Francia. En esta última resolución, de 16 de diciembre de 1996, el Comité de Naciones Unidas declara que no se vulnera la*

[145] No cabe duda de que muchos de estos "discursos del odio" se realizan a través de Internet. *Vid*. el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU sobre el empleo de Internet para incitar al odio racial y difundir propaganda racista y xenófoba, y sobre las maneras de promover la cooperación internacional en este ámbito, de 27 de abril de 2001.

libertad de expresión (art. 19 del PIDCyP), "dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo"."

Salta a la vista que el artículo 22.4ª CP no consta anteriormente enumerado como susceptible de aplicación respecto de "discursos del odio". Y, sin embargo, ello no impide que podamos encontrarnos ante un aparente supuesto de *hate speech* en el que concurra esta circunstancia agravante[146]. Por ejemplo, al agravar mediante ella un delito de injurias[147].

En efecto, es conveniente destacar que el sentido en el que la precitada sentencia emplea el término es más restrictivo que el empleado al otro lado del Atlántico, en su concepción originaria. Allí, "discurso del odio" puede ser cualquiera proferido con motivación discriminatoria: por ejemplo, extrapolado a nuestro ordenamiento, ese delito de injurias (o de calumnias) al que le fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP[148].

No entraremos, por innecesaria a los efectos que nos ocupan, en la discusión de si este entendimiento del "discurso del odio", como sugiere el TS, "*participa de la naturaleza*" de los delitos de peligro[149] o, más bien, de los delitos de clima[150]. Sí

---

[146] Obviamente, sería necesario atender a las posibles interacciones del principio de inherencia, si es que se pretendiera aplicar la agravante a una conducta enmarcada en alguno de los tipos penales que sí menciona el voto particular a la STS nº 259/2011; *vid. infra* Primera Parte, Capítulo V.B).

[147] A este respecto, el concurso aparente de leyes entre el artículo 510.2 CP y el artículo 208 y ss. CP, si las injurias se efectúan conforme a la conducta tipificada por el artículo 510.2 CP, parece que debiera resolverse a favor de éste.

[148] Ya existe algún autor que ha considerado que el delito de injurias al que fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP se enmarcaría en la misma clase de delitos que los tipificados en los artículos 510 y 607.2 CP en tanto que manifestaciones, cada una con sus particularidades dogmáticas, del discurso del odio (*vid*. MAQUEDA ABREU, "Els Limits de la Intervenció Penal contra el Racisme i la Xenofobia", AA. VV., *El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les*, 2008, p. 25, n. 28). Por otra parte, incluso se plantea PÉREZ DE LA FUENTE, "El enfoque español sobre lenguaje del odio", PÉREZ DE LA FUENTE/OLIVA MARTÍNEZ (ed.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, 2010, p. 150; si, dada la escasa aplicación del artículo 510 CP, no sería mejor estrategia vincular el discurso de odio al delito de injurias.

[149] Sobre los delitos de peligro, esencial MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, 216 pp. y LA MISMA, "Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro", ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, 2004, pp. 435-473.

es importante recordar el conocido pronunciamiento respecto de la regulación de la "mentira de Auschwitz" contenido en la precitada STC nº 235/2007, de 7 de noviembre, que consideró conforme a nuestra Constitución sancionar penalmente una determinada manifestación del discurso del odio, estableciendo a la par los límites de dicha sanción[151]. Como es sabido, ello supuso la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "*nieguen o*" del artículo 607.2 CP. Se había planteado la posible inconstitucionalidad de dicho precepto porque el bien jurídico que protegía era "*difuso*", y no podía por ello suponer un límite a la libertad de expresión[152]. En aquella ocasión, el TC consideró que sí podía sancionarse la justificación del genocidio: lo que podría considerarse la "incitación indirecta" al mismo. No así el llamado *negacionismo*, que en sí mismo (sin justificación del genocidio mediante) sería simplemente

---

[150] Sobre el origen de esta idea de los "delitos de clima" (los cuales sancionarían la provocación o mantenimiento de un "clima" que incite al delito o la violencia), *vid*. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *ZStW*, 1985, pp. 751-785 (trad. PEÑARANDA RAMOS en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293-324). Sobre la consideración del llamado "*discurso del odio*" (entendido como el relacionado con la difusión de ideas genocidas) como uno de estos delitos de "*protección del clima, de la atmósfera o del ambiente social*", *vid*. FEIJOO SÁNCHEZ, "Delitos de genocidio", MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, 2010, pp. 1724-1726; o GÓMEZ MARTÍN, "Discurso del odio…, *op. cit.*, p. 96 y ss.

[151] *Vid*. el comentario a la misma de LASCURAÍN SÁNCHEZ, "La libertad de expresión tenía un precio", *RAD*, 2010, pp. 69-78.

[152] "*El fundamento de tal duda reside en la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión (reconocido en el art. 20.1 CE) del delito contenido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. A este respecto, razona la Sala que el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP). La conducta sancionada por el art. 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis por tener una librería especializada en la venta de determinados libros y demás medios de difusión de ideas e información relativos a la negación y justificación del genocidio judío por el régimen nacionalsocialista durante la segunda guerra mundial. Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien reconoce que, ciertamente, el legislador puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal, opina que en este caso el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un "clima favorecedor de conductas discriminatorias" ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales. Así concretado, la Sala considera que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión.*"

una opinión, amparada en ese caso por la libertad de expresión[153]. Así delimitó el TC el discurso del odio penalmente relevante, vinculándolo de forma clara con los ya tratados crímenes odiosos. En efecto, no es difícil comprobar que si existe aquí un bien jurídico digno de protección penal, atendiendo al TC, es en buena medida porque este discurso del odio es una incitación indirecta a que se cometan crímenes que revisten un marcado carácter odioso, por contravenir principios esenciales de nuestro ordenamiento[154]:

> "*La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión;* […] *el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.* […] *Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal. El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes.* […] *el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su*

---

[153] FEIJOO SÁNCHEZ, "Delitos de genocidio… *op. cit.*, p. 1723 y ss.

[154] En similar sentido, AGUILAR GARCÍA, "Necesaria reforma del Artículo 510 del Código Penal", IBARRA (dir.), *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 15: "*Ese discurso generador de odio y discriminación no puede tener amparo ni cobertura con los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE. El propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tras regular en su art. 19 la libertad de expresión como piedra angular de un sistema democrático y de un estado de derecho, prohíbe en su art. 20 la incitación al odio, la hostilidad o la violencia por motivos discriminatorios.*"

veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8) […] *interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.*"

Vemos que aquí el concepto de crimen odioso fue empleado a efectos argumentativos para sostener la existencia de un bien jurídico digno de protección penal. Al existir ese bien jurídico, se concluyó que era conforme a nuestra Constitución establecer una sanción penal para esta modalidad de discurso del odio. En atención a lo expuesto, se pueden extraer dos conclusiones:

1ª. De ahora en adelante, por ser de utilidad a los efectos que nos ocupan, analizaremos el amplio concepto anglosajón de "discurso del odio", que incluiría cualquier crimen de odio (esto es, un delito cometido por motivos discriminatorios) que consista en una comunicación, aunque no se trate de tipos penales específicos relacionados con el terrorismo o el genocidio. En efecto, el discurso del odio no es un concepto reservado, necesariamente, a delitos caracterizados por esa "incitación indirecta" a la comisión de otros delitos (odiosos). Volviendo al ejemplo del delito de injurias, en ese caso la afectación al honor es clara: no estamos hablando de un bien jurídico aparentemente "difuso", como en la cuestión que resuelve la STC nº 235/2007. Avanzando que, de ser de aplicación a un delito de injurias el artículo 22.4ª CP, estaríamos ante un crimen de odio: (i) se estaría sancionando penalmente una expresión (la injuria) y (ii) esa expresión se habría proferido por motivos discriminatorios, por lo que se impondría la pena en la mitad superior del marco punitivo previsto (se agravaría la responsabilidad del autor). Conforme a la definición estadounidense de *hate speech*, el delito de injurias al que pudiera ser de aplicación el artículo 22.4ª CP sí podría catalogarse como una manifestación del discurso del odio: se trata de un crimen de odio consistente en una forma de expresión. El hecho de que en el precitado voto particular a la STS nº 259/2011 no se enumere el artículo 22.4ª CP

como precepto incluido entre los discursos del odio se explica debido al sentido (como hemos dicho, poco definido) conforme al cual nuestro ordenamiento ha asimilado ese concepto. Pero sí estaría incluido ese supuesto en la noción originaria acuñada en ordenamientos anglosajones.

2ª. La segunda conclusión que, no por obvia a la vista de la STC nº 235/2007, dejaremos de destacar, es que sancionar penalmente algunos discursos es acorde con nuestra Constitución, al menos en lo que a una posible afectación al Derecho a la libertad de expresión se refiere. Esta cuestión no es, ni mucho menos, pacífica en ordenamientos anglosajones. En EE.UU., donde se originó el término de "discursos del odio", se alzó al unísono un importante sector doctrinal que abogaba por la inconstitucionalidad de sancionar estas conductas, argumentando que ello vulneraría la Primera Enmienda[155]. En aras de centrar esta polémica, rememoraremos la distinción entre crímenes y discursos del odio, presente en un informe del año 1993 del Departamento de Comercio de los Estados Unidos al Congreso[156], en la que se empleaba el término de "discurso del odio" como *no necesariamente* delictivo. Conforme a esta distinción, un crimen de odio sería un *delito* (esto es, tipificado) en el que se sanciona al autor, normalmente de forma agravada, por haberlo cometido debido al odio que siente hacia una determinada característica de su víctima. Esta posibilidad generó una polémica propia (*the hate debate*)[157]. Un discurso del odio sería, simplemente, una forma de expresión a través de la cual puede manifestarse dicho odio. Si una forma de discurso del odio tiene prevista legalmente una sanción penal, estamos ante un crimen de odio que es, *también*, un discurso del odio. Es decir, que la polémica suscitada en el llamado *hate debate* es

[155] *Vid*. SCHAUER, "The Exceptional First Amendment", *KSG*, 2005 (http://papers.ssrn.com, última visita: 23/08/11).
[156] *Vid*. BROWN/IRVING, *The Role of Telecommunications in Hate Crimes*, Springfield, 1993, *passim*, 71 pp.
[157] *Vid. infra*, Primera Parte, Capítulo III.

independiente de que se tipifiquen o no delitos consistentes en *discursos* del odio, ya que surge como consecuencia de agravar la responsabilidad penal de quienes cometen *crímenes* de odio. Sean o no discursos.

Dicho de otra manera, se superponen respecto de los discursos del odio dos debates:

a) De un lado, puede manifestarse el *hate debate*, o "si existe un fundamento para agravar la pena por la comisión de un delito si su autor lo comete guiado por determinadas motivaciones".

b) Y, de otro, el denominado *hate speech versus free speech debate* ("el debate del discurso del odio frente a la libertad de expresión"). Esto es, "si puede ser considerada delictiva una mera manifestación". Aquí no revisten importancia las motivaciones del autor, al menos no para el núcleo del debate. La cuestión radica en que se *sancionen* formas de expresión; que pueda conculcarse el Derecho a la libertad de expresión.

Precisamente por ello, se trata de dos debates distintos: *agravar* las sanciones penales por la *motivación* del autor y *sancionar* penalmente *expresiones*. Al otro lado del Atlántico, el acento del segundo debate se pone en la posible vulneración de la Primera Enmienda, por atentar la tipificación de los discursos del odio contra la libertad de expresión, y *no tanto* en el hecho de que sean unas u otras las motivaciones de quien profiere la expresión. No se debate que proceda una sanción penal (agravada) por las motivaciones del autor al cometer su delito: lo que genera esta polémica es que deba limitarse la libertad de expresión, ya sea mediante sanciones civiles o penales, agravadas o no. De hecho, la discusión es sustancialmente idéntica cuando se debate sobre la posibilidad de sancionar el *sex speech* (concepto en el cual entraría un piropo

retrechero)[158], o incluso las restricciones legales que afectan a la pornografía[159]. El debate del *hate speech versus free speech* se insertaría, por lo tanto, en la clásica polémica sobre los límites de la libertad de expresión[160], y no en el debate sobre la posibilidad de que las motivaciones del autor agraven su responsabilidad penal.

Es este último debate el que nos interesa a efectos del artículo 22.4ª CP, por lo que el concepto del *hate speech* podría quedar fuera de nuestro análisis. Sin embargo, al superponerse en un determinado punto esta discusión a la del llamado debate del odio (pues no en vano, de *odio* es el discurso que se sanciona), ahondaremos en ella con el fin de adelantar algunas cuestiones y facilitar su posterior desarrollo.

En EE.UU., la doctrina ha constatado que existe una divergencia con las posturas mayoritarias de otros ordenamientos de su entorno, donde este debate no es tan pronunciado, afirmando que el *free speech versus hate speech debate* es inherentemente propio a su ordenamiento. Comúnmente se atribuye a que en la configuración de su ordenamiento jurídico, la libertad de expresión ocupa un lugar más "destacado" que en los ordenamientos europeos, y de ahí que sea su

---

[158] Un debate que ya nuestra doctrina civilista superó hace tiempo, al admitir que existe un canon de continencia de la libertad de expresión, esto es, una regulación y unos límites. *Vid*. ALMAGRO NOSETE, "Expresiones degradantes de contenido sexual", *DLL*, 2011 (http://diariolaley.laley.es, 25/08/11).

[159] *Vid*. FISS, *The irony of free speech*, 1996, *passim*, 98 pp. Un enfoque ya efectuado por nuestra doctrina civilista: "*Tómese como ejemplo la libertad de expresión: nadie duda que criticar, incluso con dureza verbal, a los políticos forma parte del contenido del derecho, del mismo modo que insultar sin más a otra persona no forma parte de aquél; pero la respuesta ya no es tan obvia cuando se trata de publicidad comercial, pornografía, expresiones de odio, financiación privada de partidos políticos, etc.*" *Vid*. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Desarrollo y regulación de los Derechos Fundamentales", *RATC*, 2001 (www.westlawinsignis.es).

[160] No por clásica, imprescindible. Especialmente si partimos de una concepción del Derecho penal atendiendo a la noción de "poder comunicativo" expuesta por GÜNTHER, "Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis", ROSENFELD/ARATO (eds.), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, 1998, pp. 234-254. Básicamente, los ciudadanos pueden cuestionar las normas a través del libre ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, cuando optan por cuestionarlas cometiendo delitos, en lugar de expresándose libremente para intentar cambiarlas, se justifica la intervención del Derecho penal. Al criminalizar una forma de expresión, podemos así adentrarnos en un ámbito peligroso, pues podría estar sancionándose el único mecanismo aceptable (el diálogo) para mostrar el desacuerdo con la norma.

legislador más reacio a sancionar (civilmente incluso) discursos, aunque inciten indirectamente al odio, como muestra su despenalización de los llamados *fighting words*[161]. Tampoco debe obviarse que el debate sobre el discurso del odio se genera allí en los años 20 del pasado siglo, cuando colisionan las pretensiones de los defensores de Derechos de colectivos católicos y judíos con la recién constituida ACLU, que defendía la vigencia de la Primera Enmienda para amparar los discursos antisemitas del Presidente Henry Ford o del KKK. Entonces, los tribunales dieron la razón a la ACLU, pero el debate emergió nuevamente con fuerza a partir de 1980[162].

Las posturas más radicales, en un guiño *orwelliano*, han llegado a afirmar que la sanción del *hate speech* ensalzaría una forma de *Newspeak*[163] y que la sanción penal del discurso del odio es una forma de censura incompatible con la Primera Enmienda[164]. Por el contrario, quienes abogan por su sanción arguyen que el discurso del odio incita a la comisión de delitos de resultado, o la fundamentan porque "en ocasiones debemos bajar el volumen de la voz de algunos para poder escuchar las voces de los demás"[165]. En particular, se ha llegado a afirmar que suponen incitación indirecta, apología o pretendida justificación para una determinada clase de delitos: los crímenes de odio. Dado que el discurso del odio es una modalidad de crimen de odio, podría fundamentarse tanto el hecho de que se sancione una forma de expresión como que se haga de forma agravada en que el discurso del odio *es* un crimen de odio

---

[161] Sin ánimo de extendernos, este concepto hace referencia a "expresiones provocadoras" que podían ser objeto de sanción en algunos casos. En 1990, unos jóvenes quemaron unas cruces, al estilo intimidatorio del KKK, frente a la casa de una familia afroamericana. Finalmente, la Corte Suprema concluyó en 1992 que, si bien éticamente reprobable, era inconstitucional la normativa (*St. Paul, Minnesota's Bias-Motivated Crime Ordinance*) que sancionaba tales conductas. *Vid*. AMAR, "The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul", *FSS*, 1992 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1039, última consulta: 15/11/2011).

[162] *Vid*. WALKER, *Hate Speech. The History of an American controversy*, 1994, pp. 17-37 y 127 y ss. Obviamente, ese "resurgir" del debate sobre los límites de la libertad de expresión puede explicarse debido a que fue "arrastrado" por el nacimiento, en esas fechas, del *hate debate*.

[163] El lenguaje "políticamente correcto" de la novela *1984* de ORWELL. *Vid*. FALLON, "UK-USA: The British Character of America", *TSC*, 2001, pp. 91-95.

[164] *Vid*. WOLFSON, *Hate speech, sex speech, free speech*, 1997, p. 47 y ss.

[165] FISS, *The irony*… op. cit., p. 18: "*Sometimes we must lower the voices of some in order to hear the voices of others*".

que, *además*, incita de un modo u otro a la comisión de otros crímenes de odio[166].

Como puede apreciarse, esa lógica argumentativa reconduce la discusión sobre el discurso del odio a un ámbito que excede el del debate sobre los límites de la libertad de expresión. En efecto, y puesto que allí "discurso del odio" podría aplicarse a un delito de injurias cometido "por motivos discriminatorios", es difícil desligar los dos precitados debates.[167] El llamado *hate debate* se superpone por una razón evidente: los discursos del odio *son* crímenes de odio. Eso significa que para justificar la sanción de estos discursos, conforme a su concepción estadounidense, no basta con justificar la *sanción* misma. No bastaría con determinar la existencia de un bien jurídico protegido, como hizo la STC nº 235/2007, o con afirmar que, en lo que al discurso del odio respecta, no se estaría sancionando una manifestación ideológica hecha pública, sino la aprobación de comportamientos delictivos[168]. En ordenamientos como el estadounidense, si estuviera tipificado un delito de injurias, y éstas fueran proferidas por motivos discriminatorios, podría serle de aplicación una circunstancia agravante análoga a nuestro artículo 22.4ª CP. Eso nos permitiría catalogar dicha conducta como un crimen de odio. Y al ser un crimen de odio consistente en una manifestación, sería asimismo un discurso del odio. Para justificar la pena, no bastaría, como decíamos, con fundamentar la sanción. Aunque se fundamentara que el honor es un bien jurídico digno de protección penal, ello sólo implicaría que sería justo sancionar una clase de discurso (tomando así posición en el *hate speech vs. free speech debate*). Pero no el hecho de que se agravara la sanción penal del autor del delito de injurias debido a sus motivaciones. También es por ello preciso justificar la *agravación de la sanción por*

[166] En este sentido, CORTESE, *Opposing Hate Speech*, 2006, 235 pp.
[167] Así, se ha llegado a argumentar que sólo si el autor del discurso del odio actúa por motivos discriminatorios, será penalmente sancionable dicho discurso. Es decir, que sólo es penalmente relevante el discurso del odio si es un crimen de odio, y para que lo sea, se exigiría motivación específica del autor al proferir sus expresiones (*vid.* WHILLOCK/SLAYDEN, *Hate Speech*, 1995, 294 pp.).
[168] Lo cual no plantearía excesivos problemas de legitimidad, siempre que se limite la sanción a supuestos muy graves, *vid.* IÑIGO CORROZA, "Caso de la Librería Europa", SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, pp. 613-631.

las motivaciones del autor. Por eso, aunque se trate de dos debates diferenciados, en EE.UU. la doctrina se llega a posicionar de forma conjunta, afirmando que una de las razones por las que se pueden establecer límites a la libertad de expresión es porque el discurso del odio es un crimen del odio, remitiendo así el razonamiento de la fundamentación (de la sanción del discurso del odio y, en su caso, de su agravación) al *hate debate*, y no tanto al *free speech versus hate speech debate*[169]. Se trata de una confusión en la que debemos evitar vernos inmersos.

En los ordenamientos europeos, donde se asume con menor fricción que se establezcan límites (en forma de sanciones) a la libertad de expresión[170], se han diferenciado claramente los dos debates. El debate de los discursos del odio como límite a la libertad de expresión se ha solventado jurisprudencialmente en España, y se encuentra desde el principio desligado del llamado "debate del odio". Al margen de que también en Europa exista cierta polémica en torno a sancionar penalmente algunos discursos del odio, relacionados con la negación del holocausto judío u otros genocidios[171], no se entrelaza esa discusión con el

---

[169] *Vid*. en este sentido GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, 2002, pp. 49 y ss.

[170] Puede consultarse un estudio jurisprudencial sobre esta cuestión en WEBER, *Manual on Hate Speech*, 2009, 99 pp. Esencialmente, en Europa, rara vez se niega de plano que puedan sancionarse penalmente algunas manifestaciones. El debate radica en delimitar cuándo existe un "discurso del odio", que es punible (asumiendo, a diferencia de EE.UU., que este concepto se refiere a conductas necesariamente típicas), y cuándo se trata de un discurso amparado por el Derecho fundamental a la libertad de expresión. Por supuesto, esta delimitación no está exenta de polémica, como muestra la STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón c. España, que falló a favor del primero, al considerar que definir al Rey de España como "responsable y protector de la tortura" no podía calificarse como un discurso del odio. También es cierto, como señala ALCÁCER GUIRAO, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", *RECPC*, 2012, pp. 4-12; que la postura del TC no es idéntica a la del TEDH, pues en nuestro sistema no se ha consagrado un modelo de "democracia militante". Sin embargo, incluso posturas tan garantistas para con la libertad de expresión admiten un reducto de sanción penal para el discurso del odio "*que suponga una provocación directa a la violencia*" (*idem*, p. 30).

[171] En España, ese debate se saldó con la supresión de la expresión "o nieguen" del artículo 607.2 CP. Sin embargo, en Francia, la polémica sigue siendo de plena actualidad. En el país vecino, se sancionaba penalmente la negación del holocausto judío (exclusivamente, de los hechos acaecidos durante el *III. Reich*). A raíz de algunos trabajos universitarios, que negaban la existencia misma de las cámaras de gas, se tipificó el delito de "contestación" de los crímenes contra la Humanidad en el artículo 24 bis de la Ley de libertad de prensa de 1881 (*vid*. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 2008, pp. 22-23). Esta inclusión se produjo mediante ley de 13 de julio de 1990, como parte de la misma corriente que supuso la introducción de nuestra circunstancia agravante. Recientemente, fue aprobada por el Senado francés una ley que incluía en dicho

hate debate, sino que suele ceñirse al debate sobre los límites de la libertad de expresión. Así, aquí ha sido asimilado el concepto de "discurso del odio" sin contar entre sus elementos definitorios el hecho de que el autor actúe con una determinada motivación[172]. Por eso no suele considerarse "discurso del odio" un delito de injurias al que pudiera ser de aplicación el artículo 22.4ª CP.

Dicho lo anterior, conviene no perder la perspectiva: que sea de aplicación el artículo 22.4ª CP no implica la existencia de un discurso del odio, del mismo modo que esta circunstancia agravante no revestía las mismas características que los delitos tipificados por la LO 4/1995, de 11 de Mayo, que la introdujo en nuestro ordenamiento conjuntamente con unos delitos que sí serían, *a priori*, discursos del odio. Existen así en nuestro ordenamiento delitos que pueden considerarse discursos del odio y que no requieren haber sido cometidos por una determinada motivación para que así se consideren[173].

El debate sobre el fundamento de sancionar manifestaciones no amparadas por la libertad de expresión no es el que aquí nos interesa. Lo que afecta al artículo 22.4ª CP es el debate sobre la posibilidad de sancionar penalmente conductas de forma agravada (con independencia de que se trate de delitos de clima, de peligro o de resultado) debido a las motivaciones del autor. Permitiéndonos exponer una obviedad, nuestro análisis versa sobre una circunstancia agravante

---

precepto, como conducta penalmente típica, la negación del genocidio armenio durante la Primera Guerra Mundial, lo cual reavivó la polémica (noticia del diario Le Monde, "*Le Parlement adopte la loi sur le génocide arménien*", 23/01/12). No versa tanto allí el debate sobre los límites de la libertad de expresión, sino que se encuentra más vinculado a la polémica de que el Legislador se inmiscuya en la libre investigación científica de los historiadores, o a la limitación del delito – hasta ahora – a la negación del genocidio *judío* (sobre esta polémica, *vid*. GARIBIAN, "Pour une lecture juridique des quatre lois «mémorielles»", *Esprit*, 2006, pp. 158-176). En cualquier caso, a diferencia de EE.UU., tampoco se niega de plano que puedan sancionarse discursos, sino más bien lo que debe ser considerado un discurso penalmente relevante, como lo son los de odio. Así, PÉREZ DE LA FUENTE, "El enfoque español… *op. cit.*,, pp. 133-155, pondría el listón de la *ultima ratio* que justificaría la sanción penal en supuestos de "recalcitrantes odiadores" como el del conocido "caso Keegstra" (en el que un profesor de una escuela pública canadiense instruía en antisemitismo a sus alumnos, hasta el punto de examinarles sobre sus ideas).

[172] Como excepción, el artículo 510.1 CP, que admitiéndose como "discurso del odio" sí hace referencia a los motivos del autor.

[173] *Vid*. Capítulo precedente.

que se aplica a todo tipo de delitos. Por lo tanto, es posible que se aplique a delitos que consistan en manifestaciones, pero no es el estudio de esta posibilidad lo que nos permitirá dilucidar el fundamento de la agravación.

Aunque admitiéramos que el delito (que *todo* delito) es un acto expresivo/comunicativo - que en un homicidio el hecho puramente fáctico de que exista un cadáver porque el autor le asestó una puñalada es irrelevante, porque lo que importa es el efecto expresivo que matar a otro supone -; no puede negarse la diferencia entre actos de habla y actos que no lo son, si abandonamos concepciones causal-naturalísticas de la *acción*[174]. El discurso del odio, ya sea oral o escrito, comprende delitos caracterizados por emitir un determinado enunciado lingüístico: lo que confiere un significado a estos delitos no exige atender a los "hechos brutos", sino a los "hechos institucionalizados". No se trata de atender al hecho de que se mueva la laringe del autor o se deslice su mano asiendo un bolígrafo por una cuartilla. En efecto, no es el fenómeno físico lo más relevante para la comisión de estos delitos: al tratarse de delitos cometidos por *palabras*, es el complejo sistema formal de normas convencionales que rigen el lenguaje el que les dotará de significado.

Una vez clarificada esta cuestión, insistiremos en que cuando se sanciona el discurso del odio, dado que consiste en actos de habla, se produce una potencial incidencia en el Derecho a la libertad de expresión, pero no es ese el núcleo del debate que nos importa: lo que nos importa es que el artículo 22.4ª CP se aplicará *también* a delitos que no se cometan a través del uso del lenguaje.

Si asumimos que en EE.UU. el *hate speech* es una subcategoría de *hate crime*, no sólo surgen problemas de fundamentación de la sanción penal como límite a la libertad de expresión, sino también de la agravación de dicha sanción por las motivaciones del autor. De hecho, en el precitado informe del Departamento de Comercio de 1993 se planteaba al Congreso estadounidense como ejemplo de

[174] Sobre esta cuestión, ampliamente RUIZ ANTÓN, "La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", *ADPCP*, 1998, pp. 5-34.

este dilema (de esta doble consideración de los discursos del odio como crímenes de odio) el supuesto de agravación ya previsto en la legislación de Wisconsin[175]. Concretamente, en lo que se refería a la circunstancia agravante allí presente, análoga a nuestro artículo 22.4ª CP, que se podría por supuesto aplicar a delitos consistentes en realizar manifestaciones.[176] Esa circunstancia agravante es uno de los escasos ejemplos en el Derecho comparado que pueden asimilarse a nuestro artículo 22.4ª CP y que, de aplicarse a delitos de injurias, al verse agravados por su aplicación, se convertirían al mismo tiempo en *hate speech* y *hate crime*.

Llegados a este punto, el análisis del discurso del odio ha sido de utilidad para clarificar ese concepto (*hate speech*), adelantar algunas cuestiones y, especialmente, para desligarnos del debate sobre los límites de la libertad de expresión. Pero para entrar en el *hate debate*, obviamente es necesario detenernos en el concepto nuclear: los *hate crimes*, en ocasiones denominados *bias crimes*.

---

[175] BROWN/IRVING, *The Role of Telecommunications... op. cit.*, p. 35.
[176] *Vid. Wisconsin's Penalty-Enhancement Statute* §939.645 (1991-1992).

4. Crímenes prejuiciosos y motivación discriminatoria (*bias crimes*).

La traducción literal de *bias* sería prejuicio[177], por lo que los *bias crimes* vendrían a ser los "crímenes prejuiciosos". Esto es, los que comete el autor guiado por un determinado prejuicio (por ejemplo, hacia quienes tienen una determinada orientación sexual o pertenecen a una etnia distinta a la suya). Sin embargo, el concepto de prejuicio no abarca de forma suficiente el significado de los *bias crimes*, al no bastar cualquier clase de "prejuicio" genéricamente entendido[178]. En este epígrafe, nos adentraremos en un estadio más próximo al del núcleo del llamado "debate del odio", pues lo cierto es que nos encontramos, a la hora de analizar el concepto de *bias crime* confrontado al de *hate crime*, ante una aparente cuestión de mero "etiquetado". De forma significativa, reproduciremos una definición de *bias crime* elaborada por el FBI, que goza de cierta popularidad a nivel doctrinal anglosajón[179]:

> "*Una infracción penal cometida contra una persona o propiedad*[180] *que está motivada, total o parcialmente, por el prejuicio* [bias] *del autor contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional; también conocidos como Crímenes de Odio* [hate crimes]".

En Europa, se ha asimilado esta misma ecuación (motivación prejuiciosa, más comisión de un delito, igual a crimen de odio). Así, señala la OSCE:

> "*La motivación prejuiciosa hace referencia a las ocasiones en las que la motivación de un infractor está motivada, en todo o en parte, por su prejuicio. Un prejuicio se define aquí como una opinión o actitud prefigurada negativa hacia una o varias personas basada en su identificación real o supuesta con un grupo. Si una víctima de un delito es seleccionada de manera intencionada sobre*

---

[177] En el lenguaje jurídico anglosajón, se emplea con habitualidad el término *bias* en este sentido, si bien algo matizado en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, al referirse al llamado *advocate's bias*, el "prejuicio" (más bien, la "parcialidad") que tiene el abogado al llevar un asunto, lo cual dificultaría que pudiera analizarlo de forma desapasionada. *Vid*. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, 2009, p. 183.

[178] Es decir, entendido como opinión apresurada acerca de algo que se conoce mal ("juzgar las cosas antes de tiempo"). Este prejuicio genérico no es el que específicamente, a efectos de los crímenes de odio, nos interesa.

[179] *Vid*. MCDEVITT *et al*., "Improving the quality and Accuracy of bias crime statistics nationally", PERRY (ed.), *Hate and Bias crime. A reader,* 2003, p. 77.

[180] Destacaremos el hecho de que la definición del FBI reduzca el ámbito de los *bias crimes* a los delitos contra las personas y la propiedad, restricción que estaba presente en la redacción conferida por nuestro Legislador a la agravante en su versión inicial (artículo 10.17 ACP).

la base de esta motivación, podemos decir que se ha cometido un delito de odio."[181]

Se plantea, pues, una pregunta clave: si los conceptos de *bias crimes* y *hate crimes* son sinónimos para designar una misma clase de delitos, pudiera carecer de sentido dedicar el presente epígrafe a esa denominación (*bias crime*). Aparentemente, se antojaría más expedito adentrarnos directamente en la definición conceptual de los *bias/hate crimes* como concepto unitario e indiferenciado. Sin embargo, reviste suficiente importancia el hecho de que en muchas ocasiones se prefiera el término *bias crimes* para referirse a estas conductas como para que dilatemos un poco el análisis del concepto "crimen de odio". Merece el tiempo a emplear porque la necesaria concurrencia del prejuicio en los crímenes de odio, la idea de un "motivo prejuicioso", nos permitirá reconducir el análisis de esta clase de conductas a los "motivos discriminatorios" a los que se refiere el artículo 22.4ª CP. Así pues, detengámonos en la idea de *bias*. Siguiendo con la lógica conceptual del FBI, sería:

"*Una anticipada opinión o actitud negativa hacia un grupo de personas basándose en su raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional*"[182].

Es decir: un prejuicio, en la ya consolidada acepción de ALLPORT[183]. Sin embargo, el *quid* de la cuestión radica en la naturaleza del prejuicio: ¿puede ser

---

[181] *Vid*. el análisis de las estadísticas remitidas a la OSCE por los Estados miembro en IBARRA/STROHAL *et al*., *La lucha contra los Delitos de Odio en la región OSCE*, 2005, p. 21.

[182] Definiciones – de traducción propia - de *bias* y *bias crimes* extraídas de *Hate Crime Data Collection Guidelines*, 1999, disponible en http://www.fbi.gov (fecha de consulta: 17/09/11). Es preciso señalar que, tras la promulgación el 23 de Octubre de 1990 de la *Hate Crime Statistic Act*, el FBI ha venido realizando estudios estadísticos anuales sobre los crímenes de odio (tipo de víctimas, etc.). Su documentación e informes pueden consultarse en http://www2.fbi.gov/ucr/hc2009/abouthcs.html.

[183] El concepto de prejuicio (*prejudice*), sufrió un importante vuelvo tras esta clásica obra (*vid*. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, 1954, *passim,* 537 pp.). Así, pasó a referirse no sólo al hecho de llegar precipitadamente a conclusiones o dogmas sin el preceptivo razonamiento previo, sino también a que partiendo de razonamientos erróneos se estereotipe a sujetos atribuyéndoles determinadas características ("los judíos son avariciosos", etc.). Este autor fue quien apuntó la interrelación existente entre el prejuicio (empleando ya su actual sentido como *bias*) y la discriminación, que sería de causa/efecto. Esta noción de prejuicio, en tanto que origen de formas de discriminación, es la que asume la doctrina anglosajona al emplear el término en los *bias crimes*.

delictivo un prejuicio? Si el prejuicio es un mero pensamiento no exteriorizado, no hay hecho, *ergo* no puede ejercer un Estado liberal-democrático su Derecho penal *del hecho*: el pensamiento no delinque[184], ni "paga aduanas" (*Gedanken sind Zollfrei*). Ello no significa que el prejuicio no genere suspicacias[185] en el ámbito penal: la psicología del testimonio ha mostrado cómo uno de los principales fallos de la memoria humana (y por lo tanto, de la ausencia de credibilidad de una declaración) deriva del prejuicio del testigo hacia el objeto de su deposición[186], y el análisis conductual del Derecho ha propuesto mecanismos de neutralización (*debiasing*) del prejuicio (manifestado a través de sesgos cognitivos) que pudiera tener el propio juzgador.[187]

---

[184] Retomando el conocido aforismo de ULPIANO (Digesto, 48, 19, 18): *cogitationis poenam nemo patitur.* Debe entenderse que se refería el precitado autor a los pensamientos sobre actos que sí son punibles [PEREIRA-MENAUT, *Topica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, 2010, p. 91]. Esto es, que el prejuicio, en tanto que pensamiento previo acerca de algo, no puede ser delictivo mientras no se exteriorice. Una vez manifestado externamente, sería ya algo más que el prejuicio, pues habría un hecho (incluso aunque sólo fueran palabras, como en el *hate speech*). Por supuesto, ello no quiere decir que el prejuicio sea éticamente irrelevante, o incluso que no sea negativo. El rechazo al prejuicio es la constante de una larga tradición filosófica que se remonta al mito de la caverna de PLATÓN (*La República*, Libro VII). Pero, mientras sólo sea pensamiento, aunque sea reprobable ("*mal* pensamiento") no delinque, como así expresara de forma elocuente la Séptima Partida, Título XXXI, Ley II ("*Como el ome non debe recebir pena por mal pensamiento que aya en el coraçon solo que no lo meta en obra*"): "*porque los primeros mouimentos de las voluntades non son en poder de los omes*". Añade esta perspectiva un factor a considerar. De un lado, podemos entender que los pensamientos no delinquen porque no son *hechos* exteriorizados, porque un Derecho penal moderno no puede sancionar la actitud interna del autor. Pero, de otro lado, la precitada ley del siglo XIII no considera que el pensamiento (el prejuicio) no delinca sólo porque no se haya exteriorizado. La cuestión más bien radicaría en que, al ser una pulsión primaria del ser humano el tener "malos pensamientos" (digamos, "emociones negativas") no puede ser hecho responsable de los mismos; en lo que vendría a ser una visión mecanicista de las emociones humanas (*vid. infra*, Primera Parte, Capítulo IV.2).

[185] Lo cual, irónicamente, supondría que existe un "prejuicio contra el prejuicio" (*bias against bias*). Existe cierta tendencia en considerar el prejuicio como algo malévolo, hasta el punto de que afirmar que alguien tiene prejuicios conlleva connotaciones despectivas. Esta tendencia ha sido criticada, no sólo porque el prejuicio es consustancial al ser humano (una máquina, en efecto, suele calificarse como incapaz de prejuzgar), sino porque el supuesto "asepticismo moral" que pretende alcanzar es, sencillamente, irrealizable: nada que provenga de un ser humano está a salvo de prejuicios – incluida, por desgracia, la investigación científica – (*vid.* VINCENT, *History*, 1995, p. 77 y ss.). Aplicado lo anterior a la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP, calificar como "crimen prejuicioso" una conducta típica carecería en parte de rigor, pues en la psique criminal del autor de todo tipo de delitos – no sólo de los de odio - siempre residirá algún prejuicio. Es por ello que además del odio y el prejuicio, debe converger el tercer elemento clave de los *bias/hate crimes*: el componente discriminatorio, al ser el "prejuicio" que les caracteriza el conceptualmente desarrollado por ALLPORT (*The Nature… op. cit., passim.*), y no el concepto genérico del lenguaje común.

[186] TVERSKY/MARSH, "Biased Retellings of Events yield Biased Memories", *CP*, 2000, pp. 1-38.

[187] Lo cual se traduciría a efectos normativos, por ejemplo, en la separación entre las funciones de instrucción y enjuiciamiento. Aunque la problemática de los sesgos cognitivos excede el

Es más, conviene resaltar que el prejuicio suele ser tildado de actitud *negativa*. Desde el prisma de la psicología social, una actitud sería "*una asociación objeto-evaluación en la memoria*", que "*orienta siempre a la persona hacia el objeto al que hace referencia*" y "*connota ese objeto de forma positiva o negativa*", aunque pueda llegar a ser modificada[188]. El debate surge a la hora de determinar qué elementos influyen en la génesis de la actitud. Puede hacerse hincapié en el componente afectivo/emocional (como el odio), o en el componente cognitivo (las creencias "prejuiciosas", como lo son las racistas), admitir que son ambos los que la configuran, etc. El hecho de que el elemento afectivo esté presente en la actitud (y consecuentemente, en la conducta) muestra la clara vinculación entre el odio - dado su carácter emocional, *ergo* afectivo - y el prejuicio. Así, si admitimos que es la creencia lo que determina una actitud, puede que el odio provenga de un prejuicio[189]. En cualquier caso, el prejuicio no es una realidad que pueda constatarse. Un sujeto puede tener un prejuicio y no saberlo nadie más, mientras no se exteriorice de alguna manera. Por eso, parece que con *bias crime* se pretende transmitir la existencia de algo más que el prejuicio en sí. Existe un factor adicional en la ecuación, puesto que si se habla de que un delito es "prejuicioso", significa que ha podido constatarse que el prejuicio existía: el prejuicio se ha materializado *ad extra*, como factor explicativo de la comisión de la conducta delictiva.

---

objeto del presente (sobre esta discusión en nuestro ordenamiento v*id*. ALONSO GALLO, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal", *InDret*, 2011, 30 pp.; EL MISMO, "Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal", AA. VV., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, pp. 31-47 y MUÑOZ ARANGUREN, "Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional", *NsXXI*, 2012, pp. 60-67), no quiero pasar por alto la dificultad que los crímenes de odio suponen para el juzgador, al margen del general problema de que el juzgador "*carece de legitimidad para someter al ciudadano al dictado de sus emociones – de sus manías, de sus prejuicios, de sus miserias -*", a pesar de pronunciamientos que, podría decirse, sugieren lo contrario (*vid*. SÁNCHEZ LÁZARO, "Sobre la irracionalidad de las intuiciones punitivas. Hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisoria", *DLL*, 2012, pp. 1-8, cit. p. 6). Sobre esta problemática en crímenes de odio, *vid. infra*, Segunda Parte, Capítulo IV.3.

[188] *Vid*., partiendo de las premisas de OSKAMP, FAZIO o DEVINE, lo expuesto por MORALES, "El prejuicio racial como actitud negativa"… *op. cit*., p. 11 y ss.

[189] *Vid*. esta opción en DEVINE, "Prejudice and outgroup perception", TESSER (ed.), *Advanced Social Psychology*, 1995, pp. 467-524

En efecto, en el caso de los crímenes de odio, el prejuicio se materializa en una conducta, que es lo que en esta clase de crímenes se llega a sancionar de forma agravada. Obviamente, el prejuicio, como todas las actitudes, sólo es inferible: no se trata de un comportamiento, no es un hecho exteriorizado[190]. Así pues, en los *bias crimes*, pese a su denominación, se está haciendo hincapié, no en el prejuicio en sí, sino en su materialización. Cuando, motivado por ese prejuicio, el autor de un delito pasa a la acción, ya no se trata de una mera opinión o pensamiento. En ese caso, hay una forma de trato negativo (la comisión de un delito) motivada por el prejuicio (la actitud, también negativa), que se exterioriza *ad extra* al materializarse el deseo de un mal (el odio del autor hacia una característica de su víctima, respecto de la cual se tiene el prejuicio). Si se cumplen esos parámetros, podría hablarse de "crimen prejuicioso", porque ha sido el prejuicio del autor el motivo por el cual ha cometido el delito. Si un sujeto no tuviera ningún prejuicio contra los judíos, difícilmente les odiaría *por ser* judíos, difícilmente cometería un crimen de odio contra un sujeto *por ser* judío. Por eso el prejuicio juega un papel clave en los crímenes de odio, y por eso se prefiere en ocasiones el término *bias crime* al de *hate crime*.

El pretender dotar de mayor importancia a la concurrencia del prejuicio que a la del odio, a la hora de conceptualizar estas conductas, no es cuestión baladí: la existencia de un prejuicio conlleva normalmente la voluntad del autor de conferir un peor trato por razón de la característica (la raza, la orientación sexual, etc.) que está prejuzgando. Si el autor de un crimen de odio actúa necesariamente guiado por su prejuicio, más que por una emoción irrefrenable, significa que ha evaluado la situación. Que su motivación era conferir un trato *peor*, no sólo por el daño que supone la comisión del delito, sino porque ese daño se justificaría internamente en su creencia de que, por revestir determinada condición, su víctima merecía el trato inferior que supone el delito.

[190] Lo mismo puede decirse de las opiniones, que podrían definirse como "creencias evaluativas", y que al igual que las actitudes –las cuales muchas veces se utilizan como sinónimos – no se exteriorizan. Sólo pueden inferirse, y no comprobarse, mediante la observación. *Vid*. OSKAMP/SCHULTZ, *Attitudes and Opinions*, 2009, *passim*.

En definitiva, y así se viene admitiendo, quien comete un *bias crime* actúa guiado por "motivos discriminatorios"[191], como aquéllos a los que se refiere el artículo 22.4ª CP.

Es importante delimitar correctamente esta noción de discriminación. En muchas conductas (no necesariamente delictivas) que pueden tener *efectos* discriminatorios, no concurriría el prejuicio que caracteriza a los *bias crimes*: no existiría *motivación* discriminatoria. Así, serían "conductas discriminatorias" que no vendrían inspiradas por "motivos discriminatorios", ya que lo que hace que un *motivo* lo sea es, precisamente, la existencia del prejuicio. Con el fin de facilitar la comprensión de lo que estamos exponiendo, diremos que es posible discriminar confiriendo un trato desigual a los iguales, pero que ello puede no tener que ver con un prejuicio en el sentido empleado al hablar de *bias crimes*. A efectos clarificadores, retomemos la clásica distinción de nuestro Tribunal Constitucional entre desigualdad y diferencia[192] (por todas, STC, Pleno, nº 75/1983, de 3 de agosto, MP Ángel Escudero del Corral):

> "*El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieren en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con*

[191] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, p. 24.
[192] Sobre la postura del TC respecto del llamado "*test* de desigualdad de trato", *vid*. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, pp. 276-291.

carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975."

Con base en esta doctrina, tratar de forma diferente a quienes lo son, siempre que esté justificado, no es conferir un trato desigual. *Ergo*, al no haber en esos casos afectación del contenido esencial del artículo 14 CE, no habría discriminación. Por el contrario, si *objetivamente* no estuviera justificado ese trato diferente, habría *efectos* discriminatorios. Sin embargo, puede que las motivaciones de quien confirió ese trato no fueran discriminatorias en absoluto: puede que valorara que ese sujeto era diferente a otros, y por eso debía conferirle un trato distinto, al estar justificado obrar así. Si erró en su razonamiento, se produciría discriminación con independencia de sus motivos, porque *los efectos se valoran de forma objetiva*, no atendiendo a la subjetividad de quien confiere el trato.

Demos un paso más allá, adentrándonos en la delgada línea que separa la diferencia de la desigualdad, a efectos de determinar el prejuicio al que se refieren los *bias crimes*. Sin ánimo de adentrarnos en demasía en una cuestión que excede nuestro objeto, se encuentra relativamente extendida en nuestro país una postura que aboga por la desigualdad como principio digno de protección por parte del ordenamiento. Una postura elitista intelectual/meritocrática que, apelando incluso a las leyes de la genética de MENDEL, sostiene que unos sujetos son más válidos que otros, y que por ello no hay que tratarlos igual. Que sostiene que "*no es bueno cultivar el odio sino el respeto al mejor, no el rebajamiento de los superiores*"[193]. En síntesis, que ante mejores cualidades, es justo y deseable que se confiera un trato diferente y, en

[193] *Vid*., a título de ejemplo sobre "*el natural instinto a desigualarse*", M. RAJOY BREY, "Igualdad Humana y Modelos de Sociedad", El Faro de Vigo, 4 de marzo de 1983; y "La Envidia Igualitaria", El Faro de Vigo, 24 de julio de 1984.

definitiva, mejor. Puede que en la génesis de esta postura exista un prejuicio, entendido como conclusión precipitada (que existen cualidades genéticas *mejores* que otras, que son *evaluables*, etc.), pero en sí misma no conlleva un prejuicio en el sentido en que se utiliza al hablar de *bias crimes*. Bien es cierto que hay un paso desde ese peligroso razonamiento para que así sea, sin ser preciso recordar doctrinas que en tiempos no tan remotos llegaron a fundamentar complejos sistemas de Derecho penal basados, no en los hechos que fueran punibles, sino en la "*comprensión genética*" del autor[194]. Así, podría afirmarse, a partir de esa postura, que determinadas características genéticas hacen que un sujeto sea inferior, y que por ello el trato inferior respecto del mismo estaría justificado y no sería desigual ni, por ende, discriminatorio.

Sin embargo, falta ese paso del que hablábamos, y no necesariamente quien defiende el trato desigual por méritos está consagrando en su discurso un prejuicio entendido como "anticipada opinión o actitud negativa hacia una persona basándose en su raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional", por mucho que los efectos de ese discurso fueran discriminatorios. Supongamos que un sujeto tiene un prejuicio y cree que existen diferencias que justifican un trato diferente. Ese sujeto es un estudiante universitario con excelentes calificaciones, y se encuentra sentado en clase junto a otro sujeto con muy malas notas. El buen estudiante, con base en su prejuicio, cree que es genéticamente superior a su compañero, y que sus mayores aptitudes le confieren ciertos "privilegios" sobre él. Así, en un descuido, hurta la carísima "tableta" (o *tablet*) de éste. Aunque el autor actúe guiado por un prejuicio (la creencia anticipada de que es genéticamente superior por sus resultados académicos; que va a sacarle mayor partido al dispositivo que su compañero, que como obtiene bajas calificaciones no lo empleará para nada provechoso, etc.), no es suficiente para hablar de *bias crime*. No hay en ese caso motivos discriminatorios hacia ningún estereotipo.

---

[194] *Vid.* el segundo informe de Edmund MEZGER al "Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad" en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo,* 2003, p. 237 y ss.

En efecto, falta "algo" para que el prejuicio sea aquél que concurre en la psique del autor de un "crimen prejuicioso". Ese "algo" que caracteriza esta modalidad de prejuicio es la asunción por el autor del *bias crime* de un *estereotipo configurado conforme a una condición personal* (como la raza, la orientación sexual, etc.). Es la visión estereotipada que ejemplifica la condición personal en cuestión lo que permite la génesis del prejuicio hacia la víctima. El estereotipo juega un papel determinante en las actitudes de los seres humanos, tanto a nivel social como individual. La actitud hacia una persona, por ejemplo, puede depender en mayor medida de las características del estereotipo al que se asocia al sujeto en cuestión que de la realidad social de quienes comparten esa peculiar característica o de sus demás características individuales. Así, el estereotipo se encuentra en la base de diversos fenómenos, entre los que destacan los llamados pánicos morales (*moral panics*)[195]. Muchos de estos "pánicos morales" que se generan a nivel social se encuentran, a su vez, en la génesis de conductas discriminatorias (por ejemplo, xenófobas: el estereotipo del inmigrante delincuente genera un pánico social xenófobo) que pueden derivar igualmente en conductas incluso violentas[196], entre las cuales se encontrarían los crímenes de odio. Por otra parte, el estereotipo reviste tal influjo en nuestra psique, que no es necesaria la preexistencia de ese pánico social: él mismo se basta para explicar el prejuicio inherente a un *hate crime*. Pero no suele ser suficiente con que concurra cualquier estereotipo para que se genere el prejuicio propio de los *bias crimes*: tiene que ser de tal naturaleza que tienda a la deshumanización de su objeto. Al menos, atendiendo a la fenomenología habitual de esta clase de delitos.

En efecto, el estereotipo puede tender únicamente a "infantilizar" a quienes

---

[195] Lo cual sería, conforme a COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*, 2011, p. 1 y ss.; la reacción social de pánico ante un episodio, condición, persona o grupo de personas que han sido definidos como una amenaza para los valores e intereses de la sociedad.

[196] *Vid*., sobre estereotipo, discriminación y pánicos morales, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, p. 81 y ss.

revisten una determinada característica ("los negros son vagos y débiles mentales, así que la esclavitud es su medio de supervivencia", "las mujeres son inmaduras e irracionales, por lo que es justo limitar su capacidad de obrar", etc.). Sin embargo, si bien esa clase de estereotipo puede dar lugar a comportamientos discriminatorios, no necesariamente se tratará de crímenes de odio. Aunque esta distinción entre estereotipos "deshumanizadores" e "infantilizadores" no es definitiva, pues al ser gradual parece difícil establecer el punto en el que se pasa de uno a otro, se emplea en ordenamientos anglosajones a efectos criminológicos para explicar la comisión de crímenes de odio. Así, el prejuicio que puede derivar de un estereotipo infantilizador no sería suficientemente fuerte. En los crímenes de odio, el estereotipo no tiende a infantilizar, sino a deshumanizar a la víctima debido a su característica. Por ejemplo: el estereotipo del homosexual alegre y despreocupado, que vive entre fiestas y disfraces, normalmente genera cierta condescendencia (es un estereotipo infantilizado). La visión del homosexual como un ser vicioso, amoral, que pervierte a los niños y es fuente de contagio de enfermedades venéreas es un estereotipo que le deshumaniza. Es esta segunda clase de estereotipo la que generará un prejuicio más intenso, y normalmente será ese prejuicio el que se encuentre en la base del deseo de un mal a la víctima por revestir, supuestamente, las connotaciones negativas del estereotipo al que se la asocia.

Conviene recalcar que el perfil "clásico" (no necesariamente el más habitual) de autor de un crimen de odio se caracteriza por la convicción de que está cumpliendo una misión trascendente para los intereses de su raza, género o religión. Su conducta le exige una justificación que, normalmente, encuentra en el estereotipo: su víctima no era realmente humana, sino una amenaza para quienes comparten las características (el "estereotipo positivo") del autor. El delito no era tal en la psique del autor, porque estaba justificado para librar a la sociedad de alguna supuesta amenaza; de forma meditada, debido a algún incidente personal (algún encuentro desafortunado con miembros del colectivo

al que pertenecía la víctima, generador de alguna clase de resentimiento) o desde una visión lúdica de su "misión" (véase la desgraciada expresión de algunos *skinheads*, "irse de caza", para referirse a sus agresiones). En muchas ocasiones, el prejuicio, cual *uróboros*, se origina en el estereotipo y en el estereotipo encuentra su justificación.[197]

En cualquier caso, partiendo de la noción de "estereotipo negativo" se han introducido también en nuestro ordenamiento los conceptos de prejuicio y motivos discriminatorios como elementos definitorios de los delitos de odio. Concretamente, se ha afirmado que el estereotipo es un elemento esencial para la llamada "dinámica del odio", es decir, para que el odio que siente el autor de un *bias crime* se concrete *ad extra* en el hecho delictivo. Sólo a través del estereotipo es posible lograr la deshumanización de la víctima en la psique de un sujeto, siendo normalmente ése el punto en el que el autor de un crimen de odio pasa a la acción[198].

Supongamos que un sujeto tiene un prejuicio (*ad exemplum*: "la homosexualidad es negativa para el correcto funcionamiento de la sociedad, y por ello *desearía* que los homosexuales fueran exterminados"). Mientras el deseo de ese mal – ese *odio* – no se materialice *ad extra* de su psique, no puede estar cometiendo ningún delito, aunque el prejuicio (actitud negativa y estereotipo) sea ya

---

[197] Sobre el rol del estereotipo en los crímenes de odio, *vid*. ampliamente LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit*., pp. 27-35 y 77-98.

[198] La interrelación entre odio, prejuicio, estereotipo y discriminación ha sido introducida en nuestro ordenamiento de forma similar a la expuesta por LEVIN y MCDEVITT (*vid*. *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 133: "*La Intolerancia se fundamenta en el prejuicio, un juicio previo que está basado en generalizaciones defectuosas e inflexibles (estereotipos); puede ser dirigida al grupo como un todo o a un individuo como miembro de dicho grupo; entre sus manifestaciones destacan el rechazo y exclusión del diferente, la subalternidad o categorización de inferioridad del considerado distinto y el etnocentrismo o consideración de superioridad cultural o étnica de un grupo frente a otros. Un conocimiento defectuoso, alejado de la realidad científica y sustentado en una dinámica prejuiciosa puede conducir desde la difamación de personas y colectivos hasta su exterminio, como en repetidas ocasiones nos muestra la historia de la humanidad.* […] *La dinámica del odio es letal. De entrada no considera a los seres humanos en su individualidad, comienza por "estereotipar" al otro, al diferente, al distinto. A partir de ahí las personas estereotipadas son sometidas a un proceso de "deshumanización" alimentado por prejuicios y falsas imágenes que calan en el subconsciente social (ejemplo: los inmigrantes son delincuentes, los negros poco inteligentes, los homosexuales son enfermos, los judíos avaros, los gitanos son traficantes, los musulmanes terroristas, los minusválidos una carga inútil, etc.).*"

existente. Ahora bien, si el sujeto decidiera que tiene que "pasar a la acción", se armara de un fusil y recorriera las calles disparando a cuantos sujetos considerara homosexuales, podríamos decir que está cometiendo un delito *motivado por su prejuicio*. Cierto, pero hay algo más: objetivamente, estaría confiriendo un trato – negativo - a una persona debido a una determinada orientación sexual. Y actuar para conferir un trato negativo (inferior) a un sujeto por razón de tal característica es actuar por motivos discriminatorios. Es importante reiterar la cuestión de que el componente discriminatorio de los crímenes de odio, puesto que guarda relación con el prejuicio del autor hacia un estereotipo, se encuentra en los "motivos discriminatorios" que le hacen pasar a la acción. En otras palabras: si *bias crime* se emplea como sinónimo de *hate crime*, no se debe a los hipotéticos "efectos discriminatorios" que el delito pudiera objetivamente conllevar para la víctima o el hipotético colectivo al que perteneciera. Así, se ha llegado a distinguir conceptualmente en nuestro ordenamiento entre delitos de odio (cometidos por "motivos discriminatorios") y delitos de discriminación, donde la discriminación se encuentra en los efectos del delito para el sujeto discriminado, no en las motivaciones del autor[199].

Una vez matizado el prejuicio de los *hate/bias crime*s, resta ponerlo en relación con la referencia a la emoción del odio. Aunque estos dos conceptos se empleen para designar una única categoría de crímenes (los "de odio"), ello no implica que siempre que esta emoción sea el *Leitmotiv* del autor nos encontremos ante uno de ellos. Es necesario matizar ese odio: es necesario que el deseo de ese mal revista alguna particularidad. El elemento diferencial de ese odio respecto de otras manifestaciones de esta misma emoción es el prejuicio, y es por ello que muchos autores afirman que el término de "*hate crime*" es insuficiente. No porque no concurra una emoción, sino porque la emoción no existiría sin el prejuicio hacia un estereotipo. Precisamente porque concurre ese "odio

[199] *Vid*. AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona", *BS*, 2010, pp. 47-48. El autor distingue, a nivel conceptual y en nuestro ordenamiento, entre "delitos de odio" (en los que operaría el *bias*) y "delitos de discriminación" (en los que simplemente se producen efectos o consecuencias discriminatorias para la víctima, derivados de un trato objetivamente discriminatorio).

prejuicioso", puede afirmarse que el autor actúa por motivos discriminatorios. *Hate crime* es sinónimo de *bias crime* sólo si se entiende implícita en el "odio" la idea del prejuicio del autor hacia el estereotipo[200].

De hecho, desde un punto de vista victimológico, es precisamente el prejuicio del autor lo que desencadena una doble reacción muy característica de los *hate/bias crimes*: de un lado, se propaga un sentimiento de terror[201] entre quienes comparten la característica en cuestión de la víctima; y de otro, paradójicamente, suelen articularse por quienes no se contagian de dicho temor movimientos sociales de protesta contra ese tipo de delitos[202]. Por otra parte, numerosos estudios demuestran que las víctimas de crímenes de odio se enfrentan a secuelas psicológicas de mayor gravedad que quienes han padecido otros delitos. El hecho de saber que el autor ha cometido un delito debido a un prejuicio hacia una de las condiciones que definen su identidad, es lo que provoca tales secuelas.[203]

Sin embargo, no podemos obviar que toda persona tiene un mayor o menor prejuicio. Así pues, para catalogar como *bias crime* una conducta no bastaría únicamente, como ya hemos señalado, con que el autor sea un sujeto prejuicioso. Retomando el ejemplo de los dos estudiantes, el buen estudiante

---

[200] Como representante de esta perspectiva puede citarse a SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law, Victims and Offenders", PARKS/JONES/CARDI (ed.), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, 2008, pp. 236-237.

[201] Como ya señalara ALLPORT, *The nature… op. cit.*, p. 152 y ss.; las víctimas de un acto prejuicioso, al sentirse objeto de discriminación por determinadas y supuestas características que el autor les atribuye, pueden llegar a desarrollar (si asimilan, por la reiteración de los actos prejuiciosos, como ciertos los estereotipos) un sentimiento de odio hacia ellas mismas. Por ello, en un crimen de odio puede que, además del autor, la propia víctima llegue a resentir esta emoción hacia ella misma y desearse un mal. No es extraño que, como forma de resiliencia (la capacidad de sobreponerse a situaciones de dolor emocional, sin mostrar signos externos del mismo), muchas víctimas empleen el odio hacia sí mismas como mecanismo psicológico de defensa – de transformación del inicial odio hacia su victimario-, que puede desembocar en suicidio. (*vid.* HANUS, "Freud et Prométhée, un abord psychanalytique de la résilience", CYRULNIK/DUVAL (eds.), *Psychanalyse et Résilience*, 2006, p. 198).

[202] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, p. 26.

[203] MCDEVITT *et al.*, "Consequences for victims. A comparison of Bias – and Non-Bias – motivated assaults", GERSTENFELD/GRANT (ed.), *Crimes of Hate. Selected readings*, 2004, pp. 45-57. En este sentido, valga la pena rememorar el brillante soliloquio inicial de Segismundo en CALDERÓN DE LA BARCA, *La Vida es Sueño*, 1636: "*Sólo quisiera saber, para apurar mis desvelos (dejando a una parte, cielos, el delito de nacer), qué más os pude ofender, para castigarme más.*"

era prejuicioso y deseaba un mal a su víctima por una característica (la pérdida de su propiedad y su supuesta inferioridad genética inferida de sus malas notas, respectivamente). En esa ocasión, no se trataba de un *bias crime*, porque su prejuicio no iba dirigido hacia una condición personal que afecte al núcleo de la identidad de la víctima (simplemente hacia una circunstancia, consistente en que sacaba malas notas). Pues bien, tampoco estaríamos ante uno de estos delitos si el autor, concurriendo el *bias*, lo cometiera sin el menor componente emocional vinculado al deseo de un mal (sin "odio").

Supongamos que un individuo profundamente prejuicioso hacia los homosexuales provoca por imprudencia la muerte de un sujeto con esta orientación, sin desearle ningún mal. Por ejemplo, olvida que en el barrio por el que conduce su vehículo se iba a celebrar el Día del Orgullo Gay. Siendo profundamente homófobo, decide huir presa del pánico, da un volantazo y atropella imprudentemente a un sujeto que acudía a ver el desfile. En su conducta concurre el prejuicio hacia el estereotipo de la víctima, pero realmente no le odiaba. El concepto de *bias crime* no puede reducirse al de ser "aquellos delitos en los que el autor tiene algún prejuicio sobre una característica de un colectivo al cual pertenece su víctima", es necesario que el prejuicio se encuentre directamente vinculado con la comisión del hecho delictivo. Aquí es donde el odio cobra relevancia: quien únicamente tiene un prejuicio pero no odia (no le desea un mal) a su víctima, difícilmente cometerá un delito contra ella *motivado* por su prejuicio.[204] En esta clase de delitos, además del prejuicio, debe asumir el autor un estereotipo deshumanizador hacia el colectivo al cual pertenece la víctima. Sólo si existe ese prejuicio intenso, podrá generarse el componente emocional que le impulsará a cometer el delito por ese motivo. Un motivo discriminatorio hacia el colectivo al cual pertenece la víctima. Por todo ello, reconociendo que biológicamente puede que no sea ésta la emoción que experimenta quien actúa por motivos discriminatorios[205], considero acertado

[204] Siguiendo a JACOBS y POTTER, *vid*. IGANSKY, *Hate Crime and the City*, 2008, p. 19 y ss.
[205] *Vid. infra*, Primera Parte, Capítulo IV.1.

mantener la "etiqueta" de crímenes *de odio* para las conductas que venimos analizando.

Así las cosas, habida cuenta de los distintos elementos que en torno a la idea de prejuicio orbitan, no parece suficiente el término *bias crime* para definir conceptualmente los crímenes de odio en toda su extensión. Sin embargo, en el presente epígrafe hemos adelantado diversas cuestiones que facilitarán la comprensión del siguiente, en el que ya, al fin, analizaremos el concepto de *hate crime*, así como su introducción en nuestro ordenamiento bajo la etiqueta de "delitos de odio".

5. Crímenes de odio (*hate crimes*).

En lo que respecta a los primeros usos de la denominación "*hate crimes*" para referirse a determinado tipo de delitos, es preciso mantenerse en EE.UU., concretamente en la época inmediatamente posterior a su Guerra Civil. Bien es cierto que en Europa, también en la segunda mitad del siglo XIX, se había vinculado el odio al delito de forma similar a la cual se refiere este concepto hoy en boga.[206] Sin embargo, lo cierto es que ninguno de estos primigenios empleos del término "crimen de odio" tuvo continuidad suficiente como para datar, en ese momento, el inicio de la corriente que, hoy en día, ha supuesto la paulatina popularización de este concepto en nuestro ordenamiento.

La actual proliferación del término tiene un origen fácilmente rastreable en los movimientos sociales que, a partir de los años 60 del siglo XX, germinaron al otro lado del Atlántico para luchar por la igualdad de derechos y erradicar la discriminación (cuyo máximo exponente era, precisamente, la comisión de crímenes de odio por razón de determinadas características). Tras asentarse el concepto de *hate crime* en EE.UU., se adentró en Europa en tiempos todavía más recientes, especialmente a través de las Islas Británicas.

En Reino Unido, el término fue utilizado por vez primera de forma reiterada en los medios tras el asesinato de un joven adolescente negro (Stephen Lawrence) en 1993[207], y se popularizó tras los atentados del metro de Londres (el 7 de Julio

---

[206] Así lo demuestra la aseveración de ZOLA - en su famoso artículo "J'accuse…!", publicado en *L'Aurore* de 13 de enero de 1898; primero de los que escribió sobre el "*affaire Dreyfus*" -, sobre el carácter criminal de utilizar el patriotismo para fomentar el odio: "*C'est un crime que d'exploiter le patriotisme pour des oeuvres de haine*". *Vid*. ZOLA, *J'accuse…! La Vérité en marche*, 1988, p. 110. Extrapolando a nuestro contexto sus palabras, parece sugerir que algunos medios empleaban lo que hoy se catalogaría como un "discurso del odio" ideológico.

[207] La trascendencia mediática de este suceso es innegable. El supuesto de hecho fue el siguiente: Stephen Lawrence, un joven adolescente negro, fue asesinado mientras esperaba un autobús. La policía detuvo a cinco jóvenes blancos como posibles responsables, pero fueron absueltos por ausencia de pruebas, lo que dio lugar a que se afirmara, en el llamado Informe Macpherson, que se trataba de un caso de racismo institucional por parte de la policía. La familia de la víctima batalló para que reabrieran el caso, consiguiendo nuevas pruebas, hasta que finalmente lo lograron y fueron condenados el 4 de enero de 2012 dos de esos cinco sujetos. (*vid*. Noticia de la BBC ese mismo día,

de 2005), a raíz de las represalias de algunos sujetos contra individuos de fe islámica. Durante ese periodo, la doctrina británica constató la existencia de un tipo de criminalidad que excedía lo que allí se denominaba como "delitos raciales", y adoptó la expresión americana de "*hate crimes*" para referirse de forma amplia a todos aquellos crímenes que se cometieran por el odio que el autor sintiera hacia una determinada característica de su víctima, que no necesariamente era su raza (así, su sexo, religión, etc.). Aunque también en Gran Bretaña se criticó la elección de esta emoción del "odio" para catalogar un grupo de delitos tan dispar (insistiendo en la relevancia del prejuicio – *bias* –, como ya hemos referido), finalmente la expresión se ha asentado también en el Reino Unido[208].

Tampoco podemos obviar, por lo que a la recepción del término en nuestro ordenamiento respecta, que fue traducido por vez primera al castellano en ordenamientos latinoamericanos como "crímenes de odio"[209]. Bajo esta denominación fue asimilado en España el concepto[210], si bien recientemente y en el ámbito jurídico parece ganar enteros el término "*delitos* de odio". En cualquier caso, no cabe duda de que fue en EE.UU. donde fue configurándose el

---

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/120104_familia_britancia_lawrence_lucha_contra_racismo_jr.shtml; fecha de consulta 04/01/12). La repercusión mediática del asunto fue (y sigue siendo) muy considerable. La condena a esos dos sujetos supuso, por otra parte, la muy criticable abolición en ese ordenamiento de la prohibición de *bis in idem* procesal tras resolución absolutoria.

[208] Para la inserción del concepto en Europa vía Reino Unido, *vid*. CHAKRABORTI/GARLAND, *Hate crime: Impact, Causes and Responses*, 2009, p. 2 y ss.

[209] La traducción habitual de *hate crimes* es "crímenes de odio", aunque en ocasiones se emplee en castellano "delitos de odio" para referirse a este tipo de conductas. Algo semejante ocurre en lengua inglesa, en donde se emplea – también de forma menos popularizada – "*crimes of hate*" o "*crimes of hatred*" en lugar de "*hate crimes*", de la misma manera que se emplea como sinónimo "*bias crime*" y "*crime of prejudice*". Es preciso señalar, no obstante, que en sus orígenes estadounidenses (1980-1990), un término que se empleaba con frecuencia [*vid*. KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit*., p. 25] era el de *RRES* – acrónimo de *Racial, Religious, Ethnic and Sexual- crimes*. Ese término es especialmente interesante, pues se trata de una enumeración de condiciones personales, similar a la que efectúa nuestro artículo 22.4ª CP.

[210] En el presente trabajo, se utiliza de forma genérica "crímenes de odio" para referirnos al tipo de conductas catalogables como tal conforme al debate estadounidense, ya que no existe ningún Título ni Capítulo de nuestro Código que tipifique en tales términos los "delitos de odio". Así, de hecho, se introdujo el término en España: como "crímenes", y no "delitos" (*vid*. IBARRA, *Los crímenes del odio: violencia skin y neonazi en España*, 2003, 300 pp.). Por lo tanto, si empleamos en algún momento el término "delitos de odio" debe entenderse indistinto, a nuestros efectos, al de "crímenes".

concepto de *hate crime* y donde surgió – con base en dicho concepto – el debate sobre el fundamento de la agravación de esta clase de delitos. Como punto de partida, nos detendremos por lo tanto en esta génesis conceptual al otro lado del Atlántico.

En puridad, la primera condena por la comisión de un crimen de odio tuvo que ser necesariamente a finales del siglo XX, tras la promulgación de las primeras leyes estadounidenses que recogían la agravación de responsabilidad penal por este tipo de conductas. Lo cierto es que es complejo hablar del primer momento en el que se cometió un "crimen de odio" abstractamente considerado, sin atender a su efectiva tipificación penal en esos términos o, al menos, a su popularización en el lenguaje común gracias a los medios. Muy reveladora – a efectos terminológicos – es la definición que propone el FBI, especialmente por el intento de diferenciación entre conceptos conforme se cometiera la conducta en una u otra época:

> "Los crímenes de odio y prejuicio (*crimes of hatred and prejudice*) – desde los linchamientos a las cruces ardiendo[211] o al vandalismo en las sinagogas – son una triste constante en la Historia de América, pero el término de "crimen de odio" (*hate crime*) no entró en el vocabulario de la nación hasta la década de 1980, cuando grupos de odio (*hate groups*) emergentes, como los *Skinheads*, iniciaron una oleada de crímenes relacionados con el prejuicio (*bias-related crime*)." [212]

Es decir, que "*bias crime*" y "*hate crime*" serían expresiones sinónimas que se emplearían para referirse a conductas contemporáneas, mientras que "*crimes of hatred*" o "*crimes of prejudice*" se emplearían con carácter general, también para épocas remotas y con independencia de que estuviera popularizado el término. Pero la "etiqueta" no haría variar el contenido del concepto mismo, que es lo que ahora pretendemos delimitar.

---

[211] Uno de los clásicos símbolos del KKK.

[212] "*Crimes of hatred and prejudice – from lynchings to cross burnings to vandalism of synagogues – are a sad fact of American history, but the term "hate crime" did not enter the nation's vocabulary until the 1980s, when emerging hate groups like the Skinheads launched a wave of bias-related crime.*"

En principio, de "crímenes de odio" podrían calificarse los salvajes linchamientos que padecieron muchos sujetos de raza negra hasta bien avanzado el siglo XX en EE.UU., cuando ninguna ley preveía condenas agravadas por este tipo de delitos – si es que preveían condenas -[213]. Puede que, con una mayor perspectiva histórica, existan quienes consideren un crimen de odio el ejecutar a sujetos de raza negra por el prejuicio que sienten los funcionarios del sistema hacia esa raza, a la vista de las menores ejecuciones de sujetos de etnia caucásica en EE.UU.[214]; de la misma manera que se atribuye el calificativo de crímenes de odio a los padecimientos que sufrieron muchos

---

[213] Sobre los linchamientos de individuos de raza negra por parte de turbas blancas en EE.UU., quizás el mejor ejemplo (por relativamente reciente, brutal y por haber pasado a la posteridad) sea el que tuvo lugar el 7 de Agosto de 1930 en Marion, Indiana. Tres adolescentes negros (Tom Shipp, Abe Smith y James Cameron) supuestamente confesaron haber matado a un joven trabajador blanco (Claude Deeter) y haber violado a su novia, también de raza blanca (Mary Ball). Dos de ellos fueron linchados por vecinos del pueblo, que finalmente les ahorcaron en un árbol. Cameron consiguió huir gracias al padre de la chica, que aplacó momentáneamente a las masas afirmando que no había violado a su hija. Tal escena fue inmortalizada con una fotografía, en la que posan sonrientes los autores del linchamiento. [*vid*. KAUFMAN-OSBORN, "Capital punishment as legal lynching?", OGLETREE/SARAT (ed.), *From Lynch Mobs to the Killing State*, 2006, pp. 21-54]. Aquel suceso se saldó sin condena penal alguna para dichos autores, y por supuesto hubiese sido risible plantear en la época que su responsabilidad penal se hubiese agravado por sus motivaciones. No obstante, ello no debería impedir la posible calificación conceptual de aquel linchamiento como crimen de odio. De hecho, el superviviente del linchamiento, James Cameron, definió el suceso en una entrevista a IDS News, el 12 de Julio de 2001, con las siguientes palabras: "el odio es una enfermedad, y en 1930 enfermé de odio" – refiriéndose al que percibió por parte de la turba - [transcripción disponible en www.thehypertexts.com, fecha de consulta: 01/10/11].

[214] Esta polémica tesis se ampara en los numerosos estudios estadísticos que demuestran que se ejecuta a un mayor número de sujetos de raza negra frente a los de raza blanca en Estados Unidos, pese al mayor número de procedimientos penales similares incoados a estos últimos. Algunos autores sostienen que la pena de muerte es una forma de "linchamiento legal" (*legal lynching*), que existe un prejuicio sistemático hacia esta minoría que ahora se manifiesta a través de la pena capital como antes lo hacía a través del linchamiento [sobre esta cuestión, esencial OGLETREE, "Making Race Matters in Death Matters", OGLETREE/SARAT (ed.), *From Lynch Mobs to the Killing State*, 2006, pp. 55-95]. Aunque esta teoría sea discutible, lo cierto es que la estadística es elocuente, así como diversos estudios que igualmente muestran que la raza de un imputado influye en testigos, jueces e, incluso, en su abogado defensor [EISENBERG/JOHNSON, "Implicit Racial Attitudes of Death Penalty Lawyers", PARKS/JONES/CARDI (ed.), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, 2008, pp. 33-44]. Sin llegar al extremo de afirmar que la pena de muerte sea un crimen de odio perpetrado por funcionarios, sí parece plausible aventurar que el odio y el prejuicio por razón de la raza puede encontrarse también en sujetos que forman parte del sistema de Justicia penal o, como mínimo, en la propia ley. Así, expone RAGUÉS I VALLÈS, "La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: Baze v. Rees y Kennedy v. Luisiana", *RECPC*, 2009, p. 2, que ya en la sentencia del caso Furman contra Georgia (*408 U.S. 238 (1972)*), cinco magistrados pusieron en entredicho las condiciones para la aplicación práctica de la pena de muerte "*a la luz de la legislación entonces vigente, que fue tachada de arbitraria y discriminatoria por motivos raciales*".

judíos durante el *III. Reich* en Alemania, en su momento conformes a ese ordenamiento. Así las cosas, es posible abarcar dentro del concepto conductas dispares, lo cual conlleva una mayor confusión a los efectos que aquí nos ocupan.[215] Por lo tanto, sin pretender constreñir el concepto de crimen de odio a la voluntad del Legislador, no puede obviarse que el hecho de castigar más severamente al autor de un delito atendiendo a su odio y prejuicio hacia un determinado colectivo es un fenómeno reciente. Recientes son las leyes que los han tipificado y reciente, en definitiva, es el debate que han suscitado dichas leyes.

Como muestra de lo que acabamos de exponer, y probable consecuencia de su "novedad" conceptual, uno de los mayores problemas en el estudio de este tipo de delitos deriva de la vaguedad del concepto. Buena prueba de ello son las divergencias doctrinales a la hora de elaborar una certera definición de crimen de odio, exacerbadas al ser los pronunciamientos de la doctrina anteriores a la promulgación de la primera ley estadounidense sobre esta clase de delitos. Por lo tanto, antes de analizar cómo se introdujo el concepto de crimen de odio en la legislación estadounidense, resulta esencial atender al concepto que doctrinalmente venía configurándose con anterioridad. Inevitablemente, puesto que son varias las disciplinas que han intervenido en esta configuración conceptual, habrá que atender a un concepto multidisciplinar de crimen de odio. A continuación, de forma sucinta, repasaremos algunas de las posturas más destacadas, vinculadas a las originarias reivindicaciones de los

[215] Como señala HAMM, *Hate crime: internacional perspectives on causes and control*, 1994, p. vi; el hecho de equiparar la violencia racista de los grupos neonazis con la ejercida por el *III. Reich* contra los judíos bajo el mismo paraguas de los "*hate crimes*" puede dar lugar a un buen número de equívocos. Podría afirmarse que, desde la concepción "expansiva" del concepto, el primer crimen de odio "se habría cometido hace un millón de años, cuando un *homo erectus* golpeó en la cabeza a otro con una porra" (GERSTENFELD, *Hate crimes: causes, controls and controversies*, 2004, p. 9). Esta autora expone igualmente, en un sentido más ceñido al problema que aquí nos ocupa, que antes de que existiesen los *hate crimes* como concepto, existían "resquicios" del sistema – determinadas interpretaciones de la ley – que permitían castigar específicamente el odio y el prejuicio del autor (*ibidem*, p. 10 y ss.). Es decir que, antes de la instauración del concepto, podrían existir vías para sancionar "crímenes de odio *avant la lettre*", con lo que definitivamente la única forma de situar un *dies a quo* para el concepto es su irrupción a nivel legislativo expresamente en tales términos.

movimientos sociales que propugnaban el reconocimiento legislativo de los *hate crimes*.

Señalaban JACOBS y POTTER que el término de "*hate crime*" es una construcción social sin una definición propia que resulte evidente, si bien consideraban que era la concurrencia de un prejuicio (*bias*) lo que determinaba que pudiese ser calificado un delito de "crimen de odio". Esta idea, expuesta en el anterior epígrafe del presente Capítulo, fue asumida mayoritariamente por la doctrina: todo crimen de odio requería la presencia de ese prejuicio hacia una característica estereotipada de la víctima. Estos autores ponían sobre la mesa un problema derivado de lo anterior: por qué los prejuicios hacia determinadas características y no hacia otras debían suponer la comisión de un crimen de odio. Es decir, por qué se establecía un *numerus clausus* de elementos (raza, religión, etc.), tal y como consta en nuestro artículo 22.4ª CP, y se excluían otros[216]. Estos autores resolvían el dilema desde una postura pragmática y positivista: será crimen de odio si el Legislador ha considerado oportuno proteger de forma especial un determinado elemento o a un determinado colectivo[217]. Esta solución no resultaba demasiado convincente para muchos sectores que, sin perjuicio de reconocer el valor de esta aproximación conceptual, se encontraban más cercanos a los movimientos sociales que impulsaban la inclusión a nivel legislativo de los crímenes de odio. Como ya hemos señalado, si el término de "*hate crime*" comienza a proliferar en EE.UU. se debe en gran medida a la lucha por la igualdad de Derechos de las minorías. Es decir, por quienes, de igual manera que – *ad exemplum* - luchaban por establecer medidas de carácter laboral (insertas en la llamada acción positiva) para facilitar el acceso a puestos de trabajo de colectivos tradicionalmente discriminados, también abogaban por el establecimiento de sanciones penales agravadas si el autor cometió el delito contra un miembro de dichas minorías[218].

---

[216] Sobre esta cuestión, *vid.*, *infra*, Primera Parte, Capítulo III.5.
[217] *Vid.* JACOBS/POTTER, *Hate Crimes, Criminal Law and Identity Politics*, 1998, *passim*. y pp. 11-28.
[218] *Vid.* JENNESS/GRATTET, *Making Hate a Crime: From Social Movement to Law Enforcement,* 2001, p. 17 y ss.

Estas corrientes no podían admitir que se sometiera un catálogo de prejuicios "por razón de" a la voluntad arbitraria del Legislador. Básicamente, porque ni siquiera admitían un catálogo de motivos discriminatorios "por razón de", sino más bien "contra", determinados colectivos. De la misma manera que defendían el establecimiento de medidas de acción positiva para facilitar el acceso de – pongamos – las mujeres al mercado laboral, no podían admitir que se agravara la responsabilidad penal de quien actuara guiado por razón de su odio y prejuicio al sexo de la víctima, sin mayores matices. Más bien, puesto que se trataba de proteger a las minorías tradicionalmente discriminadas, entendían que el crimen de odio era aquél cometido – supongamos - por un sujeto de raza blanca contra un sujeto de raza negra; ahí sí, por razón de su raza.

Como parte de esa corriente, GERSTENFELD afirmaba que el hecho de que fueran unos u otros los colectivos para calificar a un delito como crimen de odio se justificaría si la víctima pertenecía a alguna minoría tradicionalmente sujeta a discriminación. Esta autora, sin embargo, concedía que la vaguedad del término no podía ser resuelta con su propuesta de definición, porque no quedaba claro cuáles *debían* ser esos grupos[219]. Siguiendo esas premisas, PETROSINO propuso una definición en la que destacaba tres factores: podrán ser considerados crímenes de odio todos aquellos en los que (i) la víctima forme parte de una minoría cultural respecto al autor, (ii) las víctimas formen parte de un colectivo que sea económica y políticamente débil y (iii) las víctimas representen para el autor del delito una amenaza para su calidad de vida (seguridad económica o integridad física). Llegaba así a la conclusión de que el concepto de crimen de odio se refiere a la victimización del miembro de una minoría, debido a sus diferencias étnico-culturales, por parte de un miembro del grupo social mayoritario[220]. La principal crítica a esta definición es que limitaba innecesariamente a un ámbito los crímenes de odio, cuando existen otras

[219] *Vid.* GERSTENFELD, *Hate crimes… op. cit., passim.*
[220] PETROSINO, "Connecting the past to the future. Hate crime in America", PERRY (ed.), *Hate and bias crime: a reader*, 2003, pp. 10-11.

minorías que no lo son por razones étnico-culturales y que también han sido tradicionalmente objeto de discriminación.[221]

En su momento, SHEFFIELD había propuesto una definición de *hate crime* que no contaría con esas lagunas: puede ser víctima de un crimen de odio cualquier sujeto, con independencia de su pertenencia a una determinada etnia, siempre y cuando pertenezca a un colectivo que sea políticamente vulnerable. Es decir, que los crímenes de odio no son necesariamente "racistas". Se trataría más bien de conductas que derivan de una determinada estructura social: un sistema de jerarquías, políticamente influenciadas, según las cuales algunos grupos con identidades compartidas hostigan a otros por motivos que pueden ser biológicos (raza o sexo), pero también ideológicos o socio-culturales (ideología política, religión, orientación sexual)[222]. PERRY añade a esta definición un elemento adicional: además de hostigar a esos grupos sociales por motivos étnicos o sociales, los autores de los crímenes de odio buscan perpetuar una situación. No sólo atacan a grupos sociales tradicionalmente débiles o marginados, sino que con sus acciones pretenden perpetuar la difícil situación de esos grupos en la jerarquía social. Los crímenes de odio no serían únicamente delitos dirigidos contra determinada persona, sino que para poder catalogar como *hate crime* una conducta sería necesario que el autor pretenda perpetuar ese *status quo* desfavorable del colectivo al que perteneciera su víctima (la situación "desfavorable" sería determinada atendiendo al momento histórico en el que se cometen). Por ello, la identidad individual de la víctima es prácticamente irrelevante: podrían ser sujetos perfectamente intercambiables desde el punto de vista del autor. Lo que el sujeto activo pretende es "enviar un mensaje" al colectivo al cual pertenece su víctima, mensaje mediante el cual pretende perpetuar la discriminación históricamente existente de ese grupo. [223] Así, se ha afirmado que se trata de conductas cargadas de un alto contenido

[221] En este sentido, CHAKRABORTI/GARLAND, *Hate crime… op. cit.*, p. 4.
[222] SHEFFIELD, "Hate violence", ROTHENBERG (ed.), *Race, class and gender in the United States*, 1995, pp. 432-441.
[223] PERRY, *In the name of Hate. Understanding Hate Crimes*, 2001, p. 10 y ss.

simbólico (*symbolic crimes*), porque en la motivación del autor concurriría necesariamente el deseo de causar, a través de su víctima, un mal al colectivo al cual ésta pertenece[224].

Las anteriores definiciones parten, en mi opinión, de una confusión inicial. Como hemos dicho, de lo que se trata es de definir el *concepto* de crimen de odio. Sin embargo, los precitados autores parecen hablar de su *fundamento*: qué debería considerarse un crimen de odio, por qué sólo el cometido contra un colectivo y no otro, etc. Puede atisbarse una explicación: el concepto de crimen de odio comienza a ser empleado por movimientos sociales que luchaban contra toda forma de discriminación, en todas las ramas jurídicas del ordenamiento. Estos movimientos contaban con un importante apoyo doctrinal, en el que se insertarían las posturas expuestas. Estas posturas sólo entienden el concepto de crimen de odio sin desligarlo de su fundamento: sólo puede ser considerado crimen de odio un delito si es *justo* que se agrave la responsabilidad penal del autor. Así, las anteriores posturas entendían que sólo podría justificarse dicha agravación si se partía de la noción de crimen de odio que proponían. Esto es: el cometido contra un sujeto que perteneciera a un colectivo tradicionalmente discriminado. Muy reveladora es la afirmación de HUGHES al respecto: "crímenes de odio pueden sucederle a cualquiera, pero crímenes de odio que justifiquen agravación de la pena le suceden a las tradicionales víctimas del prejuicio"[225]. Sin embargo, el artículo 22.4ª que prevé nuestro Código Penal no menciona colectivos tradicionalmente discriminados (las mujeres, los gitanos, etc.), sino que las motivaciones se refieren a condiciones de la víctima (el sexo, la religión, etc.). Conforme a las posturas referidas, eso no era lo que demandaban los movimientos sociales que lucharon por el reconocimiento legislativo de la agravación para quienes cometían

---

[224] *Vid*. BERK/BOYD/HAMNER, "Thinking more clearly… *op. cit*., pp. 123-143.

[225] "*Crimes of hate can happen to anyone, but hate crimes justifying penalty enhancement happen to traditional victims of bias*". Nótese que el autor distingue en sus expresiones "*crimes of hate*" y "*hate crimes*", para hacer notar que el "verdadero concepto" de crimen de odio es el derivado de su fundamento, que para este autor sería proteger a minorías tradicionalmente discriminadas. HUGHES, "Can anyone be the victim of a hate crime?", *UDLR*, 1998, pp. 591-622, cit. p. 622.

"crímenes de odio". Consecuentemente, no admitirían que todas las conductas a las que fuera (aparentemente) de aplicación el artículo 22.4ª CP pudieran considerarse "genuinos" crímenes de odio: no lo sería un delito agravado *ex* artículo 22.4ª CP si el autor fuera de raza negra y hubiera actuado por motivos discriminatorios para con su víctima, de raza blanca. Ahora bien, como señala HUGHES, no sería porque no concurrieran, *a priori*, los elementos básicos de esta clase de conductas (el odio y el prejuicio del autor hacia una estereotipada condición personal de la víctima, como la raza). Sería porque no existiría el fundamento para la agravación que manejan las posturas doctrinales expuestas.

Siendo así, realmente parece que las definiciones propuestas por sectores afines a las reivindicaciones de esos movimientos sociales argumentan, al mismo tiempo, lo que debía o debería ser reconocido legislativamente como crimen de odio con una agravación de la responsabilidad penal, a su entender, *fundamentada*. Pero no se refieren a lo que *conceptualmente* debe entenderse como crimen de odio. De otro lado, esas posturas no resultan demasiado útiles para el caso que aquí nos ocupa: conforme a las mismas, no existiría fundamento para el artículo 22.4ª CP atendiendo a su tenor literal, porque no se trataría de un precepto que sólo se aplicara a "genuinos" crímenes de odio.

Sin embargo, lo cierto es que el concepto de crimen de odio, a pesar del fundamento reivindicado originariamente por los movimientos sociales que luchaban por su reconocimiento, no parece haberse admitido de forma unívoca a nivel legislativo. No puede obviarse que, cuando en EE.UU. comenzó a germinar la preocupación por este tipo de conductas (como hemos dicho, a mediados de los años 80 del pasado siglo), uno de los colectivos que contaba con un mayor número de víctimas de "aparentes" crímenes de odio era el WASP. Es decir, había sujetos de otras etnias, minoritarias y tradicionalmente objeto de discriminación, que cometían delitos contra sujetos pertenecientes a la

etnia dominante debido a su odio y prejuicio hacia su estereotipo[226]. En términos de *justicia*, no se antojaba evidente que hubiera que excluir del concepto de crimen de odio esa clase de conductas. Desde un primer momento, por lo tanto, el Legislador estadounidense se encontró frente al dilema de agravar la responsabilidad penal de los crímenes de odio entendidos como "los cometidos por motivos discriminatorios, por razón de determinada característica de la víctima" (corriente en la que se insertaría nuestro artículo 22.4ª CP), o bien optar por la propuesta de los movimientos sociales, respaldada por los autores precitados, y considerar que sólo merecerían tal calificativo (y agravación) los cometidos "contra una víctima perteneciente a un colectivo tradicionalmente discriminado, con el fin de perpetuar la situación de éste". Dependiendo de la opción por la que optara, el fundamento de la agravación sería distinto.

Esta problemática en el estudio del concepto de *hate crime* fue expuesta en una tipología ideal sobre modelos dogmáticos y legislativos, elaborada por LAWRENCE, esencial a los efectos que nos ocupan:

a) De un lado, se encontraría el modelo de la "discriminación selectiva" (*discriminatory selection model*). En este modelo, acorde con las reivindicaciones de los movimientos sociales, las motivaciones del autor pasan a un segundo plano: el concepto de crimen de odio y, por lo tanto, el fundamento de la agravación, se vincula al hecho de que produce efectos discriminatorios en el colectivo al que pertenece la víctima. Se trataría de un modelo que restringe la agravación a aquellos supuestos en los que el autor forma parte del grupo mayoritario y la víctima de un colectivo tradicionalmente discriminado.

[226] En 1988, en la ciudad de Nueva York, se registró un mayor número de crímenes de odio contra blancos heterosexuales que contra homosexuales de cualquier etnia o sujetos de etnia asiática. *Vid*. KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit*., pp.25 y 39.

b) Frente a ese modelo, se alza el de la "animosidad" (*animus model*). Aquí, se entiende que los crímenes de odio son aquellos en los que el autor actuó guiado por una determinada motivación. LAWRENCE plantea como ejemplo, precisamente, la legislación de Wisconsin, que cuenta con una circunstancia agravante genérica muy similar a nuestro artículo 22.4ª CP.[227] Así pues, lo que a nuestros efectos interesa es atender al concepto de "crimen de odio" conforme al *animus model*. Sólo partiendo de un concepto de crimen de odio que englobe nuestro artículo 22.4ª CP, podremos atender al posible fundamento de una mayor agravación en el caso de leyes que castigan a quien actúa guiado por *motivos* discriminatorios, debido a las características de la víctima – a categorías universales, como la raza, y no al grupo históricamente discriminado, como los judíos -.

Resta por analizar si legislativamente ha tenido reflejo ese concepto de crimen de odio conforme al *animus model* o si, por el contrario, el Legislador sólo atendió al concepto de crimen de odio inserto en la genérica lucha contra la discriminación de determinados colectivos. Comenzaremos por el análisis de la legislación estadounidense[228].

Actualmente, cuando una ley estadounidense versa sobre crímenes de odio, se asume que se trata de delitos para los cuales se prevé una sanción penal agravada. Como hemos anticipado, es difícil disociar hoy estas dos nociones (crimen de odio/agravación de la responsabilidad penal), pero no siempre fue así. En un principio, las legislaciones de muchos Estados optaron por establecer medidas de carácter civil o administrativo (por ejemplo, indemnizaciones para

[227] LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, 1999, *passim*. y p. 34 y ss. No obstante, una diferencia capital entre ambas es que la circunstancia estadounidense sí puede suponer, en algunos casos, el paso a un marco punitivo más grave que el previsto por el delito al que se aplica, mientras que el artículo 22.4ª CP, en sí mismo, *sólo* supone la imposición de pena en la mitad superior del marco punitivo ya previsto por el delito en cuestión. Esto reviste, a mi entender, una importancia capital a efectos de fundamentar la institución jurídica de una u otra manera.

[228] Con carácter general, sobre los hitos jurisprudenciales e iniciativas legislativas relativos a crímenes de odio en ordenamientos anglosajones, *vid*. STREISSGUTH, *Hate Crimes*, 2009, 350 pp. o ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 2005, 247 pp.

las víctimas) que operarían si se cometían estos delitos, o meras obligaciones de carácter estadístico para los funcionarios públicos[229]. Posteriormente, sin embargo, proliferarían los *penalty-enhancement statutes*: leyes que agravaban la responsabilidad penal del autor, porque lo era de un crimen de odio[230].

El origen de la legislación sobre los crímenes de odio en EE.UU. se encuentra en la ley federal 18 U.S. 245, de 1969[231], que consideraba delictivo impedir a una persona el desarrollo de determinadas actividades (acceso a colegios o transportes públicos, por ejemplo) debido a "su raza, color, religión u origen nacional". Esta ley se insertaba en la lucha por los Derechos civiles y políticos de las minorías étnicas en EE.UU., si bien ya se refería a características ("raza")

---

[229] Esto generó problemas específicos. Por ejemplo, a nivel policial, las dudas respecto a la catalogación estadística (con sus posibles consecuencias prácticas) de una u otra conducta como *hate* o *non-hate crime*. *Vid*. JENNESS/GRATTET, *Making Hate… op. cit*., p. 127 y ss.; e *infra*, Segunda Parte, Capítulo IV.2.

[230] GRATTET/JENNESS/CURRY, "The homogenization and differentiation of hate crime law in the United States, 1978 to 1995: Innovation and diffusion in the criminalization of bigotry", *ASR*, 1998, pp. 286-307.

[231] No puede obviarse la influencia de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de Noviembre de 1963, o de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,* de 21 de diciembre de 1965 - que derivó de la anterior y entró en vigor precisamente ese año 1969 – para que en EE.UU. germinara la legislación sobre crímenes de odio. Bien es cierto que EE.UU. no la ratificaría hasta el año 1994, con alguna reserva (principalmente, vinculada a evitar injerencias en el derecho a la libertad de expresión, coincidiendo con la especial sensibilidad estadounidense en la materia, ya apuntada *ut supra* al tratar el *free speech vs. hate speech debate*). Fue ratificada por España el 13 de septiembre de 1968, si bien EE.UU. firmó la Convención dos años antes. Sin perjuicio de todo ello, es innegable que este esencial instrumento internacional tuvo un efecto inspirador mucho más inmediato en la legislación penal estadounidense que en la española. Podría decirse que las reclamaciones de los movimientos sociales estadounidenses fueron antes acogidas en Nueva York que en Washington, y por supuesto, que en Madrid. Así, ya el artículo 4 de la precitada Convención instaba: "*Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, 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, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;* […]".

y no a colectivos ("raza negra"). Con anterioridad, existían leyes que perseguían de alguna manera luchar contra conductas discriminatorias estableciendo sanciones penales (como la Ley del KKK, de 1871), pero fue esta posterior iniciativa, de 1968, la que supuso un hito legislativo, porque hacía expresa referencia a las motivaciones del autor vinculadas a unas determinadas características de la víctima. La posterior proliferación de conductas delictivas calificables como "crímenes de odio" hace que vuelvan a tomarse iniciativas a nivel legislativo, esta vez estatal.

El Estado de California fue pionero al aprobar, en 1978, la primera *Hate Crimes Act* de EE.UU. (*California's Section 190.2*), que establecía cuatro "estatus protegidos" (raza, religión, color y origen nacional) y una agravante específica para el delito de asesinato si se cometía por razón del odio y el prejuicio hacia ese *status* de la víctima. Nótese la importancia de designar estas características como *status*, en lugar de cómo *group* o *class*. Esta segunda noción se emplea, en las llamadas *class actions*, para referirse a colectivos delimitados con criterios diversos y muy estrictos, que les confieren una identidad a título colectivo nítida, de forma que pueden/deben ejercer conjuntamente una única acción judicial[232]. Por el contrario, *status* no hace referencia a los elementos de

[232] La definición de lo que es un grupo o *class* se establece analizando la concurrencia de determinados requisitos (unos muy formales, otros más vinculados a la identidad compartida del grupo). Algunos criterios básicos que ha admitido la jurisprudencia anglosajona serían: que sea posible delimitar claramente al grupo (ahí entraría la hipótesis de que compartan elementos de identidad, como "los sujetos de raza negra"), que los hechos afecten a todos sus miembros, que el éxito de la pretensión de un miembro conlleve el éxito de los intereses de todos los miembros del grupo y que el representante del grupo pueda defender los intereses colectivos sin que surjan conflictos (*vid*. CASHMAN, *Class Action Law and Practice*, 2007, p. 85). Pese a todo, lo cierto es que la definición de lo que puede considerarse un grupo o *class* es uno de los problemas más complejos en esta materia, sin que existan visos de solución definitiva (a este respecto, *vid*. MULHERON, *The class action in Common Law legal systems: A comparative perspective*, 2004, p. 323 y ss.). Destaca el debate acerca de si sólo hay que atender a elementos objetivos (por ejemplo, "los sujetos de raza negra discriminados con ocasión de determinado acto") o a realidades subjetivas ("los sujetos de raza negra que como consecuencia de determinado acto de discriminación hayan padecido secuelas psíquicas"). *Ad exemplum*, en EE.UU., conforme a la *Federal Rule of Civil Procedure 23*, se antoja evidente que un requisito de la *class* para que pueda certificarse como tal es que pueda ser definida, si bien no establece cómo debe definirse. En estos casos, suele entenderse que los elementos definitorios del grupo deben poder configurarse de forma objetiva, excluyendo de esta manera las realidades subjetivas, del estilo "los se hayan sentido afectados por un comportamiento discriminatorio" (sobre la praxis habitual en EE.UU. a efectos de definición de *class*, *vid*. KLONOFF, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 2007,

identidad del *colectivo* sino, en un sentido genérico, a lo que podría asimilarse al "estado civil"[233] de la víctima: unos elementos de la personalidad individual con cierta estabilidad en el tiempo (por ejemplo, la nacionalidad), que desde luego pueden ser compartidos por un colectivo (las personas que compartan nuestra nacionalidad: los españoles, los alemanes, etc.), pero que también definen la identidad de todo individuo (de todo el que tengan una nacionalidad, sea cual sea). El *status* es una categoría universal (véase: "la raza"), mientras que la *class* es una categoría específica de colectivo, que puede determinarse atendiendo a que comparte un mismo *status* ("los sujetos de raza negra"). El hecho de que, en esta primera iniciativa, el Legislador californiano optara por enumerar *status* muestra claramente cómo, también a nivel legislativo estatal, el *animus model* fue abriéndose camino.

A partir de ese momento, fueron adoptándose leyes similares en otros Estados, ampliando en un doble sentido el concepto de *hate crime*: de un lado, la clase de delitos para los que se preveía una agravación (ya fuera mediante circunstancia genérica o vía subtipos agravados), y de otro, el número de *status* de las

---

p. 28 y ss.). La legislación sobre *hate crimes* está exenta de estos problemas definitorios, precisamente por haber preferido el Legislador enumerar *status* universales y no grupos, vinculando la agravación de la responsabilidad penal a las motivaciones del autor, y no a los efectos que sus actos tengan para el colectivo al que pudiera pertenecer su víctima.

[233] Para comprender el alcance del concepto "estado civil", debemos remontarnos a la clasificación trimembre de los *status* en Derecho romano (*libertatis, civitatis, familiae*) o a la definición propuesta por las Partidas (4, 23, I), según la cual ese *status* sería la "*condición o manera en que los omes viven o están*". La importancia de ostentar un determinado estado civil (*status*) en aquellas épocas era ciertamente notable, pues determinaba la misma capacidad jurídica de las personas, de forma que como ya ha sido señalado, "*en nombre del estado civil se han consagrado a lo largo de la historia discriminaciones en función de la religión, el estado social, la filiación, el sexo o el matrimonio*" (LINACERO DE LA FUENTE, *Derecho del Registro Civil*, 2002, p. 15). Posteriormente, con la conquista de la igualdad de todos ante la Ley, promulgada por vez primera en la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, no siendo ya posible consagrar divergencias en cuanto a la capacidad jurídica de los individuos con base en el estado civil que ostentaran, la causa de la desigualdad en las personas habría que buscarla en una diferente capacidad de obrar (por ejemplo, ser mayor de edad) y no en "accidentes externos de tipo social" (libre o esclavo), cualidades todas ellas que fueron excluidas del estado civil de las personas. No obstante, el hecho de que ostentar un determinado estado civil pueda afectar al alcance de nuestra capacidad de obrar, conlleva necesariamente que sus cualidades configurativas posean cierto carácter de permanencia o estabilidad. En otras palabras: el estado civil no es algo que se obtiene fugazmente, sino que en principio las cualidades identificativas que confiere están destinadas a persistir durante un periodo de tiempo más o menos largo (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen 1,* 2005, p. 222 y ss.).

víctimas. En 1987, California finalmente incluyó en su legislación que toda clase de delitos se considerarían crímenes de odio si concurría ese prejuicio del autor hacia el estatus de la víctima, superando así la inicial limitación a delitos contra las personas[234] (como igualmente sucedió en nuestro ordenamiento, al superar el artículo 22.4ª CP la originaria limitación del artículo 10.17 ACP). Como consecuencia de estas corrientes, penetró en Europa por la vía del Reino Unido la tendencia de establecer subtipos agravados atendiendo a la motivación del autor (Secciones 28 a 32 de *la Crime and Disorder Act* de 1998).[235] En este contexto, se introdujo en nuestro ordenamiento la circunstancia agravante por motivos discriminatorios, en el año 1995.

Por su proximidad temporal, es sumamente interesante destacar nuevamente el *Wisconsin's Penalty-Enhancement Statute §939.645,* de 1991-1992[236]. Si afirmamos que del debate estadounidense deriva la irrupción de nuestra circunstancia agravante, lógico sería pensar que en EE.UU. existía algún antecedente de contenido similar[237]. Un antecedente se produjo apenas tres años antes de que

---

[234] Para un mayor desarrollo, *vid.* STREISSGUTH, *Hate Crimes… op. cit.*, p. 17 y ss.

[235] Redacción vigente disponible en http://www.legislation.gov.uk.

[236] Se trataba de una circunstancia agravante genérica para todo tipo de delitos contra las personas o contra la propiedad (limitación idéntica a la de la primera versión de nuestra circunstancia agravante): "*Penalty; crimes committed against certain people or property. If a person does all of the following, the penalties for the underlying crime are increased […] (b) Intentionally selects the person against whom the crime under par. (a) is committed or selects the property that is damaged or otherwise affected by the crime under par. (a) in whole or in part because of the actor's belief or perception regarding the race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry of that person or the owner or occupant of that property, whether or not the actor's belief or perception was correct. […] This section does not apply to any crime if proof of race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry or proof of any person's perception of belief regarding another's race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry is required for a conviction for that crime.*" Nótese la exclusión de relevancia del error de hecho para aplicar la agravante, lo que la vincula claramente a la motivación del autor, y no a las consecuencias discriminatorias para el colectivo al que perteneciera la víctima. También resulta interesante la referencia final a la posible interacción del principio de inherencia, que excluiría su aplicación.

[237] Coincidiendo con la irrupción de la agravante en nuestro ordenamiento, se establecía también una circunstancia para todo tipo de delitos, muy similar al actual artículo 22.4ª CP, en el *Criminal Code* canadiense, Sección 718.1: "*A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:* (a) *a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing, (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor*". Aunque esta previsión entró en vigor en septiembre del año 2006, la reforma del Código fue efectuada mediante la Ley C-41,

se incluyera el último contenido vigente del artículo 10.17 ACP (y un año antes de nuestro malogrado Proyecto de Código Penal de 1992), y no es otro que esta ley del Estado de Wisconsin.

Concluyendo nuestro recorrido por la legislación estadounidense, no podría ser completo sin hacer referencia a las aún recientes novedades de su legislación federal, que habíamos dejado en suspenso tras la ley aprobada en 1969. Al margen de las ya mentadas iniciativas a nivel estatal o de la promulgación de leyes federales de consecuencias meramente estadísticas[238], las cuales sin duda tuvieron su influencia, el debate sobre la necesaria reforma de esa ley federal se reactivó tras los asesinatos de Mathew Shepard y James Byrd, Jr. en el año 1998. El primero, un estudiante al que torturaron y mataron por su orientación sexual; el segundo, un hombre de mediana edad al que descuartizaron unos simpatizantes del KKK por ser de raza negra. Ambos crímenes tuvieron un importante impacto social, que redundó en la petición de que se incluyera el *concepto* – entendido conforme al *animus model*[239] - de *hate crime* en la legislación federal. La polémica estaba servida. Incluso algunos sectores que apoyaban que se agravara la responsabilidad penal de los sujetos si su motivación era el odio y prejuicio hacia una raza (para entonces, buena parte de las legislaciones estatales ya lo admitían), no veían con tan buenos ojos la inclusión a nivel federal de la orientación sexual de la víctima como uno de los llamados *status*. Así, tras un largo recorrido, el Gobierno de Barack Obama aprobó finalmente, el 22 de octubre de 2009, la *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*[240]. Entre otras cuestiones procedimentales (principalmente, más

---

promulgada por el Parlamento en el año 1995. Varios aspectos prácticos de interés pueden consultarse en SANDLER, "Hate Motivation as an Aggravating Factor on Sentence: An Overview of the Legal Landscape", *UToronto*, 2010 (http://www.law.utoronto.ca/documents/, fecha de consulta: 17/11/11).

[238] Así, el Congreso promulgó en 1990 la Ley de Estadísticas sobre Delitos Modificados por el Odio, modificada en 1994. *Vid*. FUKUDA-PARR (dir.), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, 2004, p. 83.

[239] Ya entonces, FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 124, entendía que el concepto básico de crimen de odio era el de los delitos agravados por *motivaciones* ("*aggravated assaults on the basis of a motive*"): esto es, el concepto del *animus model*.

[240] Sobre el *iter* de esta norma, *vid*. PETERSEN, *Murder, the Media, and the Politics of Public Feelings: Remembering Matthew Shepard and James Byrd Jr,* 2011, p. 67 y 152 y ss.

competencias de investigación al FBI), se incluían con esta medida, a nivel legislativo federal, varios subtipos agravados por razón de las motivaciones del autor, así como concepto legislativo de crimen de odio[241]: aquellos delitos en los que el autor comete motivado por la raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de su víctima. Los *status*, como puede apreciarse, son muy similares a los enumerados por nuestro vigente artículo 22.4ª CP, si bien con la restricción a delitos contra las personas o la propiedad del artículo 10.17 ACP. En cualquier caso, parece que nuestra circunstancia agravante podría incluirse dentro del concepto legislativo federal estadounidense de *hate crime*. Cuestión, por otra parte, comprensible, ya que fueron las corrientes con denominación de origen anglosajona las que supusieron la introducción del concepto de "crimen de odio" en la legislación continental europea.

Resulta interesante analizar cómo el término ha ido insertándose en ordenamientos donde no existía la misma preocupación originaria que en EE.UU., hasta el punto de que hoy es un concepto asimilado a nivel europeo por el propio TEDH[242]. Este Tribunal, incluso, ha esbozado un genérico concepto propio: serían crímenes de odio los delitos relacionados con la intolerancia y el odio hacia el origen nacional, la raza o la religión[243].

---

[241] La Sección 4703 se remite a la definición de la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994: "*`hate crime' means a crime in which the defendant intentionally selects a victim, or in the case of a property crime, the property that is the object of the crime, because of the actual or perceived race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, disability, or sexual orientation of any person.*" Por su parte, el Considerando (1) de la ley federal de 2009 vincula claramente la agravación a las motivaciones del autor: "*The incidence of violence motivated by the actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity, or disability of the victim poses a serious national problem.*"

[242] Entre otras, SSTEDH, Sección 2ª, Caso Saygili y Falakaoglu contra Turquía, de 21 de octubre de 2008, MP Françoise Tulkens ("*The Government argued that the content of the article was likely to provoke violence and hate crimes in the region*") o Sección 1ª, Caso Ognyanova contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2006, MP C.L. Rozakis ("*The military investigation authorities were not obliged to investigate the theoretical aspects of a case where there were no apparent leads to a possible hate crime.*").

[243] STEDH, Sección 2ª, Caso Milanovic contra Serbia, de 14 de diciembre de 2010, MP Françoise Tulkens: "*The complaint referred to the incident of 11 July 2005 and alleged that the applicant had been a victim of a crime called "incitement to ethnic, racial and religious hatred and intolerance" (izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti, hereinafter "hate crime")*".

También es de destacar la labor de la OSCE, que comenzó a emplear asiduamente el término a raíz de una reunión de su Consejo ministerial en diciembre de 2003[244]. Asumía que se trataba de un concepto vago, que no requería necesariamente la tipificación penal específica del término "delito de odio" para entender que un ordenamiento los sancionaba. Señalaba que los Estados podían hacer frente con sus legislaciones penales vigentes a ese tipo de conductas, destacando precisamente el artículo 22.4ª CP en el caso de España. Esta organización inició una importante investigación estadística a nivel europeo sobre "crímenes de odio". A tal fin, propusieron un concepto "reglado" de lo que debía entenderse por crimen de odio, para que fuera empleado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los Estados Miembro - en el marco de un proyecto piloto desarrollado a partir de 2004 en Hungría y España[245] -. Este concepto, también ubicado en el *animus model* ya asentado en la legislación estadounidense (al conferir relevancia a los *motivos* del autor), fue igualmente asimilado por el Consejo de Europa[246].

---

[244] Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación, nº 4/03, que animaba a los Estados miembros a "*elaborar y mantener registros de información fidedigna y estadísticas sobre delitos de odio*".

[245] "*Un delito de odio puede ser definido como: (A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su "raza" real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.*" Con base en lo anterior: "*Los delitos de odio son delitos en los que la motivación del autor es una característica que identifica a la víctima como miembro de un grupo hacia el que el delincuente siente alguna animosidad* […] *el término delito de odio se usa para describir una amplia variedad de comportamientos, que van desde la violación de la legalidad internacional de derechos humanos hasta la difusión de propaganda de extrema derecha. La etiqueta se puede aplicar a delitos como la agresión y el asesinato y también reflejar actos de violencia de baja intensidad como el vandalismo. La violencia no sólo implica violencia física hacia las personas o sus propiedades, sino que incluye palabras, amenazas y la incitación al odio.*" Sobre la labor de la OSCE en este ámbito, *vid*. IBARRA/STROHAL *et al*., *La lucha contra los Delitos de Odio… op. cit.*, pp. 6-11 y 113.

[246] La Recomendación CM / Rec (2010) 5 a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo 2010, no deja lugar a dudas cuando denomina los *hate crimes* como una subcategoría de incidentes *motivados* por el odio.

Finalmente, la UE también admitiría el uso del término[247]. Uno de los primeros hitos fue la Resolución del Parlamento, de 28 de abril de 2005, sobre la situación de la población romaní en la UE, en la que se solicitaba "*al Consejo que apruebe bajo la Presidencia luxemburguesa la propuesta de directiva marco de la UE sobre el racismo y la xenofobia, que perseguiría los delitos por odio en toda la UE y sobre la cual el Parlamento Europeo debe ser consultado de nuevo*". Insistiendo el Parlamento, mediante Resolución de 8 de junio de 2005, en la general necesidad de "*reconocer que los motivos racistas y xenófobos constituyen agravantes que alargan las condenas*". Esa iniciativa terminaría concretándose en la esencial Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de Noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Evidentemente, por la vía del llamado Derecho penal europeizado, las previsiones de esa Decisión Marco en materia de crímenes de odio podían tener un efecto directo en nuestro ordenamiento[248]. De hecho, para lo que ahora nos

---

[247] De sobra conocida es la genérica preocupación comunitaria por el fenómeno de la discriminación. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar el Libro Verde sobre "Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada" así como las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, de discriminación directa e indirecta; 2002/73/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres; o 2004/113/CE y 2006/54/CE, sobre la implementación de dicho principio en el acceso a bienes y servicios y en el ámbito de empleo y ocupación, respectivamente. Como corolario de todo lo anterior, no puede obviarse la estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos (Diario Oficial C 236 de 24 de septiembre de 2005), el reconocimiento del derecho a no discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, artículo 21; o que dentro de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia, en el Tratado de Funcionamiento de la UE, en su artículo 67.3, se diga que "*la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales*". Como puede apreciarse, la lucha contra la discriminación se plantea como un objetivo comunitario de primer orden.

[248] Recordemos el notable vuelco sufrido en el panorama comunitario tras la conocida STJCE, relativa al *caso Pupino* (asunto C-105-03, de 16 de junio de 2005), que conminaba a los jueces nacionales a interpretar su Derecho nacional de conformidad con las disposiciones contenidas por las Decisiones Marco. En este asunto, el todavía denominado TJCE abordaba el carácter normativo de las Decisiones Marco, previstas como actos de las Instituciones en el extinto Tercer Pilar (ahora, como es sabido, el Tratado de Lisboa ha reorganizado el sistema y unificado el sistema de fuentes, demoliendo los Tres Pilares; *vid*. NAVARRO PORTERA, "El Tratado de Lisboa y el futuro de la acción exterior de la Unión Europea en un mundo globalizado", *AJUM*, 2009, pp. 7-14). Pese a que las políticas relativas a la armonización del Derecho penal eran

interesa, consagraba para todos los Estados miembros un concepto básico de *hate crime* (sin perjuicio de que no todos hayan asumido de igual manera la originaria acepción estadounidense, ni hayan sido igualmente entusiastas a la hora de establecer circunstancias agravantes análogas a nuestro artículo 22.4ª CP[249]).

---

tradicionalmente consideradas como pertenecientes al Primer Pilar, en los últimos tiempos se produjo un desplazamiento del eje jurídico-penal del primer al tercer pilar, lo cual afecta de forma directa al llamado Derecho penal *europeizado*, consistente en la influencia del Derecho comunitario sobre los Derechos penales nacionales [GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho Penal Federal Europeo?", BACIGALUPO SAGESSE/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, 2005, pp. 153-208]. Ahora no reviste tanta importancia esta cuestión ya que, a partir del Tratado de Lisboa, la materia penal pasará a regularse fundamentalmente a través de Directivas, sin que por ello deba obviarse que el *caso Pupino* fue esencial para determinar el alcance del principio de interpretación conforme, en tanto que forma sutil de lograr el efecto directo [NIETO MARTÍN, "Legitimidad y aplicación práctica del Derecho Penal europeizado", *MJ*, 2011 (www.mjusticia.es; última visita: 27 de mayo de 2011)]. El TJCE tuvo en cuenta que el artículo 34.2.b) del entonces Tratado de la Unión Europea vedaba el efecto directo de las Decisiones Marco, pero reconoció que pueden generar efectos interpretativos que condicionen el resultado de un caso concreto: es decir, tienen efectos vinculantes. A pesar de que el impulso para la consecución de un Derecho penal federal europeo se encuentre en estos momentos paralizado, y aunque todavía no exista una armonización consolidada y definida del Derecho penal a nivel comunitario, sí que existen, *intra muros*, el precitado Derecho penal europeizado y unas tendencias armonizadoras jurídico-penales en la Unión Europea (GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", *LL,* 2004, pp. 1606-1615), de entre las cuales podemos destacar la que aquí nos ocupa: la tendencia a armonizar en los distintos derechos nacionales comunitarios las sanciones penales para (y el concepto mismo de) crímenes de odio. Desde luego, el hecho de que pudiera reconocerse a las Decisiones Marco importancia armonizadora en las legislaciones nacionales no significa que estemos ante un Derecho o una Ley penal europea en sentido estricto (SILVA SÁNCHEZ, "Los principios informadores de las propuestas de un Derecho Penal Europeo. Una aproximación crítica", *RP.com,* 2004, pp. 138-150 (http://www.uhu.es; última visita: 24 de marzo de 2011)), pero ello no es óbice para la aplicabilidad de la Decisión Marco y su invocación allá donde el legislador nacional haya guardado silencio o dejado un margen de maniobra interpretativa, siempre que esta interpretación no sea *contra legem* y existiendo en todo caso libertad en la forma de interpretarlas por parte de los jueces nacionales.

[249] Un caso interesante es el de Alemania. En la década de 1990, cuando en nuestro país se introduce la circunstancia agravante por motivos discriminatorios, existía ya allí una importante preocupación por los delitos cometidos por motivos ideológicos, concretamente por sujetos vinculados a ideologías de extrema derecha. En efecto, tras la reunificación, comenzaron a proliferar este tipo de conductas en lo que fuera la RDA. Se acuñó para referirse a este tipo de delitos un concepto propio, desvinculado de la discusión anglosajona: PMK-R (*Politisch motivierten Kriminalität – Rechts*). Actualmente, si bien es cierto que se emplea cada vez más el concepto de *Hasskriminalität*, normalmente se circunscribe al ámbito de la criminología (*vid*. SCHNEIDER, "Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktskategorie", *Jz*, 2003, pp. 497-504); en ocasiones, como mera subcategoría a efectos estadísticos de los PMK-R. Incluso cuando se analiza el concepto estadounidense de *hate crime*, se vincula fundamentalmente a la delincuencia de extrema derecha (COESTER, *Hate crimes: das Konzept der hate crimes aus den USA unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsextremismus in Deutschland*, 2008, p. 345 y ss.). Se ha tratado de vincular la ausencia, en Alemania, de una circunstancia agravante análoga a nuestro artículo 22.4ª CP a que, debido a sus peculiaridades históricas, Alemania ya contaba con un

El objetivo de esta Decisión Marco era que los Estados miembros establecieran sanciones penales para todo tipo de conductas con un carácter "racista o xenófobo". La Decisión Marco iba más allá, pues incluso delimitaba un concepto comunitario del *odio* al que se referiría esta clase de delitos, enumerando los *status* relevantes:

> *"El concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico."*

Si atendemos a los estatus enumerados, parece que la situación era entonces similar en la UE a la que existía en EE.UU. con anterioridad a la ley federal del año 2009: no se consideraban crímenes de odio los delitos motivados por el odio a la orientación sexual o a la ideología de la víctima, a pesar de que algunos Estados miembro ya lo tenían reconocido. La Decisión Marco enumeraba incluso un catálogo de delitos genéricos que podrían ser incluidos en el concepto de crimen de odio que proponía. Así, serían considerados crímenes de odio a nivel comunitario 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; la comisión de uno de esos actos mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra o de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, así como las formas de incitación y la

---

concepto "patrio" para designar una parte de las conductas delictivas motivadas por el odio y el prejuicio del sujeto (de extrema derecha) hacia algunas características de su víctima, insertó el concepto de *hate crime* dentro de la estructura conceptual preexistente. Puesto que se asumía que el concepto de *hate crime* no suponía una verdadera novedad conceptual, tampoco se sintió presionado el Legislador para establecer sanciones agravadas al estilo estadounidense, más allá de las medidas legislativas ya implementadas a consecuencia de la preocupación propiamente alemana sobre los PMK-R. Sobre esta hipótesis, *vid*. BLEICH/HART, "Quantifying hate… *op. cit*., pp.64-80; que citan expresamente a España como ejemplo del caso contrario: al no contar con un concepto propio, fue más permeable a la novedosa discusión y al propio concepto estadounidense, derivando de ello que adoptara medidas legislativas similares a las ya vigentes en EE.UU.. Entre ellas, el artículo 10.17 ACP, tan similar a la ya mencionada circunstancia agravante que con anterioridad había establecido el Legislador de Wisconsin.

complicidad con todas esas conductas. A los efectos que nos ocupan, afirma igualmente esta Decisión Marco que

> "*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante*".[250]

Por lo tanto, también atendiendo al concepto comunitario de crimen de odio, los delitos cuya responsabilidad penal fuera agravada *ex* artículo 22.4ª CP pueden ser considerados como tal.

Con posterioridad a esa Decisión Marco, el concepto de crimen de odio ha seguido siendo empleando a nivel comunitario[251]. Una de estas referencias consta en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de mayo de 2011, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas[252] de delitos. Concretamente,

---

[250] La primera mención a la voluntad de transponer oficialmente esta Decisión Marco se produce en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 16 de julio de 2012, pero se opta por no alterar la redacción del artículo 22.4ª CP (opción mantenida por su versión de octubre de 2012). Básicamente, conforme a la Exposición de Motivos, lo que efectúa esta reforma es lo siguiente: "*Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal* […] *se incluyen medidas para la destrucción de los documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se hubiera cometido el delito, o para impedir el acceso a los mismos* […] *se prevé la agravación de las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas, y se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*"

[251] Especialmente importante, por su influencia en la reforma operada en el artículo 22.4ª CP mediante LO 5/2010, de 22 de junio, fue la Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo 2010. Señalaba esta Recomendación, respecto de los "*crímenes de odio y otros incidentes motivados por el odio*", que "l*os Estados miembros deberían garantizar al determinar las sanciones que sea tomada en consideración la motivación discriminatoria relativa a la orientación sexual o la identidad de género como circunstancia agravante*". Se superaba así la exclusión del concepto de crimen de odio de las motivaciones por odio hacia la orientación sexual, también a efectos de posibles circunstancias agravantes. No obstante, el paso definitivo para conferir mayor amplitud al concepto lo da la Directiva sobre derechos de las víctimas, aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012, que asimila en cierto modo el concepto de "crimen de odio" a todo delito motivado por prejuicios.

[252] En puridad, a las *posibles* víctimas de *indiciarios* delitos, pues la existencia del delito no ha sido determinada en juicio cuando nace el derecho a beneficiarse de esos servicios. Del mismo modo que en nuestro ordenamiento ha triunfado la expresión de "presunto culpable o responsable" cuando la presunción es *de inocencia* (sobre este criticable fenómeno, *vid*. SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho Penal,* 2009, pp. 79-81), se presupone que es víctima todo supuesto o posible perjudicado. Así, nace este derecho con base en dicha presunción, sin necesidad de que la autoridad judicial se haya pronunciado en firme al respecto. Por supuesto, las críticas que pueden plantearse para la denominación de "presuntos" responsables no son del mismo calado

preveía esa propuesta el establecimiento de un servicio de apoyo a las víctimas de delitos de "*odio racial o de género u otros delitos motivados por prejuicios*"[253]. La Directiva, finalmente aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012, mantendría - *ad exemplum*, en su Considerando (56) - la referencia al concepto de crimen de odio, asimilándolo al de "delito cometido por motivos discriminatorios" ("*whether it is a hate crime, a bias crime, or a crime committed with a discriminatory motive*"). Así las cosas, *conceptualmente* serían crímenes de odio todos aquellos delitos motivados por cualquier clase de prejuicio, hacia cualquier característica de la víctima (no sólo ya el "color" y la "raza"). Contamos, pues, con importantes indicios acerca de los tipos penales de nuestro Código que podrían catalogarse como crímenes de odio desde el prisma de este concepto comunitario, que es esencialmente idéntico al concepto amplio del *animus model* acuñado en EE.UU..

Ahora bien, como decíamos, no todos los Estados miembros han asumido de forma análoga el anglosajón concepto de *hate crime*. En España, aunque como hemos visto, el "odio" se menciona específicamente en diversos preceptos del ordenamiento, no existe Capítulo ni Título alguno del Código que se refiera a "los delitos de odio". Al margen de la influencia en nuestro ordenamiento del concepto comunitario de crimen de odio, resta por analizar si internamente se ha asimilado en la actualidad, en alguna medida, el concepto originario de EE.UU..

La introducción del concepto de *hate crime* en nuestro ordenamiento no puede entenderse sin atender a la labor realizada por la Fiscalía Provincial de Barcelona, que ya en el año 2008 hacía referencia a lo "*que comienza a acuñarse en*

---

cuando de ayudas a posibles víctimas se trata. Sirva como ejemplo del sentido de las críticas que este concepto amplio de víctima suscitó, ya en fase de tramitación de la propuesta de la Directiva aprobada el 4 de octubre de 2012, la efectuada por el Dictamen del Comité de Regiones (*vid*. Diario Oficial de la Unión Europea, de 18 de abril de 2012): "*Toda persona física expuesta a cualquier delito –incluso faltas menores– se considera una víctima con arreglo a la directiva. Así, las víctimas de delitos menores obtienen a través de esta amplia definición acceso a todo un espectro de derechos procesales establecidos en la Directiva. Ello podría resultar bastante oneroso*".

[253] *Vid*. Considerando (13).

la doctrina y en la legislación comparada como «delitos de odio»". Así, en el ámbito jurídico, se abandonaba la denominación de "crímenes", extendida en otros sectores[254], para emplear la de "delitos". En aquel momento, esta Fiscalía Provincial enumeraba diversas figuras (en particular, la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP) que podrían englobarse dentro de aquel concepto. La FGE, por su parte, acogió favorablemente esa propuesta[255].

Un año más tarde, ante el contexto favorable del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, la Fiscalía Provincial de Barcelona reiteró su propuesta[256]. Ese malogrado Anteproyecto pretendía crear

---

[254] Como hemos señalado, el concepto de *hate crimes* se introdujo en España como "crímenes", y no "delitos", de odio (*vid*. IBARRA, *Los crímenes del odio... op. cit.*, 300 pp.).

[255] Memoria de la FGE del año 2009, pp. 1052-1054: "*La Fiscalía Provincial de Barcelona, que en los últimos años ha extremado la persecución de los delitos que radican en la discriminación de los ciudadanos, propone que si bien el Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, supuso un hito histórico y un cambio de 180 grados en el abordaje del fenómeno de la discriminación al contemplar de manera expresa figuras delictivas y una agravante específica que sancionaban ciertos comportamientos en los que el móvil de la discriminación estaba presente, los constantes cambios producidos en la sociedad española y la escasa aplicación que han tenido algunos de los citados artículos del Código Penal, han puesto de manifiesto la necesidad de proceder a la actualización de algunos de los artículos que tipifican o agravan las citadas conductas de discriminación, concretamente la reforma que ponga al día los artículos 129, 173, 510 a 512, todos ellos del Código Penal. La Fiscalía Provincial de Barcelona recomienda la necesidad de crear una nueva figura delictiva y que comienza a acuñarse en la doctrina y en la legislación comparada como «delitos de odio» y que contempla todos aquellos actos o comportamientos de violencia absolutamente gratuita ejecutada por móviles discriminatorios (origen, raza, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, edad, enfermedad, etc.) y perpetrada con la finalidad de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, lesionándose así gravemente su dignidad humana y que permita su aplicación tanto a casos de actos reiterados o permanentes de humillación o vejación a las personas por motivos discriminatorios como a conductas única y puntuales pero de gran intensidad lesiva para la dignidad de la persona. Si bien es cierto que estos comportamientos han sido subsumidos por algunos de nuestros tribunales en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal, también es cierto que al ser un precepto tan genérico y con un alto componente de ambigüedad se presta a interpretaciones contrapuestas. La experiencia demuestra que muchos de estos asuntos son considerados como hechos de trascendencia menor por jueces y fiscales y es relativamente frecuente que se reputen como mera falta de lesiones, coacciones o amenazas, no agotándose toda la antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta. Con una previsión específica por el legislador de este tipo de comportamientos se incrementaría notablemente la seguridad jurídica reduciéndose ostensiblemente la posibilidad de resoluciones opuestas que se observan en la práctica diaria.*" Sobre la supuesta necesidad de tipificar una figura específica que vendría a ser algo así como un "acoso moral por motivos discriminatorios", habría que decir que nada impide abarcar el reproche penal de este tipo de conductas aplicando la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP al delito del artículo 173 CP.

[256] Memoria de la FGE del año 2010, p. 1245: "*Delitos de odio y discriminación. – La Fiscal Superior de Cataluña se hace eco de la insistencia de la Fiscalía de Barcelona en la necesidad de reformar el Código Penal para dar respuesta punitiva eficiente a una serie de conductas discriminatorias y relacionadas con los llamados «delitos de odio» en los mismos términos expuestos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del pasado año. Cabe, por ello, remitir a su contenido, dejando no obstante constancia de que la*

una estadística específica[257] así como un Fiscal de Sala Delegado[258] para este tipo de delitos. Fue quizás la inactividad a nivel estatal, unida a la importante repercusión mediática de dos procedimientos en la Ciudad Condal[259], lo que, finalmente, impulsó la creación por parte de esa Fiscalía Provincial, mediante Instrucción del Fiscal Jefe nº 1/2009, del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación. Este Servicio ha llevado a cabo en Cataluña lo que esencialmente proponía aquel Anteproyecto en cuanto a estadística y Fiscal especializado en delitos de odio se refiere. Tampoco debe obviarse la importancia de otros factores para el establecimiento de este Servicio, ya enumeradas, como la crisis económica (que favorece la proliferación de este tipo de conductas[260]), o el aumento de las mismas a través de Internet, todo ello expuesto ya entonces por informes elaborados por varias entidades[261]. Por lo

---

Fiscalía catalana justifica su insistencia al hilo de la iniciativa del Ministerio de Igualdad dirigida a promulgar una Ley por la Igualdad de Trato y contra la Discriminación."

[257] Artículo 34: "*1. Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación, los poderes públicos deberán introducir en la elaboración de sus estudios, memorias o estadísticas, siempre que éstos se refieran o afecten a aspectos relacionados con la igualdad de trato, los indicadores y procedimientos que permitan el conocimiento de las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación por razón de las causas previstas en esta Ley. 2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recabarán los datos sobre el componente discriminatorio de las denuncias cursadas y los procesarán en los correspondientes sistemas estadísticos de seguridad. 3. La estadística judicial recogerá datos específicos sobre los asuntos registrados por infracciones penales relativas a trato discriminatorio, que incluirán al menos, las denuncias recibidas, los tipos de delitos por los que se instruyen los procedimientos, los tipos de delitos por los que se dictan las sentencias, la motivación de la conducta discriminatoria, las personas enjuiciadas, la forma de terminación de los procedimientos y las penas y medidas impuestas.*"

[258] Artículo 30: "*1. Para promover y coordinar las actuaciones penales que sancionen comportamientos discriminatorios, el Fiscal General del Estado designará un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación. 2. El Gobierno fomentará la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal.*"

[259] En su Cuarto Informe sobre España, de 8 de febrero de 2011, la ECRI atribuye a los mediáticos procedimientos contra los dueños de las librerías Kalki y Europa la creación de la Fiscalía especializada. Sobre estos supuestos, *vid*. IÑIGO CORROZA, "Caso de la Librería Europa"… *op. cit*., pp. 613.631 y LANDA GOROSTIZA, "Incitación… *op. cit*., pp. 297-346.

[260] Esta es, de hecho, la temática del prólogo de IBARRA al *Informe Raxen Especial 2010. Ofensiva xenófoba durante la crisis económica*, p. 4: "*En este escenario de crisis, el aumento del prejuicio xenófobo y del hostigamiento a la inmigración está servido. El rechazo latente a compartir igualdad de trato en materia de empleo, sanidad, educación y otro tipo de atención asistencial se viene constatando no solo en las encuestas oficiales, se evidencia en situaciones discriminatorias de la vida cotidiana. Si a todo ello se le añade la agitación estimuladora del odio y el hostigamiento a los inmigrantes que impulsan grupos de ultraderecha, en las calles o en Internet, para azuzar conflictos con consignas tipo "Stop invasión" y "los españoles primero" en línea con el populismo neofascista europeo, la perspectiva es inquietante.*"

[261] Estas son las causas de creación del Servicio de Delitos de Odio invocadas por el representante del Ministerio Fiscal encargado del mismo (*vid*. AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit*., pp. 48-49). Los informes que más influencia habrían tenido, expresamente mencionados, serían el Informe Raxen 2009 del Movimiento contra la

que ahora interesa, como "delitos de odio" han sido considerados, en la clasificación conceptual elaborada por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de Barcelona, aquellos a los que sea de aplicación el artículo 22.4ª CP[262].

La ECRI del Consejo de Europa definió esta iniciativa "*como un ejemplo de buenas prácticas*", incluso recomendando "*nombrar más fiscales especiales para combatir la discriminación y los actos de violencia inspirados por el odio y la discriminación en otras partes de España*"[263]. Fue Málaga quien siguió en primer lugar tal consejo[264], justificando la creación de su nueva sección de "delitos de odio y discriminación", específicamente, debido a la proliferación de supuestos en aquella provincia a los que podría ser de aplicación el artículo 22.4ª CP.[265]

Intolerancia, la Memoria 2008 de la Oficina de Denuncias de SOS Racismo y la *European Anti-discrimination Law Review*, nº 8, de julio de 2009. En esta última publicación (pp. 65-67) se destacaba respecto de España el Plan de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008, que incluía como uno de sus objetivos la no-discriminación. La mención específica a esta publicación (y, por ello, su influencia en la creación del Servicio) podría igualmente venir motivada por la referencia a la mayor condena por crímenes de odio hasta el momento en Portugal (sentencia de 3 de octubre de 2008 del Tribunal de Lisboa Boa Hora, condenando a 36 *skinheads* neonazis, *vid*. p. 61) o a la sentencia de un tribunal vienés por un crimen de odio cometido a través de Internet (vía e-mail), de 22 de septiembre de 2008, que sirvió para demostrar que, también en supuestos de "odio cibernético" (*cyber-hate*), era posible lograr la identificación del culpable (*vid*. p. 36).

[262] AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit*., pp. 47-48. El autor distingue a nivel conceptual entre "delitos de odio" (en los términos expuestos) y "delitos de discriminación" (aquellos en los que el bien jurídico protegido sea la igualdad de trato), siendo unos y otros los "delitos de odio y discriminación" cuya competencia se arroga el Servicio.

[263] *Vid*. Cuarto Informe sobre España, 8 de febrero de 2011, p. 15.

[264] El número de Fiscalías Provinciales que, de una u otra manera, se han sumado a esta iniciativa va en aumento. Así, señala la Memoria de la FGE del año 2012, pp. 1158-1160: "*la Fiscalía Provincial de Sevilla se encuentra en fase de constitución de una sección especializada para abordar la actuación y el impulso necesario que debe tener la persecución y detección de estos ilícitos penales relativos al* [...] *odio y la discriminación*. [...] *En la Comunidad Autónoma de Madrid, existe en la Fiscalía Provincial un Servicio denominado «Delitos de Odio y Discriminación», que ha seguido manteniendo la coordinación de todos aquellos procedimientos en que los hechos delictivos pudieran ser manifestación de racismo, antisemitismo, o de cualquier otro tipo de discriminación por razón de ideología, religión, etnia, raza, sexo, enfermedad o discapacidad de la víctima. Los Fiscales adscritos a dicho Servicio tienen atribuida la función de intervenir en las Diligencias preprocesales o de Investigación que hacen referencia a conductas que puedan calificarse como delitos de odio o de discriminación*." Puede que la próxima sea la de Valencia, donde desde hace tiempo existen reclamaciones en tal sentido por parte de algunos sectores (*vid*. noticias de los diarios Adn.es, D. Font, "Ibarra exige una Fiscalía contra delitos de odio en Valencia", 12/04/11; o Nació Digital.cat, "Acció Cultural reclama una Fiscalia de Delictes d'Odi a València", 09/11/11).

[265] El fiscal jefe de Málaga presentó esta nueva sección el 13 de Junio de 2011 (*vid*. noticia del Diario Sur, Montse Martín, "Un fiscal perseguirá los delitos de discriminación y de odio", 14/06/11, y vídeo disponible en http://www.diariosur.es/v/20110614/malaga/fiscal-

Finalmente, el "*seguimiento de los delitos de odio*" se encargaría a un Fiscal de Sala Delegado, como reclamara en su día la Fiscalía Provincial de Barcelona, si bien con carácter supletorio:

> "*El Fiscal General del Estado, por Decreto de 10 de octubre de 2011, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto Orgánico, delegó en un Fiscal de Sala Penal del Tribunal Supremo la función de «la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación», cuyo ámbito comienza en aquellas zonas no abarcadas por la competencia de Fiscalías Especiales u otras Unidades especializadas*".[266]

En cualquier caso, la creación de estos servicios especializados en delitos de odio ha terminado de afianzar el concepto en nuestro país, de forma que hoy se emplea a nivel académico asumiendo que la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP indica, en efecto, la presencia de un delito de odio[267]. A nivel conceptual, se ha asumido que por "delitos de odio" se entienden aquéllos en los que la responsabilidad penal del autor se agrava debido a sus motivaciones.

En definitiva, tanto a nivel comunitario como estatal se ha asimilado el concepto del *animus model* de *hate crimes* estadounidense. Como señala LANDA, puede hablarse de dos modelos político-criminales nítidos en lo que a crímenes de odio se refiere. De un lado, el modelo europeo restringido, que se centra en tipificar conductas de incitación o provocación al odio xenófobo (Francia, Alemania, Austria, Suiza), y de otro, el de la agravación de la responsabilidad penal mediante tipos cualificados o agravante genérica propio de EE.UU.. El modelo político-criminal español se caracterizaría por ser mixto y expansivo, incorporando ambas perspectivas, lo cual sería propio del "modelo románico o latino". En lo que al artículo 22.4ª CP se refiere, estaríamos ante una

---

perseguira-delitos-discriminacion-20110614.html, fecha de consulta: 18/11/11). Fue destacada la aplicación del artículo 22.4ª CP en tentativas de homicidio a inmigrantes.

[266] Memoria de la FGE del año 2012, p. 1158.

[267] Sirvan como muestra las Jornadas multidisciplinares celebradas el 16 de diciembre de 2011 en la Universidad de Barcelona, "*Els delictes d'odi y discriminació*". En particular, respecto del artículo 22.4ª CP como circunstancia que se aplica a un delito cuando es de odio, señalaremos que la primera Sesión ("Los delitos de odio: perspectiva doctrinal y jurisprudencial") dio inicio con el debate – moderado por BOLEA BARDÓN – "La circunstancia agravante de motivos racistas o discriminatorios (artículo 22.4ª CP): Un análisis comparado".

manifestación del modelo estadounidense.[268] Pues bien, el punto sobre el cual es preciso ahora incidir es que no se trata de una manifestación, genéricamente considerada, de dicho modelo: concretamente, es una manifestación del *animus model*. Y el concepto que de "crimen de odio" propone este *animus model* es el que se encuentra en la base de las conductas a las que pudiera ser de aplicación nuestro artículo 22.4ª CP.

Quiere esto decir que el debate al otro lado del Atlántico sobre el fundamento de la agravación de la responsabilidad penal conforme al *animus model* debe ofrecernos respuestas para determinar el fundamento de nuestro artículo 22.4ª CP. En particular: si es justo agravar la responsabilidad penal del autor debido a sus motivaciones (el odio y el prejuicio hacia determinada característica de la víctima), y por qué sólo algunas características justificarían tal agravación (y no, por ejemplo, la simpatía hacia un equipo de fútbol). Es lo que se ha dado en llamar el debate del odio (*the hate debate*), en el que por fin podremos adentrarnos, una vez clarificados los conceptos necesarios para su adecuada comprensión.

Huelga señalar que el fundamento que pretenda conferirse a la agravación de la responsabilidad penal dependerá en gran medida del concepto de "crimen de odio" con el cual se trabaje. No podemos obviar que quienes consideran que necesariamente han de insertarse legislativamente los crímenes de odio como medidas de protección a minorías tradicionalmente discriminadas, manejarán un concepto distinto de "crimen de odio", y por lo tanto distintos fundamentos para la agravación. Sin embargo, como hemos visto, la legislación estadounidense ha remado en sentido contrario, y el concepto introducido en la UE y en España nos permite afirmar, sin dudas, que si el artículo 22.4ª CP se aplica estaremos ante un delito de odio. Por lo tanto, analizaremos el fundamento de este *animus model*, al que pertenece el precepto objeto de

[268] *Vid*. LANDA GOROSTIZA, "Racismo, xenofobia… *op. cit*., pp. 65-68 y EL MISMO, *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, 1999, p. 204 y ss.

estudio. Todo ello sin perjuicio de que, quizás, lleguemos a la conclusión de que sólo entendido el concepto de crimen de odio como "aquel delito cometido por un sujeto perteneciente al grupo dominante contra un miembro de un colectivo tradicionalmente discriminado, con el fin de perpetuar su tradicional situación de desigualdad", estaría fundamentada la agravación de su responsabilidad penal.

De hecho, no faltan voces en el *hate debate* que señalan que la decidida apuesta legislativa por el *animus model* ha sido un error, puesto que desde ese modelo resulta sumamente complicado hallar un fundamento convincente para la agravación. Así, DANNER afirma que sólo entendiendo los crímenes de odio desde el prisma del *discriminatory selection model*, es posible hallar un fundamento filosófico de la agravación[269]. Sin entrar a valorar el fundamento de ese modelo, debemos convenir en que el artículo 22.4ª CP se integra en el *animus model*, mencionando además de forma expresa los "*motivos*" del autor. Evidentemente, si no halláramos fundamento para el *animus model*, de *lege ferenda* podríamos plantear una reforma de la circunstancia agravante que la reintegrara en el modelo de selección discriminatoria. Pero todo ello parte de la hipótesis de que el modelo legislativo de crímenes de odio que agrava la responsabilidad penal por las motivaciones del autor tenga fundamento: de que revista una razón de ser última para existir conforme a los principios que inspiran nuestro ordenamiento. Concretamente, de que revista tal fundamento el *animus model* cuando se articula a través de una circunstancia agravante genérica. Si existe algún fundamento para que sean las motivaciones - el odio y el prejuicio - hacia las características de la víctima - por ejemplo, la raza, y no el hecho de que el autor sea WASP y su víctima negra – la causa de la agravación, deberíamos convenir en que está *justificado* que nuestro ordenamiento cuente

[269] Es decir, la agravación encontraría su fundamento en el efecto comunicativo de la elección de la víctima, provocando un mayor daño a un colectivo tradicionalmente discriminado y perpetuando esquemas de discriminación preexistentes Sobre el fundamento del *discriminatory selection model* de crímenes de odio, *vid*. DANNER, "Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context", *BCLR*, 2003, pp. 389-450.

con una circunstancia agravante como la prevista por el artículo 22.4ª CP[270]. Para solventar estas dudas, el primer paso ineludible nos lleva ya a adentrarnos en el llamado *hate debate*.

[270] De ser el caso, existiría un "escollo" adicional: el *animus model* de los delitos de odio parte de una concepción psicologicista, en la que las motivaciones del autor parecen desempeñar una función clave a la hora de determinar su fundamento. Por lo tanto, aunque lográramos discernir dicho fundamento, también será preciso comprobar si es posible establecer una agravación de la responsabilidad penal para quien actúa guiado por una emoción. (*vid. infra*, Primera Parte, Capítulo IV). Sobre la perspectiva que afirma la necesaria intersección entre Derecho y Psicología dimanante del estudio conceptual de los crímenes de odio, *vid*. SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law… *op. cit*., pp. 235-245.

Capítulo III

El debate del odio (*the hate debate*). Un análisis sobre el fundamento de la agravante.

1. Una introducción a los términos del debate.

El término *hate debate* ("debate del odio") fue popularizado a raíz de un así intitulado artículo, publicado tras la aprobación de la legislación sobre crímenes de odio en el Estado de Texas (EE.UU.). Una característica de este debate sería, conforme al autor de dicho artículo, su desarrollo en términos que "le recordaban a las discusiones que mantenía con sus compañeros durante la primera semana de la carrera de Derecho"; no por lo pueril, sino por lo elemental de las posturas[271]. En efecto, un debate sobre el fundamento de una institución jurídica (en este caso, de una que implica la agravación de una pena) supone discutir sobre su razón de ser. Se trata de una discusión de la cual sobresalen los extremos, frente a frente: quienes afirman que es mejor, en términos de Justicia, un ordenamiento que agrava la responsabilidad penal del autor si comete el delito por motivos discriminatorios y quienes rechazan de plano que dicha circunstancia deba ser tomada en consideración. Al menos, ese es el enfoque del debate que analizaremos en el presente capítulo: no trataremos aquí el *hate debate* en toda su extensión, sino únicamente a los efectos que nos interesan para discernir el fundamento del artículo 22.4ª CP. Si, como hemos avanzado, nuestra agravante genérica pertenece al *animus model*, sólo nos interesará extraer de la discusión estadounidense si ese *animus model* tiene algún fundamento y, de ser el caso, cuál es. Esta labor no es sencilla, puesto que las distintas fundamentaciones posibles tienden a entremezclarse.

[271] SPONG, "The Hate Debate", *TM*, 2001 (http://www.texasmonthly.com/2001-04-01/law.php, fecha de consulta: 30/11/11).

Como muestra, acudamos a la legislación federal estadounidense, concretamente a los "considerandos" de la *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*, de 2009. Tras anunciar que la legislación federal hasta entonces vigente no era adecuada para hacer frente a los delitos motivados por el prejuicio, enumera varias razones por las que la nueva ley es deseable. Interpretadas en clave de "fundamentos", quedarían de la siguiente manera:

a. Estos delitos no sólo son devastadores para la víctima, sino también para quienes comparten los rasgos por los cuales fue seleccionada.

b. Estos delitos afectan a las relaciones interestatales. Entre otras cuestiones[272], obligan a quienes revisten determinadas características a emigrar a otros Estados para huir de la violencia.

c. Esos motivos discriminatorios se basan en condiciones personales (raza, color, origen, religión) que anteriormente justificaban la esclavitud, por lo que no sólo servirá para eliminar la violencia cometida por tales motivos, sino también los reductos de la servidumbre involuntaria.

d. Es un problema lo suficientemente grave y extendido.

[272] Obviamos detallar todas, puesto que la mayoría de estas razones van encaminadas a justificar que sean crímenes *federales*. De hecho, la posibilidad de que se sancionaran los crímenes de odio como delitos federales fue objeto de su propio debate. Principalmente, desde ópticas más bien utilitaristas, se argumentaba que no era necesario porque se trataba de conductas escasas en comparación con otros delitos. Una crítica interesante es la que afirmaba que, conforme a la casuística, los crímenes de odio (contra el patrimonio y las personas) que se proponían convertir en delitos federales eran normalmente cometidos por minorías y, en tal sentido, una ley federal de crímenes de odio sería injusta porque en la práctica serían penalizadas en exceso dichas minorías (*vid*. CHORBA, "The danger of federalizing hate crimes: congressional misconceptions and the unintentional consequences of the Hate Crimes Prevention Act", *VLR*, 2001, pp. 319-379). Salta a la vista que esa crítica podría haberse sorteado si la ley federal hubiera consistido en una circunstancia agravante genérica, aplicable a toda clase de delitos, del estilo de nuestro artículo 22.4ª CP.

Se entrelazan aquí varias ideas: gravedad, prevención, "agravios históricos" e incluso rentabilidad. Sin perjuicio de que, quizás, todas ellas concurrieran en la *mens legislatoris*, lo cierto es que únicamente si discernimos un suficiente fundamento para esta clase de instituciones jurídicas podremos sostener la coherencia de esta política criminal (ya sea respecto del *animus model*, ya sea concretamente de nuestra circunstancia agravante). Del mismo modo, como tendremos ocasión de comprobar, los diversos pronunciamientos jurisprudenciales respecto del artículo 22.4ª CP distan mucho de mantener una línea coherente entre sí. En gran medida, ello se debe a las divergentes posturas respecto del fundamento de la agravación. Ello explica que dotemos de importancia en el presente trabajo a la determinación del fundamento del artículo 22.4ª CP. En mi opinión, no necesariamente el hecho de que este precepto revista uno u otro fundamento va a determinar que suponga un plus de agravación conforme a una u otra categoría de nuestra Teoría dogmática del Delito (conforme viene siendo aceptado: acción típica, antijurídica y culpable - y punible -). Pero aunque la naturaleza de la agravante no derive, sin más, de su fundamento[273], no cabe duda de que el fundamento se erige en criterio interpretativo rector último para su existencia en nuestro ordenamiento.

---

[273] En este sentido, conviene recordar lo que ya señalara FERRAJOLI, "El Derecho Penal Mínimo", BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y Teoría de la Pena*, 1995, pp. 25-48:"*La pregunta «¿por qué castigar?» puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el de porqué existe la pena, o bien porqué se castiga; b) el de porqué debe existir la pena, o bien por qué se debe castigar. En el primer sentido el problema del «porqué» de la pena es un problema científico, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como verdaderas o falsas. En el segundo sentido el problema es, en cambio, uno de naturaleza filosófica -más precisamente de filosofía moral o política- que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas las que sin ser verdaderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas.*" El análisis que acometeremos en este Capítulo se compadece mejor con el segundo sentido: una aproximación desde la Teoría de Justicia al fundamento de una institución jurídica (por qué debe existir esa institución), como sucedería con una aproximación desde la Teoría de la Pena, nos permitirá obtener una razón de ser filosófica. Pero ese fundamento del artículo 22.4ª CP deberá ser amoldado a nuestra Teoría del Delito continental, obteniendo así la respuesta a la naturaleza de la agravante (se castiga de forma agravada porque existe un plus de antijuridicidad, o bien porque nos encontramos ante una mayor culpabilidad, etc.). Este segundo análisis (objeto de la Segunda Parte del presente trabajo) es el que nos permitirá afirmar por qué es legítima la agravación de la responsabilidad penal *conforme a nuestra Teoría del Delito*.

Todas estas cuestiones nos exigirán, como punto de partida, establecer las corrientes filosóficas de Teoría de Justicia bajo cuyo prisma analizaremos el *animus model*. Efectuaremos, así, un planteamiento de caracteres filosóficos y político-criminales, muy propio de los ordenamientos de tradición anglosajona donde se originó la corriente que dio origen a nuestro actual artículo 22.4ª CP.

Existe un buen número de teorías de Justicia desde las cuales se podría emprender este camino. Como señala SANDEL, si tuviéramos que simplificar el problema, normalmente lo que consideremos *justo* dependerá del valor que atribuyamos a un determinado ideal preponderante: *ad exemplum*, el bienestar, la libertad, la virtud, etc.[274] Lo anterior es cierto tanto si hablamos de justicia distributiva como de justicia correctiva. Siempre podremos encontrar un fundamento, si estamos dispuestos a renunciar a un valor en detrimento de otros, si caemos en el relativismo más absoluto o escogemos una particular Teoría de Justicia que sea completamente ajena a nuestra tradición o al Estado en el que existe la institución jurídica objeto de análisis. No es éste, obviamente, nuestro objetivo. La cuestión radica en examinar si, conforme a los enfoques de Teoría de Justicia más acordes con nuestro ordenamiento (esto es, conforme a las corrientes que *admite* nuestro ordenamiento) podemos discernir un fundamento suficiente para una institución jurídico-penal agravatoria como nuestro artículo 22.4ª CP.

El análisis del fundamento de una institución jurídico-penal conforme a la Teoría de Justicia ha venido efectuándose por nuestra doctrina científica desde la óptica del utilitarismo y, de otro lado, desde teorías que podríamos denominar "deontológicas"[275]. Entre estas últimas, sobresale la llamada teoría

---

[274] SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, 2010, p. 19 y ss.

[275] Así, VARONA, *El miedo… op. cit.*, pp. 7-66, desde la dualidad utilitarismo/retribucionismo. La distinción que aquí proponemos es similar a la empleada por NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 1999, pp. 382-486 al tratar la ética normativa: las teorías de justicia podrían dividirse en dos grandes bloques (teleológicas/deontológicas), excluyendo aquí nosotros la vertiente iusnaturalista de AQUINO de entre las primeras, llegando así a la dualidad utilitarista/"deontológica". Evitamos así la mención expresa al término "retributivo" que, si bien empleado con asiduidad en el ámbito de las teorías de Justicia de forma más bien amplia,

del merecimiento (*just desert*), que entendida en un sentido laxo[276] sugiere ecos de doctrinas propias del debate sobre la justificación de la pena[277], que apelan a los principios de proporcionalidad – subsidiariedad – o lesividad/ofensividad. En los últimos tiempos, no obstante, existe una tercera Teoría de Justicia que va despertando interés en nuestro ordenamiento.

Así, admitiendo que el utilitarismo y el "retribucionismo" son las corrientes filosóficas más influyentes en nuestra tradición, se ha contrapuesto a ellas la llamada Justicia restauradora o "restaurativa"[278]. Esta perspectiva operaría

---

podría conducir a confusión con las perspectivas que se denominan también "retributivas", en un sentido más estricto, en el ámbito de la Teoría de la Pena. El adjetivo "deontológico", aplicado a las perspectivas que analizaremos, debe entenderse como una suerte de cajón de sastre, en el que el aspecto deontológico no será necesariamente retributivo *stricto sensu*.

[276] *Vid.*, en este sentido, CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, "Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment", *JPSP*, 2002, pp. 284-299, quienes tras un sugerente estudio empírico concluyen que la mayor parte de la ciudadanía se inclina hacia una visión "retribucionista" del castigo (entendida en contraposición a una visión utilitarista), sin necesidad de entender el merecimiento como una suerte de *lex talionis* pro pena de muerte. Es decir, sin necesidad de entender que la existencia de un "fundamento retributivo o del merecimiento" implica la consideración de que la agravación de la responsabilidad penal únicamente cumple prestaciones retributivas (como en las llamadas teorías absolutas de justificación de la pena, que no le asignan mayor función a esta que vaya más allá del propio castigo: que sólo miran al pasado). Como bien señala PEÑARANDA RAMOS, "La pena: Nociones Generales", LASCURAIN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2011, pp. 221-260; la famosa distinción de GROCIO, ya esbozada por SÉNECA, respecto de la justificación del castigo ("porque se ha delinquido" *versus* "para que no se delinca en el futuro"), entendida como contraposición de fines, es inadecuada. Lo primero afecta al fundamento de la pena, lo segundo a sus prestaciones preventivas. Así, un fundamento "retribucionista" del artículo 22.4ª CP no debería excluir *per se* que la agravación pueda tener prestaciones preventivas. Siguiendo a NINO, Los *límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, *passim* y p. 263 y ss., el término "retributivo" suele emplearse para designar las concepciones más diversas, desde el momento en que se abandona un planteamiento estrictamente utilitarista. Así empleamos aquí nosotros el término "deontológicas". Pero como también señala este autor, es posible combinar aspectos retributivos y utilitaristas para justificar coherentemente la pena. Nuestra labor consistirá en aunar perspectivas para alcanzar un posible fundamento, no de "La Sanción Penal", sino de una institución jurídica que supone una agravación de la responsabilidad en la mitad superior del marco punitivo previsto para el delito que se trate: el artículo 22.4ª CP.

[277] Sobre las teorías de justificación de la pena, *vid.*, *passim*, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 2007, 925 pp.; o PEÑARANDA RAMOS, "La pena… *op. cit.*, pp. 221-260. Conviene insistir en que, aunque intrínsecamente ligada, se trata de una óptica de análisis (la del fundamento de la agravación) que no es exactamente coincidente con la de los debates acerca de las prestaciones que puede desempeñar el Derecho penal o los fines de la pena. Nuestro objetivo, en lo que a discernir el fundamento del artículo 22.4ª CP se refiere, no va encaminado exactamente a determinar por qué se castiga (de forma agravada), sino más bien a discernir por qué es *justo* que un ordenamiento jurídico-penal como el nuestro cuente con esta circunstancia agravante.

[278] Contraponiendo estas tres Teorías de Justicia, CID MOLINÉ, "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y Derecho Penal", *AFDUAM*, 2007, p. 151-168.

como una suerte de tercera vía: tanto el utilitarismo como el retribucionismo consideran que el delito no supone un conflicto entre delincuente y víctima, sino entre delincuente y sociedad, y defienden que el principio de proporcionalidad es la base para resolver ese conflicto. Para el utilitarismo, porque debe imponerse una pena mayor a las conductas que más dañan a la sociedad, redundando ello en razones de prevención. Para el retribucionismo, porque si la pena es proporcional, será justa y la sanción expresará la culpabilidad por la ofensa realizada. Por el contrario, la Justicia restauradora sólo admitiría el recurso al "paradigma proporcionalista" una vez agotados los mecanismos con finalidad restauradora. Sus postulados no estarían tan vinculados a la pena (especialmente, a la de prisión): la Justicia restaurativa se encargaría en mayor medida de la rehabilitación del delincuente, permitiendo una participación más activa de la víctima. Por ello, se antoja aconsejable analizar si una aproximación al artículo 22.4ª CP también es posible desde esta perspectiva.

Habida cuenta de la magnitud de la empresa planteada, debemos señalar que se encuentra lejos de nuestra intención elaborar *ex novo* una Teoría de Justicia que justifique la existencia del *animus model* legislativo de crímenes de odio. Más bien, partiendo de que nuestro artículo 22.4ª CP pertenece a esa corriente legislativa estadounidense, y que en ordenamientos anglosajones se ha desarrollado profusamente una discusión sobre el fundamento de esta clase de instituciones jurídicas desde las tres perspectivas reseñadas (utilitarista, "deontológica" y restaurativa), lo que haremos será analizar ese debate. Una vez efectuado ese paso, estaremos en condiciones de concluir si alguna de esas propuestas se antoja suficientemente convincente como para admitir que el artículo 22.4ª CP reviste suficiente fundamento, y cuál puede ser éste.

No está de más insistir en que el "debate del odio" no es una contraposición entre doctrinas de justificación de la pena. La forma en que se ha desarrollado dicho debate en ordenamientos anglosajones parte de la Teoría de Justicia,

porque este es el instrumento para vislumbrar si es *justa* una institución jurídica en términos filosóficos y político-criminales. Lo cual no quiere decir que la óptica de la Teoría de la Pena no aporte reflexiones de calado.

Un interesante análisis efectuado desde la Teoría de la Pena respecto de la agravación de la responsabilidad por las motivaciones del autor (incluyendo el odio discriminatorio), ha sido recientemente efectuado por PERALTA. Se trata, como decimos, de un enfoque distinto al que acometeremos en el presente capítulo, pero puede aportar reflexiones que nos serán de utilidad.[279] Las teorías de la pena, a la vista del exhaustivo análisis de PERALTA, no podrían marcar el límite de qué y cuánto castigar en lo que a los motivos se refiere. Al margen de determinar prestaciones que podría cumplir una pena agravada por las motivaciones, no sería ninguna teoría capaz de impedir que se sancionaran pensamientos, ni que se sancionara un hecho de forma *desproporcionada*, si *sólo* se atendiera a una Teoría de la Pena en su concepción más o menos "pura". Ninguna de estas teorías podría impedir por sí misma el castigo de personas por cuestiones – en el caso concreto - en las que el Estado no tiene Derecho a intervenir, si de motivos reprochables estamos hablando. Una vez expuesta dicha constatación, PERALTA retoma su análisis partiendo de que un Estado liberal debe respetar a toda costa el principio de culpabilidad, de forma que, habida cuenta de que las teorías de la pena no pueden explicar por sí mismas

[279] *Vid*. PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, 2012, pp. 37-118. Tras rechazar la operatividad a estos efectos de la retribución pura (ya fuere desde un Derecho penal de la actitud interna o desde la idea de un mayor reproche al autor que comete el delito por odio discriminatorio, por suponer esta emoción que habría actuado con premeditación), se adentra este autor en el análisis de las teorías preventivas. No estará de más sintetizar algunas de sus conclusiones, adaptadas al artículo 22.4ª CP. Primero, suele considerarse que quien comete delitos por odio discriminatorio es un sujeto peligroso. Así, desde un punto de vista preventivo especial, podría justificarse la agravación debido a su peligrosidad, ya que el objeto que le impulsa a delinquir (la condición personal de su víctima) no desaparecerá tras cometer su crimen de odio. No obstante, tampoco puede afirmarse que la comisión de un delito por un determinado motivo tenga que suponer necesariamente una peligrosidad real. Admitiendo que los motivos pueden servir para atenuar la responsabilidad penal, rechaza finalmente Peralta que conforme a esta teoría puedan ser empleados desde la óptica de la peligrosidad para agravarla. Análoga conclusión alcanza desde la óptica de la prevención general negativa. Por último, tampoco la prevención general positiva serviría, conforme expone este autor, para justificar el por qué de la sanción, ya sea desde la óptica de que los motivos generan una mayor irritación social o un cuestionamiento más intenso de las normas del ordenamiento.

por qué el odio discriminatorio ha de suponer una mayor pena (no son capaces de establecer los límites individuales del castigo), es a la Teoría del Delito a la que hay que recurrir a estos efectos. Más allá de que la pena pueda encontrar una justificación en argumentos de utilidad social, es a la dogmática de tradición germánica y a la Teoría del Delito (a las categorías de acción típica, antijurídica y culpable) a las que debemos recurrir para asegurar la legitimidad de la agravación *ex* artículo 22.4ª CP ante el sujeto que la padece. De esta sugerente investigación se puede extraer alguna consecuencia para la que nos ocupa.

En primer lugar, como ya hemos referido, a continuación no vamos a efectuar un análisis del artículo 22.4ª CP desde la óptica de las teorías de la pena, pues no se pretende dar respuesta a las preguntas de por qué se castiga o de cuánto ha de sancionarse una motivación abyecta. La pregunta (por qué debería existir esta circunstancia agravante) a la que intentaremos dar respuesta – objetivo probablemente más modesto – es a la de si es *justo* que en un Estado liberal democrático exista una institución jurídica como el artículo 22.4ª CP. Si la respuesta fuera afirmativa, será porque esta agravación reviste un fundamento que se estima suficiente desde el prisma de la Teoría de Justicia (sin perjuicio de que algunos razonamientos puedan ser utilizados también en un análisis ceñido a las teorías de la pena). ¿Quiere ello decir que se obviará en el presente trabajo la cuestión de la legitimidad de la sanción agravada que efectivamente padezca el individuo? En absoluto. Sencillamente, coincidiendo con PERALTA, esta cuestión no puede ser resuelta *sólo* desde el análisis de las teorías de la pena (al menos, en tanto en cuanto únicamente se tomen en consideración teorías de la pena en sus concepciones más clásicas y arraigadas). Tampoco desde el de las teorías de justicia. Habida cuenta de que el artículo 22.4ª CP es un precepto del Código Penal español y que nuestro ordenamiento asume la Teoría del Delito de la dogmática continental, para dar respuesta a la legitimidad de la agravación será inevitable determinar qué naturaleza jurídica se confiere a esta

agravante (y, especialmente, *cómo* se le confiere)[280]. Ese análisis partiendo de la Teoría del Delito será el que legitime finalmente el por qué de la agravación *ex* artículo 22.4ª CP conforme a nuestra regulación jurídico-penal. El análisis del debate del odio es, por lo tanto, un paso previo enmarcado en un ámbito filosófico y político-criminal, que nos facilitará un instrumento distinto, pero con eminentes utilidades prácticas: el fundamento de este precepto. El debate del odio, en sus términos anglosajones, deviene así el escenario esencial para discernir, no la naturaleza jurídica (o el límite *concreto* de la intervención punitiva), sino la razón de ser última de una institución que supone una determinada intervención punitiva. El debate del odio es el campo de análisis del fundamento del artículo 22.4ª CP.

Desde la óptica de la Teoría de Justicia se nos presentan, pues, dos posibles líneas de fundamentación con larga tradición (utilitarista y "deontológica") junto con una novedosa perspectiva (restaurativa). Desde esas tres ópticas nos sumergiremos en el *hate debate* para, al fin, concluir cuál puede ser el fundamento de nuestro artículo 22.4ª CP. Este debate y sus términos son, de por sí, complejos. Por ello, con el fin de facilitar la comprensión, será útil exponer una suerte de "hoja de ruta", tomando en consideración el punto en el que nos encontramos y lo que pretendemos extraer del debate anglosajón:

> 1º. El artículo 22.4ª CP pertenece a un modelo legislativo de crímenes de odio denominado "*animus model*". De este modelo derivan instituciones jurídicas agravatorias que se aplican cuando el autor comete un hecho por motivos discriminatorios hacia una característica de su víctima (su raza, su orientación sexual, etc.). Como modelo legislativo diferenciado del anterior, se ha desarrollado el denominado "*discriminatory selection model*", cuyas instituciones jurídicas, también agravatorias, se aplican cuando el autor comete un hecho que produzca efectos discriminatorios en un colectivo vulnerable.
>
> 2º. Avanzaremos ahora un punto de capital importancia, en conexión con el anterior. En nuestro ordenamiento, voces autorizadas de nuestra doctrina han reinterpretado el artículo 22.4ª CP de modo que pudiera ser

[280] *Vid. infra*, Segunda Parte, Capítulos I y II.

entendido como una manifestación de ese "*discriminatory selection model*", lo cual parece contraintuitivo (puesto que de "*motivos*" y no de *efectos* habla el artículo 22.4ª CP). El hecho de efectuar esta reinterpretación tiene importantes consecuencias prácticas: el artículo 22.4ª CP se asemejaría entonces más a una medida de acción positiva, de protección de determinados colectivos, que se verían "dañados" por la "elección - objetivamente - discriminatoria" (*discriminatory selection*) de la víctima. Esto podría explicar por qué algunos autores parecen pretender ligar el incipiente debate sobre el artículo 22.4ª CP con el que más profusamente se ha desarrollado respecto de los denominados delitos "de violencia de género".[281]

3º. Cualquier reinterpretación del artículo 22.4ª CP que suponga obviar que se refiere el precepto a "*motivos*" (a las motivaciones del autor para cometer su delito) tiene que partir de que, entendida esta institución jurídica como perteneciente al *animus model* legislativo, sería "ilegal", "inconstitucional" y/o "contraria a los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico-penal". De ser cierto lo anterior, significaría que el artículo 22.4ª CP sería una manifestación del "*discriminatory selection model*" porque no quedaría más remedio. Significaría, en otras palabras, que el *animus model* legislativo (esto es, instituciones jurídicas que agravan la responsabilidad del autor de un delito por sus motivaciones) no es admisible. Y no sería admisible el *animus model* por no ser *justo*: por no tener suficiente *fundamento*. El razonamiento vendría a parecerse al siguiente: "Conforme a la interpretación más evidente, el artículo 22.4ª CP se aplicará cuando un sujeto cometa un delito con determinada motivación, como sucede con otros preceptos agravatorios que forman parte de un particular modelo legislativo de "crímenes de odio", originado en ordenamientos anglosajones y denominado *animus model*. Sin embargo, no puede admitirse que sea así, porque ese modelo legislativo no tiene fundamento y, por lo tanto, no pueden darse por válidos en un ordenamiento como el nuestro ni ese modelo, ni el artículo 22.4ª CP interpretado como perteneciente a él. Las únicas soluciones, entonces, son derogarlo o reinterpretarlo como si fuera una manifestación del otro gran modelo legislativo de "crímenes de odio", el *discriminatory selection model*".

4º. Parece, a la vista de lo anterior, que el problema interpretativo no se encuentra en el artículo 22.4ª CP, sino en el *animus model* legislativo de crímenes de odio. Es decir: para saber si el artículo 22.4ª CP reviste suficiente fundamento, hay que saber si el modelo legislativo al que pertenece en tanto que institución jurídica es *justo*. Así pues, la pregunta que debemos plantearnos es: *¿reviste suficiente fundamento este particular modelo legislativo?*

[281] *Vid. infra* Primera Parte, Capítulo III.5 y Segunda Parte, Capítulo II.2.

5º. En ordenamientos anglosajones, donde surgieron los dos precitados modelos legislativos de crímenes de odio, lleva desarrollándose desde hace varios lustros una todavía inconclusa discusión sobre la cuestión del fundamento de uno y otro modelo legislativo (el "*hate debate*"). Algunos autores defienden uno de los dos modelos, otros critican ambos y otros defienden ambos. Si queremos saber si el *animus model* reviste fundamento, nos interesará extraer de ese debate los argumentos a favor y en contra del *animus model*. Dejaremos, pues, en un plano marginal los argumentos que hayan sido expuestos respecto del *discriminatory selection model*.

6º. Puesto que nos encontramos en una discusión anglosajona, anglosajones son los términos en los que se desarrolla. No alteraremos esa terminología, por lo que conviene clarificarla. Al tratarse de un debate enmarcado en la Teoría de Justicia, se suelen "etiquetar" las posturas conforme a corrientes muy genéricas (nosotros, como hemos dicho, emplearemos los conceptos de "utilitaristas", "deontológicas" y "restaurativas"). Hay autores que podrían adscribirse a una de esas corrientes, lo cual no significa que vayan a defender o a criticar el *animus model* dependiendo de la corriente a la que se adscriban. Los que cambiarán serán sus *criterios* para determinar si el modelo legislativo es *justo* o no.

7º. Para un "utilitarista", el *animus model* legislativo será *justo* (tendrá suficiente fundamento) si el hecho de sancionar más gravemente un delito cometido por odio discriminatorio es un mal menor, en tanto que tiene eficacia preventiva. Es decir, que para asumir que el *animus model* es justo desde esta óptica, la agravación por las motivaciones del autor tendría que conllevar un importante efecto preventivo (*ad exemplum*: descendería la comisión de crímenes de odio o se evitaría su incremento), siempre partiendo de que esos crímenes producen una gran "infelicidad" (un daño considerable) para la mayoría de la sociedad. Hay autores "utilitaristas" que entienden que, conforme a estos parámetros, el *animus model* tiene fundamento; otros rechazan este modelo.

8º. Para autores que empleen una óptica más "deontológica", el *animus model* legislativo será *justo* si el hecho de sancionar más gravemente un delito cometido por odio discriminatorio es merecido. Desde un entendimiento retribucionista puro, una institución jurídica sancionadora será justa aunque de ella no derive ninguna eficacia preventiva. El merecimiento de la sanción puede configurarse vinculado, por ejemplo, a un mayor reproche ético: quien comete esta clase de crímenes ha hecho algo abyecto, por lo es justa una institución que prevé para él mayor sanción. O puede que se vincule el fundamento a que exista un mayor daño para terceros por esas motivaciones: el autor de un crimen de odio, al conocerse sus motivos, ha producido un enorme daño conforme a

nuestras normas de convivencia, que haría que fuese merecido un correlativamente mayor castigo. Igualmente, desde esta perspectiva hay voces a favor y en contra del modelo.

9º. En cuanto a la perspectiva "restaurativa", desde una postura radical difícilmente podría tener fundamento una institución que prevea la imposición de una pena (agravada o no) en un proceso judicial. No nos interesa esta visión, sino más bien acercamientos al *animus model* que sirvan de complemento a las ópticas "utilitarista" y "deontológica". Sobre ese enfoque "restaurativo" nos detendremos. Aunque es un aspecto importante del debate del odio, puede apreciarse que se trata de una ramificación residual a efectos de hallar el fundamento de las instituciones jurídicas que pertenecen al *animus model.*

10º. Todas las anteriores aproximaciones tratan de forma diferente el dilema del fundamento del *animus model* legislativo, porque emplean distintos criterios para saber lo que es *justo* y lo que no. Pero comparten un punto en común. Todas estas posturas efectúan aproximaciones en términos de Justicia al fundamento de una institución jurídico-penal *en un Estado liberal-democrático*. Nuestro ordenamiento también es liberal-democrático. Por lo tanto, del análisis del debate anglosajón sobre el *animus model* podemos extraer varias conclusiones extrapolables al artículo 22.4ª CP.

11º. Si obtuviéramos un fundamento suficiente para el *animus model*, podríamos afirmar que es *justo* que nuestro ordenamiento cuente con un precepto como el artículo 22.4ª CP. Dependiendo de que dicho fundamento partiera de criterios de Justicia utilitaristas o deontológicos, habría que interpretarlo de una u otra manera conforme a los principios que inspiran *nuestro* Derecho penal, pero no podría negarse la *legitimidad de la existencia del artículo 22.4ª CP*. Si nuestro ordenamiento admitiera, en términos de Justicia, que existiera este precepto como parte del *animus model*, no sería ya coherente reinterpretarlo como una manifestación del *discriminatory selection model*. El criterio interpretativo rector del artículo 22.4ª CP (su fundamento), al ser legítimo, nos llevaría a afirmar que se aplica por las motivaciones del autor al cometer su delito y que ello es acorde con los principios que rigen nuestro ordenamiento liberal-democrático (ya fuera desde una óptica más "utilitarista", ya fuera desde una óptica más "deontológica").

12º. Si, por el contrario, el análisis del debate anglosajón demostrara que ninguna óptica asumible en un Estado liberal-democrático puede conferir suficiente fundamento al *animus model* legislativo de crímenes de odio, entonces no podría admitirse que nuestro ordenamiento cuente con una manifestación de ese modelo. Sólo quedaría entonces proponer su

derogación, o su reinterpretación conforme a un modelo distinto si el principio de legalidad lo permitiera.

Tras esta breve introducción al debate del odio, con el fin de hallar un fundamento aceptable para la circunstancia agravante que nos ocupa, nos introduciremos en la primera corriente de pensamiento presente en dicho debate: el utilitarismo.

2. La perspectiva utilitarista.

El utilitarismo ha tenido una innegable influencia en nuestro Derecho penal, siendo etiquetados bajo tal denominación autores como GROZIO, HOBBES, LOCKE, PUFFENDORF, THOMASIUS, MONTESQUIEU, BECCARIA, PAGANO y, por supuesto, BENTHAM[282]. Ha operado su influjo especialmente en las teorías preventivo-generales negativas de justificación de la pena; de forma significativa, en tiempos recientes, desde la óptica del análisis económico (*Law & Economics*) del Derecho penal[283]. Por supuesto, esta influencia ha sido igualmente reseñable en lo que a las teorías de Justicia se refiere.

No estará por ello de más comenzar recordando que, conforme al principio de utilidad, lo ético es aquello que reporta una mayor utilidad para un mayor número de personas. Parafraseando a J. S. MILL, esta "*Utilidad*" vendría éticamente determinada por el llamado principio de la mayor felicidad (*Greatest Happiness Principle*): algo es justo en la medida en que tiende a proporcionar una mayor felicidad (entendida como placer, como ausencia de dolor)[284]. Por supuesto, esto plantea problemas en su aplicación al Derecho penal, habida cuenta de que la pena es un mal y produce dolor[285]. Una agravación de la pena, por lo tanto, necesariamente supondrá una mayor infelicidad para el condenado. Respecto de este dilema, BENTHAM señaló[286] hace más de dos siglos

---

[282] Así, FERRAJOLI, "El Derecho Penal Mínimo"… *op. cit.*, pp. 25-48.

[283] *Vid*. al respecto PEÑARANDA RAMOS, "La pena… op. cit., pp. 221-260 y SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*, 1996, pp. 93-128.

[284] MILL, *Utilitarianism*, 1863, p. 8 y ss.

[285] PEÑARANDA RAMOS, "La pena… op. cit., pp. 221-260. *À la limite*, aunque sea entendido dicho dolor como constructo comunicativo en una sociedad autopoiética, *vid*. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?", *InDret*, 2008, 31 pp.

[286] BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 2000, *passim*, p. 134: "*I. The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community; and therefore, in the first place, to exclude, as far as may be, every thing that tends to subtract from that happiness: in other words, to exclude mischief. II. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil. III. It is plain, therefore, that in the following cases punishment ought not to be inflicted. 7. Where it is* groundless*: where there is no mischief for it to prevent; the act not being mischievous upon the whole. 8. Where it must be*

que, bajo el principio de utilidad, sólo podía admitirse el castigo de concurrir dos circunstancias: el principio del mal menor (*lesser evil*) y el principio de efectividad de la pena (no es eficaz si no sirve para prevenir futuros delitos). Por lo tanto, si pueden obtenerse los mismos resultados preventivos sin necesidad de recurrir a la agravación del castigo, a un coste más rentable; o si, recurriendo al castigo, no se obtienen esos resultados, el mal que se impone no es menor que el que se intenta evitar: la pena (agravada) no es eficaz. No existiría en esos casos *fundamento* para la agravación desde una óptica utilitarista.

La perspectiva de análisis utilitarista en el debate del odio es sumamente interesante, pues de aquí provienen críticas no sólo contra la agravación, en sentido general, por la comisión de crímenes de odio, sino también contra el establecimiento específico de una circunstancia agravante genérica. En efecto, la particularidad de una agravante genérica es que convierte todas las conductas típicas en posibles crímenes de odio de ser aplicada, y extiende así el *hate debate* a todo el ordenamiento penal, no sólo a algunos subtipos agravados. Concretamente, alguna de estas críticas se han vertido contra la establecida por la legislación del Estado de Wisconsin[287], que tantas similitudes guarda con nuestro artículo 22.4ª CP. En efecto, desde una perspectiva utilitarista es posible plantear varios objetivos que hubiesen redundado en una mayor felicidad del conjunto de la sociedad al aplicar la agravación. Y desde una perspectiva utilitarista, parece que no sólo esos objetivos no se cumplirían, sino que además la agravación de los crímenes de odio nos haría a todos más infelices. Lo cierto es que, si asumimos que fueron activistas de la lucha por los Derechos civiles y políticos los que propiciaron la agravación penal de este tipo de conductas y que el *animus model* legislativo no parece reflejar la voluntad de protección de las minorías que propugnaban estos activistas, es posible que la puesta en

---

inefficacious*: where it cannot act so as to prevent the mischief. 9. Where it is* unprofitable*, or too* expensive*: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented. 10. Where it is* needless*: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate.*"

[287] A ella se refiere FLEISHER, "Down the passage which we should not take: The folly of Hate Crime Legislation", *JLP*, 1994, pp. 1-53.

práctica de esta legislación haya diferido de los objetivos que inicialmente esperaban conseguir. Esos objetivos estarían estrechamente vinculados con la fundamentación de la agravante (al cumplirse los objetivos, la agravante deviene justa en términos utilitaristas, y en esa noción de Justicia se fundamenta). Veamos cuáles serían esos objetivos utilitaristas, así como las críticas que también desde el utilitarismo han recibido[288]:

> a. Protección de colectivos discriminados: "la agravación protege a los grupos tradicionalmente discriminados, logrando así reducir la discriminación. Puesto que la no discriminación es uno de los pilares de nuestro sistema, su consecución es un bien que beneficia a todos."

El problema se plantea desde el momento en que el *animus model* legislativo se aplica a todos los ciudadanos sin diferenciación entre ellos. Es decir: se castiga agravadamente a quien "comete el delito motivado por odio discriminatorio hacia una condición personal (etnia, etc.)", no *sólo* "al WASP que comete el delito por su odio discriminatorio hacia una minoría tradicionalmente discriminada". De hecho, muchos crímenes de odio son cometidos contra blancos por afroamericanos (en el Estado de Florida, tras un año de vigor de la agravación, el 50 % de las víctimas eran blancos frente a un 30 % que eran negros). El hecho de que la agravante se haya aplicado a miembros de un colectivo tradicionalmente discriminado ha hecho que aumente su sentimiento de discriminación y desconfianza en el sistema.

Como matiz a estas críticas, debemos señalar que si el *animus model* se establece mediante una circunstancia agravante genérica que se aplique a toda clase de delitos, se evita el efecto secundario del "sobre-castigo a las minorías". En efecto, si se establecen subtipos agravados o circunstancias agravantes específicas, suele hacerse considerando sólo como crímenes de odio - *ergo*, agravados - determinadas conductas (contra las personas o el patrimonio, del

[288] La perspectiva utilitarista sobre crímenes de odio se encuentra sucintamente expuesta, pudiendo consultarse igualmente datos empíricos, en FRANKLIN, "Good Intentions. The Enforcement of Hate Crime Penalty-Enhancement Statutes", GERSTENFELD/GRANT (ed.), *Crimes of Hate. Selected readings*, 2004, pp. 79-92. A dicho análisis nos remitimos con carácter general.

estilo de lo que sucedía con el artículo 10.17 ACP) que cometen más los miembros de minorías tradicionalmente discriminadas que los de la mayoría[289]. Obviamente, al tratarse de minorías discriminadas, son más propensos sus miembros a encontrarse en situaciones (pobreza, marginalidad, etc.) favorecedoras de la comisión de determinadas clases de delitos. Sin embargo, un precepto como el 22.4ª CP evitaría esta "sobre-representación en el castigo" de la minoría como presupuesto de partida. No obstante, el hecho de que también se aplicara esta agravante a miembros de minorías, ciertamente, excluye la posibilidad de hallar un fundamento conforme a este primer argumento.

> b. Eficacia disuasoria de la agravación: "tiene un efecto disuasorio (expresivo), impidiendo la comisión de estos delitos y aumentando bienes queridos por la mayoría, como la seguridad."

No es este un argumento baladí para la reflexión que nos ocupa, pues el modelo político criminal que mayores prestaciones en cuanto a prevención de crímenes de odio puede desempeñar debería ser uno articulado a través de una circunstancia agravante genérica[290]. La pregunta es, pues, si ese modelo es el *animus model*. La experiencia estadounidense ha demostrado que la prestación

---

[289] *Vid*. CHORBA, "The danger… *op. cit*., pp. 319-379.

[290] En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Madrid, 2012, p. 35: "*la adecuada prevención penal de estos delitos pasa por una circunstancia agravante y no por un delito específico*". Obviamente, no ha de ser necesariamente entendida esta prevención como general negativa. En cualquier caso, ya fue señalado en el debate estadounidense que la implementación del *animus model* a través de subtipos agravados y de delitos específicos podía supone un problema. Así, GARDNER, "The Mens Rea Enigma: Role of Motives in the Criminal Law Past and Present", *ULR*, 1993, pp. 717-724, se preguntaba dónde residiría la proporcionalidad si un hecho leve, al ser cometido por odio discriminatorio, automáticamente se transformara en delito, mientras que cometido por cualquier otra motivación sería simplemente una falta. Problema éste que una circunstancia agravante genérica sortea satisfactoriamente, pues el delito al que se aplica sigue siendo el *mismo* delito, y el mismo es igualmente el *marco punitivo* en el cual se individualiza la pena (en el caso de nuestro artículo 22.4ª CP, en su mitad superior). Sobre esta cuestión, con expresa referencia a lo que supone (*ex* artículo 66 CP), que la agravación para crímenes de odio se articule conforme a un precepto como el artículo 22.4ª CP, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito... *op. cit*., *passim*: "*Merece loa la opción del legislador chileno de prevenirlos, y de hacerlo con una circunstancia agravante y no con un delito específico.* [...] *El mismo efecto agravatorio se obtiene de una forma mucho más natural* [...] *a través de la previsión de una circunstancia agravante de discriminación, que a su vez podría ser general*".

disuasoria de estas penas agravadas no ha terminado de funcionar. En lo que se refiere a los individuos con prejuicios más extremos, y por lo tanto con mayor tendencia a cometer crímenes de odio, el establecimiento de esta agravación es visto como una conspiración de los grupos tradicionalmente discriminados para recortar las garantías de la mayoría, lo cual no hace sino aumentar su odio y su prejuicio. En cuanto a las minorías, como entienden que la agravación no se les debería aplicar porque su establecimiento partió de la presión que ejercieron sus *lobbies*, tampoco les desincentiva. Y en cuanto a los datos empíricos, lo cierto es que con posterioridad a su establecimiento incluso ha habido repuntes: la presión mediática y la polémica desatada por el *hate debate* ha sido contraproducente, exacerbando la confrontación entre grupos tradicionalmente enfrentados[291]. Existe cierta tendencia a adoptar posturas radicales en contra y a favor de la agravación, derivando ello en ocasiones en actitudes violentas y/o delictivas para reafirmar al grupo al cual se pertenece. Incluso, se ha apreciado por parte de minorías tradicionalmente discriminadas un incremento en las denuncias falsas (al menos, afirmando que existía el móvil discriminatorio) para aumentar la sanción del supuesto autor, con pretensiones claramente vindicativas.[292] Este último fenómeno, partiendo de su lógica subyacente, podría producirse con mayor virulencia en un modelo legislativo que, a diferencia del *animus model*, no sancionara *también* a quienes pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados si actúan por determinadas motivaciones. No obstante, lo cierto es que estas críticas parecen erosionar este posible fundamento.

c. Aumento de la sensación de protección: "estos crímenes requieren de la agravación porque tienen unos componentes emocionales y psicológicos, tanto en la víctima como en su comunidad, que podrían intimidarlos, haciendo que se sintieran aislados, vulnerables y

[291] Esta ha sido precisamente una de las críticas de los autodenominados sectores antifascistas italianos ante la promulgación de la *Legge Mancino*, que eventualmente incluiría una agravación para crímenes de odio, al afirmar que produjo un repunte de la violencia racista e ideológica ("Violenza nera, fascino del male e fallimento della Legge Mancino", 3 de diciembre de 2006, http://www.carmillaonline.com/archives/2006/12/002046.html, fecha de consulta: 18/11/11).
[292] FRANKLIN, "Good intentions… *op. cit.*, pp. 79-92.

desprotegidos por la Ley"[293]. También, concienciación social sobre el problema de la discriminación: "el establecimiento de la agravación y su consiguiente repercusión mediática ha servido para concienciar a la sociedad del problema de la discriminación, lo cual es un bien que confiere una mayor felicidad en sí mismo".

De un lado, si entendemos que la comunidad a la que aquí se hace referencia es un colectivo minoritario, nos encontramos nuevamente con el problema de que el *animus model* se aplicará también a los miembros de ese colectivo, lo cual aumentaría esa sensación de desprotección. Por otra parte, esa repercusión mediática no es tan evidente: el proceso judicial a una víctima de discriminación aumenta su victimización secundaria - los daños originados por el propio sistema penal - y cuaternaria – el efecto estigmatizante que pueden ejercer los medios de comunicación -, lo cual conlleva tanto en Estados Unidos como en Europa que muchas veces no se presente denuncia por parte de la víctima que padeció el crimen de odio en cuestión[294]. No se trata, en cualquier caso, de argumentos válidos para sustentar el *animus model* legislativo. Pero lo más importante es que estos argumentos, aunque sean "aparentemente" utilitaristas, comienzan a introducir de forma cada vez menos sutil un componente deontológico.

---

[293] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, p. 29.

[294] Señala la OSCE: "*Un factor central en el déficit de información relativa a las estadísticas de delitos de odio es que un número significativamente grande de delitos de odio no es denunciado. Las víctimas pueden decidir no denunciar un delito por miedo a las represalias, especialmente cuando el incidente lo comete una banda o grupo de delincuentes. Un segundo factor, se refiere a la preocupación de las víctimas por la posibilidad de que la policía no se tome lo suficientemente en serio la denuncia y pueda fracasar en la investigación de los incidentes. Esto es especialmente cierto para aquellas víctimas que temen que el sistema de justicia criminal tenga prejuicios hacia el grupo al que la víctima pertenece. Otras víctimas de odio eligen no denunciar un incidente a la policía por miedo a una respuesta adversa u hostil y a la vergüenza de ser victimizada. Un factor añadido es el miedo a la opinión pública y la subsecuente estigmatización o segunda victimización La víctima puede también ser reacia a denunciar delitos de odio debido a barreras culturales o de lenguaje, o, posiblemente, por su condición de inmigrante irregular, por el miedo a poner en peligro su estatus de inmigrante regular o a ser deportado.*", en IBARRA/STROHAL et *al., La lucha contra los Delitos de Odio… op. cit.*, p. 19. Con similares argumentos, explica esta posible "cifra negra" AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, pp. 49-50). Más se explaya la Memoria del año 2010 del Servicio de Delitos de Odio de la Fiscalía Provincial de Barcelona (p. 7 y ss.), respecto de las posibles causas para no denunciar: creencia de que nada pasará, desconfianza o miedo a la policía, miedo a represalias de los autores, falta de conocimiento de la ley, vergüenza, negación, miedo a desvelar su orientación sexual, su filiación étnica, religiosa o política, y miedo a ser arrestado o deportado.

Estos tres serían los grupos de argumentos que podríamos denominar "estándar" de quienes se autodenominan utilitaristas en el *hate debate*. Al margen de ellos, se han planteado otras aproximaciones de corte esencialmente utilitarista, así como críticas, que pueden resultar útiles a los efectos que nos ocupan. Una muy interesante perspectiva respecto del mayor daño y la ineficacia preventiva de la agravación la plantea CARD[295] en relación a lo que denomina el "odio horizontal" (*horizontal hatred*). Básicamente, afirma que también pueden cometerse crímenes de odio entre sujetos que revisten las mismas características. Por ejemplo, supongamos que un sujeto homosexual, que cree estar enfermo y se avergüenza de su orientación, agrede a otro sujeto homosexual por serlo abiertamente. Actúa motivado por un odio discriminatorio hacia una orientación sexual y conforme al *animus model* podría serle de aplicación la agravación. Nuevamente, la manifestación del *animus model* consistente en una circunstancia agravante genérica sortea las críticas iniciales: la precitada autora sostiene que este modelo legislativo castiga tanto el odio horizontal como vertical. Ambas manifestaciones de odio suponen idéntico daño y existen por ello análogas razones para sancionarlas y para prevenir que vuelvan a cometerse. Pero conforme a CARD tampoco existiría fundamento desde una óptica puramente utilitarista. El principal objetivo de todo modelo legislativo de crímenes de odio sería, en sus términos, alcanzar un ideal de tolerancia hacia las condiciones personales de los demás, para erradicar la comisión de futuros crímenes de odio. El *animus model* no podría lograr ese objetivo y no cumpliría por ello ningún efecto preventivo. El problema de los crímenes de odio radica en que el odio discriminatorio nace a consecuencia de una determinada forma de organización social que favorece la discriminación. El odio discriminatorio, tanto vertical como horizontal, es sólo un síntoma de un problema mayor.

Sigamos con el ejemplo de la orientación sexual en los términos de CARD: cuando se agrava la responsabilidad penal de un heterosexual homófobo, la

[295] CARD, "Is Penalty Enhancement a Sound Idea?", *L&P*, 2001, pp. 195-214.

mayoría heterosexual lo utiliza como chivo expiatorio para exorcizar el hecho de que la homofobia les beneficia (restringe el acceso de homosexuales a puestos de trabajo por serlo, etc.). Por lo tanto, lo que debería atacarse para reducir la comisión de crímenes de odio es la raíz del problema, las estructuras sociales que fomentan la discriminación, y no agravar la responsabilidad penal concreta de un autor de un crimen de odio. Conforme a la tesis de CARD, que entiende la agravación en términos utilitaristas de prevención intimidatoria[296], el *animus model* carecería de fundamento. Evidentemente, aún aceptando que el Derecho penal no va a solucionar el problema de la discriminación, ello no implica que no sea *justa* una figura como el artículo 22.4ª CP. Pero, desde una óptica estricta y exclusivamente utilitarista, no parece serlo: no es eficaz.

Respecto del utilitarismo, ha llegado a afirmarse que es la base de de toda doctrina racional de justificación, ya que no justifica las penas con razones morales. Pero también es este su "punto débil": se trata de un enfoque amoral e inmoral. Desde la óptica utilitarista, se puede sancionar a quien realmente no *merece* pena alguna siempre que ello sea *útil*. Con el fin de evitar una colisión con el segundo imperativo categórico kantiano (nadie puede ser tratado como un medio para un fin que no es el suyo), ha sido planteado un fundamento desde el "utilitarismo penal reformado"[297] que podríamos igualmente traer a colación a efectos del *hate debate*. Básicamente, conforme a esta doctrina, existen dos formas de considerar el utilitarismo penal: comparando el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría no desviada (los miembros de la sociedad que no cometen crímenes de odio), o bien, comparándolo con el mínimo sufrimiento necesario a infligir a la minoría desviada (llamémosles, como se les denomina en EE.UU., *haters*). Si nos decantamos por la segunda versión (conforme a la cual la pena no sólo sirve

[296] Sintetizando su postura (CARD, "Is Penalty Enhancement… *op. cit.*, p. 214): "*But my point is, rather, about penalty enhancement, a major purpose of which seems to be to denounce the perpetrator more severely and achieve a greater deterrent effect. […] it may be not only less than just to inflict such penalties but also a mistake to think that they will significantly deter biased and bigoted behavior in society generally.*"
[297] FERRAJOLI, "El Derecho Penal Mínimo"… *op. cit.*, pp. 25-48.

para prevenir injustos delitos, sino también injustos castigos) la agravación de la pena en los *hate crimes* estaría justificada si, cumpliendo sus prestaciones preventivo-generales negativas, consigue un mal menor respecto de la venganza u otras reacciones sociales contra el *hater*. No parece que, desde esta perspectiva, pueda hallarse fundamento alguno para la agravación: precisamente, la posibilidad de una condena "por la comisión de un crimen de odio" habilita que se "etiquete" (con la consiguiente publicidad en los medios, o en el centro penitenciario mismo) de *hater* al autor de un delito. Quiere ello decir que se abre así la puerta a reacciones sociales que, de no existir esta legislación (de no existir el artículo 22.4ª CP), puede que no tuvieran lugar, pues en su defecto no sería posible acreditar judicialmente cuál era la motivación del autor.

Llegados a este punto, debemos señalar que no todas las perspectivas utilitaristas rechazan la posibilidad de que el *animus model* legislativo de crímenes de odio pueda ser *justo* y contar con suficiente *fundamento*. Una muy interesante propuesta, en este sentido, proviene del análisis económico del Derecho. Su interés radica en que demostraría que sólo puede revestir fundamento la agravación de los crímenes de odio cuando se articule a través de una institución jurídica propia del *animus model*. Sólo si puede aplicarse el precepto (como sería nuestro artículo 22.4ª CP) a cualquier sujeto - no sólo a quien comete delitos contra miembros de minorías – sería justa la agravación[298]. El presupuesto para admitir la validez de esta hipótesis pasa por asumir la existencia del llamado prejuicio del "mundo justo" (*just world bias*).

Sintetizando este concepto, debemos aceptar que existe una tendencia por parte del ser humano, quizás inconsciente, consistente en creer (erróneamente, de ahí el "prejuicio") que el mundo es "justo". Esto significa que el ser humano suele

[298] Sobre *Law & Economics* en este "debate del odio", *vid*. DHARMAPALA/GAROUPA /MCADAMS, "The Just World Bias and Hate Crime Statutes", *Bepress*, 2006, pp. 1-36. Como señalan los autores sobre su hipótesis (p. 28): "*because the potential for bias is reciprocal, so that members of the second group can also commit hate-motivated crimes against members of the first group, our analysis suggest that the penalty enhancement should also be reciprocal*".

pensar que los fallos del sistema se deben a la conducta de algunos individuos que habitan en él (los *otros*), antes de admitir que pudiera ser en la propia estructura del sistema donde se encuentran los fallos.

Partiendo de la existencia de este "prejuicio del mundo justo", supongamos ahora que en un ordenamiento en el que no exista el *animus model* de crímenes de odio, se comete uno por parte de un sujeto "x" con la condición personal "A" contra un sujeto "y" con la condición personal "B", siendo la divergencia entre ambas condiciones lo que generó el odio discriminatorio del primero. Obviamente, exista o no agravación de la responsabilidad penal por las motivaciones del autor, seguirán cometiéndose esta clase de crímenes de odio. Pero si no existe la posibilidad de agravación, se produciría conforme a esta teoría el siguiente fenómeno: los ciudadanos "z" con las características "A" que no detenten prejuicio alguno hacia las características "B" (los observadores) tendrán que explicar racionalmente qué beneficio pretendía obtener "x" con su conducta (con la comisión de su delito). En supuestos donde existan dudas, y en ausencia de que la motivación se tome en cuenta para agravar la responsabilidad penal, se tenderá a pensar que el delito se cometió por alguna característica negativa de la víctima, pues es la tendencia acorde con la creencia en que el mundo es justo. Es decir: suele percibirse con mayor injusticia un crimen motivado por el odio discriminatorio que uno motivado por una característica negativa de la víctima.

Burdamente expuesto mediante el siguiente ejemplo: un sujeto "x" blanco, heterosexual y de nacionalidad española mata a otro sujeto "y", inmigrante, negro y homosexual, por motivos discriminatorios. Pero esos motivos no se toman en consideración a efectos de individualizar la pena que le corresponde. Los observadores tenderán a creer, por su prejuicio en que el mundo es más justo de lo que es, que "algo malo haría la víctima" (*ad exemplum*: "seguro que era un inmigrante ladrón", "ese *gay* se le insinuaría", etc.). Con ello, los costes del autor del crimen de odio para cometer por tales motivaciones el delito

decrecen, y aumenta tanto la comisión de crímenes de odio como la victimización de quienes comparten las características "B". He ahí, desde la óptica utilitarista, el mayor daño que justifica el establecimiento del *animus model*. Sin embargo, esto plantea varios problemas como para ser considerada una fundamentación completa y definitiva. Primordialmente, depende en exceso este fundamento de la información que puedan obtener los observadores del proceso para poder justificarse. Y no siempre que se aplique el artículo 22.4ª CP la repercusión de los hechos va a trascender a la ciudadanía "z".

Parece que la óptica utilitarista no puede justificar la existencia de un precepto como el artículo 22.4ª CP, mientras utilitarista sea su esencia e incluso aunque se le añadan componentes de tipo más "deontológico". El utilitarismo, en definitiva, no parece capaz de fundamentar por sí mismo una institución jurídica como el artículo 22.4ª CP, aunque puedan existir prestaciones preventivas de este corte al instaurar este modelo legislativo. Tras repasar las principales posturas "utilitaristas" del *hate debate* podemos extraer, sin duda, *prestaciones* que puede otorgar una institución como nuestro artículo 22.4ª CP; pero ninguna de ellas parece ser lo suficientemente irrefutable como para erigirse en el *núcleo de su fundamento*. Y ello, probablemente, guarde estrecha relación con su obsesión por determinar qué es el mayor o menor daño.

Una óptica utilitarista tiene que partir de que la agravación de una sanción tiene que ser un mal menor, porque previene un mal mayor. Por lo tanto, opta por evaluar el daño que producen los crímenes de odio y el malestar que produce la existencia del *animus model*; y luego ponderar ambos. De esta manera, pretende llegar a una conclusión en términos "asépticos": si el malestar por la existencia de la institución jurídica que establece la agravación es superior al que producen los crímenes cuya sanción agrava, no puede justificarse en términos liberales que tenga suficiente fundamento. La sociedad sería más feliz sin ella, y por lo tanto un precepto como nuestro artículo 22.4ª CP no tendría suficiente fundamento en un Estado liberal, aunque pudiera cumplir alguna prestación

preventiva. El problema es que este razonamiento está "viciado". Se trata de la manifestación de la primera de las dos "falacias liberales" (las que sustentan las críticas de quienes rechazan la existencia de la agravación afirmando que es impropia de un Estado liberal) presentes respecto del *animus model* en el *hate debate* y enunciadas por KAHAN[299], que podríamos resumir de la siguiente manera:

> 1ª. La primera falacia sería que "la legislación sobre crímenes de odio no debería existir, porque su existencia produce un mayor daño que el daño que provocan los crímenes de odio". En efecto, desde la perspectiva "falaz", para que el *animus model* pudiera "sostenerse", la comisión de delitos por motivos discriminatorios tendría que producir un mayor daño que el daño que produzca en el sistema la existencia de esa legislación. Pues bien, si se asumiera esa lógica, para determinar que los crímenes de odio producen un daño – y al margen de las dificultades empíricas para calibrar ese daño - habría que *asumir* que se trata de un *daño*. Esto implica, como punto de partida, determinar *lo que es* dañino: concretamente, que conforme al *animus model* es dañino cometer un delito motivado por el odio discriminatorio hacia una condición personal. Es decir, implica asumir que existen características de la persona que tienen algo de "especial". Ello exige, a su vez, valorar deontológicamente por qué unas condiciones son distintas de otras. Y de ahí, asumir del mismo modo que son dañinos los delitos motivados por el odio hacia ellas. Lo mismo sucedería si del *discrimiminatory selection model* estuviésemos hablando: habría que determinar por qué unos colectivos minoritarios merecen especial protección. Por ejemplo: ¿se aplicaría ese modelo a quienes cometieran su delito contra *skinheads* neonazis, que son una minoría ideológica? ¿Cuándo es digno de protección un coletivo, y por qué? Para responder a esta clase de preguntas, es necesaria una valoración deontológica. Una óptica puramente utilitarista no puede hallar suficiente fundamento para un modelo legislativo de crímenes de odio, porque su punto de partida implica abandonar el utilitarismo: comienza esta óptica asumiendo que son dañinos estos delitos (lo cual supone recurir a parámetros deontológicos) y luego pretende ofrecer una conclusión objetiva consistente en una (aparentemente) aséptica ponderación de daños. Cualquier afirmación acerca del mayor o menor daño de los crímenes de odio para determinar el fundamento de una institución jurídica como el artículo 22.4ª CP, desde esta óptica, estará viciada. Todo dependerá de que se le confiera (mediante una silenciada valoración deontológica

[299] KAHAN, "Two liberal fallacies in the hate crimes debate", *L&P*, 2001, pp. 175-193.

previa) una aptitud dañina más o menos nociva a los crímenes de odio para que "cuadre" la ecuación en un sentido o en otro.

2ª. La segunda falacia, sobre la que volveremos en el siguiente epígrafe, va referida a las críticas que afirman que "no es propio de un Estado liberal tomar en cuenta las motivaciones del autor para sancionar, porque ello supondría una sanción del pensamiento". Lo cierto, como veremos, es que es más habitual de lo que parece que se tomen en consideración las motivaciones del autor para fijar la pena a imponerle, incluso en la mitad superior del marco punitivo previsto por el delito del que se trate. Lo cierto es que la valoración de las motivaciones en el ámbito penal siempre tendrá lugar, aunque se pretenda excluir formalmente su incidencia. Y ello puede ser perfectamente acorde con los principios de un Estado liberal.

Centrémonos en la primera falacia. Como hemos visto, un planteamiento utilitarista favorable a la agravación requiere que los crímenes de odio produzcan un mayor daño a la víctima, a la sociedad y/o que generen un riesgo mayor (entendido también como daño) de que se produzcan represalias violentas por parte de terceros pertenecientes al colectivo de la víctima, de que el autor reincida, etc. Otras posturas utilitaristas sostienen que no existe base empírica para afirmar que tales daños realmente concurran, mientras que sí podría sostenerse empíricamente el mayor daño que el establecimiento de la agravación ha supuesto.

El problema de esta discusión, como sostiene KAHAN, no *sólo*[300] se plantea en términos empíricos, sino conceptuales. Aunque se admita que la agravación pueda servir para prevenir esos mayores daños que, para los utilitaristas, la fundamentarían, no puede concebirse que sean "daños" sin atender a la *valoración* de las motivaciones del autor, en tanto que opuestas al *sistema de valores* del Estado en que se cometen estas conductas. La consideración de esos

[300] Por ejemplo, en un mediático asunto, la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 29 de junio de 2012, MP Elena Guindulain Oliveras, absolvió en segunda instancia a quien había sido condenado por la comisión de un delito de provocación al odio del artículo 510 CP alegando: "*tampoco consta el grado de incidencia que pudo tener en los votantes, es más, parece ser por las declaraciones del testigo* [...] *que no se ha incrementado el grado de posible xenofobia en la localidad de Vic*". Evidentemente, si para una condena concurriendo el artículo 22.4ª CP se requiriera acreditar, no sólo que los hechos pueden *potencialmente* producir un mayor daño, sino que *efectivamente* éste se ha producido, los problemas probatorios serían considerables.

posibles efectos como daños (como males) se construye con base en las aversiones del sistema hacia los valores que esas motivaciones suponen. El hecho de que, por ejemplo, se proyecten en un mayor daño para el colectivo al que pertenece la víctima deriva necesariamente de que tanto la víctima como ese colectivo se encuentran insertos en un sistema de valores (liberal-democrático) al que *le repelen las motivaciones discriminatorias*. Porque el Estado al que pertenecen las víctimas, liberal-democrático, *no acepta* esas motivaciones. En un Estado totalitario y racista, la comisión de crímenes de odio podría verse como un bien, como una mayor felicidad para la mayoría, precisamente porque su sistema de valores fuera distinto y pudiera no considerarse seres humanos a quienes no pertenecieran a determinada raza. De ahí que, por muchas prestaciones preventivas que el *animus model* pueda llegar a desempeñar, o por mucho que los crímenes de odio supongan un daño tremendo socialmente cuantificado (suponiendo que fuera cuantificable), no significaría ello que el núcleo del fundamento de este modelo legislativo allí resida. Sería una conclusión falaz, que erraría en el punto de partida: la determinación como "daño" de los efectos del crimen de odio no puede desligarse de la valoración *deontológica* de esos motivos. Debemos, pues, realizar otras aproximaciones (más "deontológicas") al *hate debate* para hallar el fundamento de la agravación.

Llegados a este punto, ante la incertidumbre que nos rodea a la hora de alcanzar un fundamento utilitarista que pueda considerarse suficiente, resulta interesante, aunque sólo fuere a efectos discursivos, una breve referencia al llamado Derecho penal simbólico, cuya legitimación es bastante discutible[301]. Se trataría *grosso modo* de la

> "*tendencia a la utilización de la reforma de la legislación penal para frenar la alarma social originada ante determinados brotes de criminalidad (en muchas ocasiones, dicha alarma social es creada o exagerada artificialmente por los medios de comunicación). También se recurre a la reforma punitiva como mecanismo para satisfacer las demandas de conciencia de amplios sectores sociales. Este Derecho Penal simbólico encuentra su explicación en el pensamiento "efectista" de la mundialización económica. Pues aún cuando los*

[301] Ya desde el principio de esta discusión, HASSEMER, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ*, 1989, p. 553 y ss.

nuevos preceptos penales resulten inapropiados para tutelar los bienes jurídicos cuya protección demanda la ciudadanía, se logra fácilmente alcanzar los beneficios esperados sin apenas costes relevantes. Se consigue simbolizar la relevancia del problema y de la respuesta contundente de los poderes públicos ante el conflicto emergente. Con ello, la posición de los medios de comunicación varía de rumbo y la crítica se transforma en opinión favorable a los gobernantes y parlamentarios. La ciudadanía se tranquiliza al percibir que las leyes se reforman, con la errónea creencia de que también la realidad social sufre el mismo cambio. Y, sin embargo, como la economía especulativa del ámbito transnacional, los preceptos continúan vacíos de contenido y los problemas siguen sin resolverse."[302]

¿Es el establecimiento de agravaciones para los crímenes de odio – entre ellas, el artículo 22.4ª CP – un ejemplo de esta clase de política criminal? Debemos convenir en que la línea que separa una manifestación del Derecho penal simbólico de un fundamento utilitarista es delgada, y se resume en la efectividad del segundo frente al "efectismo" del primero. Pero partamos de la base de esta consideración: como hemos señalado en anteriores Capítulos, se produce una notable profusión mediática sobre esta clase de criminalidad - acompañada de la consiguiente preocupación ciudadana -paralelamente a la introducción de las primeras leyes relativas a crímenes de odio en EE.UU., a la irrupción de la circunstancia agravante de motivos discriminatorios en nuestro ordenamiento y, actualmente, a las nuevas leyes y reformas que se siguen promulgando en este ámbito. Podríamos incluso hablar de la existencia de cierto pánico moral[303] respecto de los crímenes de odio. Por otra parte, aunque los crímenes de odio existan tanto en EE.UU. como en nuestro país, ciertamente su número en comparación con otros delitos es reducido. Así pues, no es descabellado plantear si estamos ante una medida propia del Derecho penal simbólico.

A este respecto, debemos entender que es irrelevante que se apliquen más o menos las agravaciones propias del *animus model* para entender que estamos ante un Derecho penal simbólico. Para empezar, porque si un precepto se

[302] *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, *Acerca de lo universal… op. cit.*, pp. 54-60, cit. p. 72.
[303] *Vid.* COHEN, *Folk Devils… op. cit., passim.*

encuentra en el Código Penal, se aplicará, aunque sólo sea a efectos "estigmatizantes" en fase de instrucción[304]. Lo esencial del "simbolismo" no es, por lo tanto, su *ratio* de aplicación, sino cuál sea su razón de ser. Si desde el utilitarismo no encontramos respuestas inequívocas acerca de cuál sea el fundamento de la agravación, ello significa que no tiene efectos preventivo-generales negativos que sean suficientemente incontestables. Obviamente, ello no quiere decir que se trate sin más de un precepto meramente "simbólico".

Si nos encontráramos en una isla remota y abandonada, en la que varios sujetos establecieran una serie de normas de convivencia, siendo una de ellas el considerar sancionable el homicidio, difícilmente podríamos decir que se trató de una medida simbólica aunque nunca se cometa un homicidio. De otro lado, si uno de ellos mata a otro, desde luego, podremos afirmar que el problema (los hombres se matan) persiste, pero ello no implica que estemos ante la manifestación criticada del Derecho penal simbólico. Determinar si una institución jurídica es "simbólica", al margen de que sea más o menos "efectista" o efectiva, requiere atender a perspectivas más "deontológicas" que el utilitarismo "puro". Una norma no puede ser sólo "simbólica" si supone la realización de la Justicia. Ciertamente, como señala CANCIO, los crímenes de odio recogidos en la Parte Especial de nuestro Código pueden ser entendidos como manifestaciones del Derecho penal simbólico. Máxime cuando, como ya hemos dicho, los crímenes de odio son crímenes odiosos, y lo que determina que sean odiosos es, precisamente, que los comete el *enemigo*: no estará de más recordar que el Derecho penal del enemigo es el "descendiente" del Derecho penal simbólico. Ahora bien, como igualmente señala este autor, "*los elementos*

---

[304] Respecto de la naturaleza del procesamiento, convengamos en que "*lo cierto es que no puede sostenerse sea una pena en el sentido estricto de la palabra, pero resulta dudoso si puede serlo en el sentido amplio en que lo emplea CARNELUTTI. Para éste tiene cierto carácter de pena, puesto que para él el juicio es pena, y, por tanto, el paso a esta fase supone cierta penosidad*", cit. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER/ARAGONESES ALONSO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 1970, p. 65. Extrapolado el anterior razonamiento a los efectos que nos ocupan: la mención durante las fases de instrucción o intermedia a la posible aplicación al imputado/procesado del artículo 22.4ª CP, lo cual le "estigmatiza" como supuesto autor de un crimen de odio, con la expectativa de poder ser condenado tras el juicio aplicándole la agravante, difícilmente tendrá un carácter meramente "simbólico".

de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal". Que el artículo 22.4ª CP tenga caracteres simbólicos[305] no implica necesariamente que sea únicamente una "puesta en escena"; un "*exorcismo*" social[306] para reafirmar que no somos prejuiciosos y no odiamos a nuestros semejantes por las características que enumera el precepto. El hecho de que el artículo 22.4ª CP sólo sirva de "complemento" a otras políticas públicas no penales entendido como instrumento para alcanzar un ideal de igualdad y no discriminación[307], tampoco significa que no tenga una razón de ser aceptable. No será *únicamente* un precepto "simbólico" en tanto en cuanto revista *fundamento*.[308]

Si no puede hallarse suficiente fundamento, habrá que concluir que se trata de medidas legislativas cuyo único objetivo era acallar conciencias y variar el objeto del ruido mediático. Razones éstas que no pueden fundamentar una institución jurídico-penal. El análisis utilitarista del *hate debate* no nos proporciona una respuesta certera. Veamos ahora si otras aproximaciones nos permiten afirmar que no estamos ante una mera manifestación del Derecho penal simbólico, porque el *animus model* legislativo de crímenes de odio sí reviste un fundamento suficiente.

---

[305] Estos caracteres podría decirse que jamás fueron ocultados por el Legislador, atendiendo a que la Exposición de Motivos del Código, tras admitir que introdujo medidas para avanzar "*en el camino de la igualdad*" (entre las que se contaría el 22.4ªCP), añade que "*no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea*".

[306] *Vid*. CANCIO MELIÁ, "De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?", CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, pp. 346-350.

[307] En este sentido, la crítica de ABEL SOUTO, "Política criminal… *op. cit*., pp. 10-11 a su carácter simbólico.

[308] *Vid*. PRATS CANUT, "Cometer el delito por racismo o xenofobia (art. 22.4 CP/1995)", QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 2008, p. 325 y ss. El artículo 22.4ª CP no pretende promocionar unos valores determinados; en su caso sería más bien transmitir la "idea-fuerza" de que ante un problema (los crímenes de odio) el Estado actúa. Sin embargo, desde el momento que tiene una razón de ser (un fundamento), debe entenderse positiva su incorporación al Código.

3. Aproximaciones "deontológicas".

Como ya hemos avanzado al inicio del presente Capítulo, en el *hate debate* se contraponen a la perspectiva utilitarista unas perspectivas "retributivas". Debemos incidir en la terminología, con el fin de no inducir a equívocos. Las teorías continentales de la pena[309] suelen encuadrar al llamado "retribucionismo" dentro de las teorías absolutas. Se trata de concepciones, inspiradas en KANT y en HEGEL, que consideran que la pena debe ser impuesta en todo caso a quien se ha hecho merecedor del castigo, con independencia de los efectos que ello pueda conllevar en el futuro, por negativos que estos sean. Esto es: se trata de fundamentaciones que sólo miran al pasado. Se castiga porque se *debe* castigar, ya sea por imperativo categórico moral, ya sea para lograr el restablecimiento del orden jurídico (siguiendo la dialéctica hegeliana: la *antítesis* que supone la comisión del delito debe ser a su vez negada por la pena, restaurando como *síntesis* la vigencia del ordenamiento). Las evidentes ventajas de estas concepciones residen en que exigen a la pena que sea proporcional con la gravedad del delito, y funcionan así como un límite del castigo. Las desventajas son precisamente su carácter moralizante (así, el peligro de la imposición de una determinada moral a través del Derecho penal[310]) y que parten de la discutible idea de que sumando a un mal (el delito) otro mal (la pena) se logre un bien. Sin embargo, lo cierto es que las corrientes de fundamentación más kantianas, etiquetadas como "del merecimiento" (*just deserts*) tienen una importante influencia para la Teoría de Justicia. En particular, para lo que aquí nos ocupa, muchos de los fundamentos que han sido empleados para la agravación de los crímenes de odio en el *hate debate* se reconocen pertenecientes a las teorías del merecimiento. ¿Quiere esto decir que sólo desde un entendimiento radical del utilitarismo o del retribucionismo

[309] Con carácter general, sobre las teorías absolutas, relativas y unificadas de la pena, incluido el análisis de las posturas de HEGEL, KANT, ROXIN y valoraciones sobre la teoría de la prevención general positiva, me remito nuevamente a PEÑARANDA RAMOS, "La pena… *op. cit.*, pp. 221-260.

[310] Es decir, que la mera inmoralidad de un acto sea razón suficiente para justificar el castigo, con independencia de que ese acto haya causado un daño a otros. *Vid*. MALEM SEÑA, "De la imposición de la moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart", *Isonomía*, 1996, pp. 7-16.

podemos ser capaces de hallar un fundamento aceptable para nuestro artículo 22.4ª CP? Desde luego que no.

Debemos señalar que incluso los planteamientos de KANT o, especialmente, de HEGEL, puede que no fueran *exclusivamente* absolutos y negaran otro tipo de prestaciones de la pena. Además, actualmente prospera en EE.UU. la idea de que incluso desde la noción de merecimiento es posible hallar fundamentos mixtos (*not just deserts*[311]). Es decir, que existen autodenominados fundamentos "retribucionistas" que, realmente, no se configuran *únicamente* mirando al pasado. Se trata de aproximaciones al fundamento de una institución jurídica que emplean criterios similares a los que nuestra tradición continental[312] ha utilizado para justificar la pena en las llamadas teorías mixtas, que admiten el fundamento retributivo de la pena como garantía de que ésta no vaya nunca más allá de la culpabilidad del autor (así, la teoría dialéctica de la unión de ROXIN)[313].

---

311 Citando el título (con juego de palabras incluido) de la concepción neorrepublicanista/restaurativa de BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts: A republican Theory of Criminal Justice*, 2002. Ahí se entremezclan prestaciones preventivas (restaurativas, más que utilitaristas) con algún criterio "deontológico". También podría destacarse la noción de "merecimiento empírico" (*empirical desert*) propuesta por ROBINSON, conforme a la cual el reproche al autor del delito vendría determinado por unas intuiciones socialmente compartidas, en lugar de por un criterio filosófico de Justicia, como es habitual en aproximaciones más "deontológicas" a la idea de merecimiento (sobre esa propuesta, *vid*. RODRÍGUEZ HORCAJO, "Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas? Recensión a ROBINSON, P. H.; Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?, Nueva York (Oxford University Press), 2008, 267 pp.", *InDret*, 2012, 9 pp.).

312 *Vid. passim* PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990.

313 En este sentido, parece necesaria "*una teoría auténticamente unificada*" de la pena, y probablemente sea alguna modalidad de la de la prevención general positiva la que esté llamada a cumplir este papel (compartiendo todas ellas la idea de que la función de la pena es reafirmar la vigencia de la norma infringida); *vid*. PEÑARANDA RAMOS, "La pena… *op. cit.*, pp. 221-260 y EL MISMO, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito", *Doxa*, 2000, pp. 289-321. La idea subyacente a todo ello radicaría en que, aunque se discierna el fin último y la función rectora de la pena, persistirán otras prestaciones. Y el castigo no se entiende sin atender al conjunto: el fin de la pena ("*the ground of punishment*") con sus demás prestaciones ("*the determinations of punishment*"). Más ampliamente, sobre esta cuestión, BROOKS, "Hegel and the Unified Theory of Punishment", BROOKS (ed.), *Hegel's Philosophy of Right*, 2012, pp. 103-123.

Sirva esta breve referencia a la teoría de la pena para incidir aún más en el sentido en que deben entenderse las "aproximaciones deontológicas" (o "retributivas") conforme a las teorías de Justicia en el *hate debate*. Ha llegado así el momento de analizar cuál pudiera ser el fundamento del *animus model* legislativo conforme a alguna de ellas. Básicamente, todas guardan en común el rechazo a un fundamento utilitarista. En este sentido, hemos etiquetado todas estas posturas como "aproximaciones deontológicas", con el fin de facilitar la comprensión del debate estadounidense. No quiere ello decir que sean deontológicas, en sentido puro, todas ellas. El sentido en el que aquí emplearemos "deontológico" viene referido a que se trata de posturas que consideran justa o injusta la agravación de la responsabilidad penal por determinadas motivaciones del autor al margen de su efecto intimidatorio, o más bien, a pesar de que tengan o no tengan dicho efecto. Es decir, definidas en sentido negativo, aglutinaremos como "deontológicas" todas aquellas posturas del *hate debate* que analizan el fundamento de la agravación desde posiciones no esencialmente utilitaristas.[314]

Para empezar, la perspectiva "deontológica" nos permite contestar a la pregunta de por qué deben agravar ciertas motivaciones y otras no, atendiendo a cuál sea la naturaleza de la característica de la víctima. De forma paradigmática, se ha planteado que el fundamento del mayor castigo reside en que quien comete un crimen de odio lo hace debido al *status* de la víctima: es decir, porque la víctima tiene un elemento de identidad que origina el odio discriminatorio del autor. Al formar parte de su identidad, estas condiciones

[314] La aparente ausencia de "rigor terminológico" sabrá excusarse atendiendo a que un debate sobre el fundamento (esto es, desde la Teoría de Justicia) no es exactamente equivalente a la discusión acerca de las funciones de la pena. De lo que se trata aquí es de dilucidar alguna razón filosófica que justifique que exista en un ordenamiento como el nuestro una agravante genérica conforme al *animus model* de crímenes de odio. Los dos enfoques pueden solaparse, pero no son idénticos. Ciertamente, entrarán aquí corrientes de pensamiento que se compadecerán con lo que en nuestra tradición continental ha servido de base para las teorías absolutas, las teorías relativas (excluida, evidentemente, la prevención general negativa) y las teorías mixtas o unificadas de la pena. Excluiremos la perspectiva restaurativa (que trataremos en el siguiente epígrafe) pues no estaríamos hablando ya de fundamento de la agravación, sino de la posibilidad de que desapareciera la agravación de la pena (como consecuencia de una mediación satisfactoria, por ejemplo).

personales (como las que enumera el artículo 22.4ª CP) se encuentran fuera de la capacidad de elección de la víctima: *ad exemplum*, no se *elige* tener una determinada morfología "racial", se *tiene*. Esta correlación entre "condición personal que no se elige" y "*status* reconocido por el *animus model*" también explica la existencia del debate acerca de si la orientación sexual debe acceder al *numerus clausus* de características de víctimas de crímenes de odio. Conforme se ha señalado en la discusión estadounidense, puesto que esas características son un *status*, la raza no tendría problemas para ser considerada "apta". Incluso suele aceptarse sin reticencias que ese es también el caso de la religión de cada uno (que, al derivar de un acto de fe, no podría asimilarse a una elección racional). Pero si se considera que la homosexualidad es una elección, o incluso un hábito (algo que uno elige o uno hace, pero no algo que uno es), no podría formar parte del listado conforme a alguna de estas posturas[315]. Esta breve introducción al problema de por qué el odio discriminatorio hacia algunas condiciones personales ha de suponer la agravación y por qué hacia otras no, muestra a las claras que en la explicación, al margen de prestaciones utilitaristas de la agravación, subyace un componente valorativo. Es preciso valorar qué tienen de especial unas características de la víctima frente a otras si se pretende explicar la agravación, y ello exige recurrir a argumentos de carácter "deontológico".

En efecto, conviene recordar el *pseudo*-eslogan empleado por los detractores de una ley de crímenes de odio que, en 1988, fue rechazada por tercera vez por el Senado del Estado de Nueva York: "¿Por qué es más grave un crimen cometido por odio y prejuicio hacia un sujeto por su raza que por odio y prejuicio hacia su vecino?". Evidentemente, puede que desde una óptica utilitarista provoque un mayor daño en la comunidad el delito contra un vecino. Estos mismos críticos, no obstante, defendieron que se aprobara la pena de muerte para quien cometía un homicidio contra un agente de la autoridad: parece que las características de la víctima sí pueden ser tomadas en cuenta a la hora de

[315] *Vid*. KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, p. 32.

agravar la sanción penal[316]. Pero no se encuentra en la característica objetiva de la víctima el por qué de la agravación del *animus model*: como hemos dicho, este modelo atiende a las motivaciones del autor. No es lo mismo matar a un vecino por vivir en una casa más grande que la nuestra que matarle porque es de otra raza, y la razón de tal distinción se vislumbra recurriendo a fundamentos de corte más deontológico que el utilitarismo puro. Hemos de señalar que este aspecto del *hate debate* atañe de forma directa a la discusión existente en nuestro ordenamiento, pues reacciones similares contra la tipificación de los crímenes de odio se han producido aquí por parte de partidos políticos de extrema derecha[317]:

> *"Durante los recientes sucesos de Legazpi, algunos medios de comunicación entrevistaron al presidente del Movimiento Contra la Intolerancia, Esteban Ibarra, que se refirió a la muerte de un joven ultraizquierdista como un "crimen de odio". No entendemos muy bien este concepto, a no ser que para Esteban Ibarra existan "crímenes de amor". Es decir, no creemos que ningún ladrón, violador, asesino o terrorista sienta amor por su víctima, así que nos extraña esta nueva definición de crimen. Básicamente, estos "crímenes de odio" se refieren a crímenes cometidos contra minorías, tanto étnicas, religiosas o de orientación sexual. Estas leyes criminalizan tanto el pensamiento como la acción. Os pondremos un ejemplo: supongamos que un grupo de personas agrede a un inmigrante y son detenidos por la policía. Durante el interrogatorio, estas personas reconocen que visitaban la página web de Democracia Nacional. Según los defensores de estas leyes, Democracia Nacional es tan culpable del crimen como los auténticos criminales. Democracia Nacional hizo un "discurso de odio", que empujó a los agresores a cometer un "crimen de odio", así que Democracia Nacional es culpable, debe de ser ilegalizada y los agresores deben de cumplir una pena adicional por agredir a un inmigrante. Es decir, si tres españoles le rompen un brazo a un español será condenado, digamos, a un año de cárcel. Pero si le hacen exactamente lo mismo a un inmigrante, el castigo, en vez de un año, será de dos. Desde el punto de vista del Derecho europeo, esto es una aberración jurídica, pero esta ley ya forma parte del código penal español. Fue introducida en 1995 por una organización llamada Liga Antidifamación, poco conocida en España, pero muy poderosa e influyente en Estados Unidos. De hecho, estas leyes contra el odio existen en muchos otros países, no sólo en España. Lo peor de esta ley es su hipocresía y su doble rasero. Esta ley sólo se aplica cuando un español (o cualquier europeo) heterosexual cristiano agrede a un homosexual, a un inmigrante o a un musulmán, pero nunca se aplican en el caso contrario."*

[316] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, p. 30 y ss.
[317] "Esteban Ibarra y las leyes contra el odio" (http://democracianacional.org, fecha de consulta: 28/10/11).

Al margen de que el entendimiento de los crímenes de odio como herramienta de protección de minorías no necesariamente ha de ser el caso en lo que al artículo 22.4ª CP respecta, vemos que la oposición a la tipificación de estas conductas es esencialmente idéntica a la que se suscitó en EE.UU.. De ahí que revista especial interés el debate al otro lado del Atlántico para el análisis del artículo 22.4ª CP.

Centrándonos en el por qué deben ser unas y no otras las condiciones de la víctima, no está de más recordar que en el concepto de crimen de odio que maneja el *animus model* la clave se encuentra, como ya hemos dicho, en el odio y prejuicio que siente el autor hacia el *estereotipo* configurado con base en las particularidades de su víctima. Así, no se trata de que la víctima sienta como propios elementos de una identidad colectiva. Tampoco, sin más, de sus características objetivamente consideradas (ser vecino del autor, o un agente de la autoridad). En el *animus model* legislativo estamos hablando de motivaciones del autor: lo que importa es cómo percibe el autor esa condición personal de la víctima. Lo esencial es que, conforme a las motivaciones del autor del delito, la víctima era fungible, intercambiable: le daba igual matar al sujeto negro A o al B, lo esencial es que quería matar a un sujeto debido al odio discriminatorio hacia su raza. Este ejemplo (raza negra), aisladamente considerado, puede dar lugar a equívocos, ya que se trata de un colectivo tradicionalmente discriminado cuyos miembros, normalmente, suelen manifestar un sentimiento de pertenencia (una "conciencia identitaria colectiva"). Pero para el concepto de crimen de odio en el *animus model*, es totalmente irrelevante que dicha conciencia exista realmente. Es decir, puede que "los discapacitados" no tengan en absoluto conciencia de pertenecer a un colectivo, ni de compartir una identidad común. Pero el odio discriminatorio hacia la "discapacidad" de la víctima, entendido como motivación, sí es un odio del autor hacia una condición personal.

Como señala BLAKE[318], lo esencial para este concepto de crimen de odio son las motivaciones, conforme a la cuales el autor considera a su víctima un "monstruo", como manifestación de ese estereotipo negativo del que ya hemos hablado. Es por ello que, conforme al *animus model*, puede cometer un crimen de odio el miembro de un colectivo tradicionalmente discriminado contra un sujeto de raza blanca. Aunque esta concepción plantea importantes ventajas a la hora de dotar de fundamento a la agravación en un Estado liberal democrático, plantea igualmente una importante pregunta: ¿por qué sólo debemos atender al odio hacia determinadas condiciones? Desde una perspectiva utilitarista, si abandonamos la idea del daño proyectado a la identidad colectiva (porque la real existencia de esa identidad colectiva no reviste importancia en el *animus model*), resulta difícil hallar un fundamento convincente. De ahí la tan mencionada necesidad de recurrir a criterios que planteen fundamentos más deontológicos. Así, se plantea la duda de cómo puede ser moralmente válido agravar la responsabilidad penal de quien siente odio discriminatorio hacia un sujeto por razón de su raza o sexo, y no hacer lo propio con otras condiciones. Por ello, es necesario hallar no sólo el fundamento de la agravación en sí, sino el de por qué han de ser las motivaciones hacia algunas características y no hacia otras lo que suponga que opere la agravación.

A efectos sistemáticos, primero analizaremos el posible fundamento de agravar la responsabilidad penal del autor por su odio discriminatorio hacia determinadas características, y sólo después veremos qué puede fundamentar que esas características sean unas y no otras. Particularmente, a los efectos que nos ocupan, analizaremos qué fundamento puede revestir el catálogo de nuestro artículo 22.4ª CP. Pero antes, como decimos, es preciso "fundamentar la mayor"; o por qué determinadas motivaciones del autor deben suponer una agravación de la responsabilidad penal. Iniciaremos así el análisis de las aproximaciones "deontológicas" al *hate debate*.

[318] BLAKE, "Geeks and Monsters: Bias Crimes and Social Identity", *L&P*, 2001, pp. 121-139.

Entre el sector contrario a la agravación penal de los crímenes de odio se encuentra un importante argumento: el de la supuesta inconstitucionalidad. No se pueden prohibir pensamientos, no se pueden sancionar penalmente creencias ni prejuicios, porque ello es contrario a la Constitución de los Estados Unidos (concretamente, a la interpretación jurisprudencial que incluye en la misma el Derecho fundamental a la libertad de pensamiento). Se trata por ello de leyes injustas, sin ningún tipo de fundamento, que repelen los principios liberales del Estado. Básicamente, sostiene esta postura del *hate debate* que el pensamiento no delinque, y lo que fundamentaría la agravación de los crímenes de odio serían las creencias, no los hechos, del autor. Por otra parte, no servirían para cubrir lagunas de punibilidad: un delito de lesiones es idénticamente *delictivo* si la motivación del autor era vengarse de la víctima porque quería robarle la cartera que si lo hizo porque tenía otro color de piel. La legislación sobre crímenes de odio considera que, en el segundo caso, "la sangre de la víctima es más roja", aunque la intención del autor sea la misma. Y es esta consideración la que verdaderamente erosionaría los pilares liberales de nuestro Estado de Derecho: no puede sancionarse más gravemente atendiendo a los móviles del autor, porque ello supone sancionar sus creencias, sus pensamientos, y no sus hechos.[319] En este sentido, que sea moralmente reprobable una motivación sólo podría ser injusto desde una teoría kantiana, en la que el motivo lo es todo a efectos de discernir la injusticia[320]. Pero ello no implicaría que exista fundamento, en el ámbito del Derecho penal y de la justicia correctiva, para establecer sanciones sólo por las motivaciones del autor.

Esta vinculación del *animus model* a lo que en nuestra tradición llamaríamos comúnmente el "Derecho penal de la actitud interna" sería la segunda de las que KAHAN denomina las falacias liberales[321]. Rememorémosla: "un Estado

---

[319] Con carácter general, sobre esta postura en el *hate debate*, *vid*. sólo ahora JACOBY, "Punish crime, not thought crime", IGANSKY (ed.), *The Hate Debate. Should Hate Be punished as a crime?*, 2002, pp. 114-122 y HURD, "Why liberals should hate "hate crime legislation"", *L&P*, 2001, pp. 215-232.
[320] SANDEL, *Justice… op. cit.*, pp. 103-139.
[321] *Vid*. KAHAN, "Two Liberal Fallacies… *op. cit.*, pp. 177-183.

liberal no puede tener en cuenta las motivaciones del autor para agravar su pena, porque ello supondría sancionar el pensamiento". O, más detalladamente:

a. "El legislador no está legitimado para prohibir ideologías o sentimientos."

b. "Agravar la responsabilidad penal por motivos discriminatorios supone hacer depender una consecuencia sancionadora del carácter y la personalidad del sujeto".

c. "No estaría legitimada la norma de sanción/agravación, porque no lo estaría una norma de prohibición del tenor "no te guíes por motivos discriminatorios"".

Se trata de una reflexión ya empleada por un importante sector de nuestra doctrina, con el fin de justificar el por qué de la reinterpretación del artículo 22.4ª CP en términos ajenos al *animus model* legislativo de crímenes de odio.[322] Evidentemente, esta lógica tiene que admitir que, realmente, el artículo 22.4ª CP no castiga en sí la creencia (el prejuicio, el odio discriminatorio) sino su proyección *ad extra* una vez cometido el delito por esos motivos. Es decir: lo que esta postura tiene que afirmar para mantener su silogismo es que no se permite ni siquiera tomar en consideración la "motivación al infringir" la norma penal (una norma penal, por ejemplo la que prohíbe el homicidio, que es lo que realmente se está sancionando). Y aquí quizás se encuentra la clave. La agravación *ex* artículo 22.4ª CP - la concreción de una determinada pena dentro del marco punitivo, que no establece la circunstancia agravante, sino la conducta tipificada: un marco punitivo previsto para *el hecho* cometido - quizás sí puede admitirse que sea constitucional. Y ello, porque tanto nuestro

[322] *Vid*. ampliamente DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", *RGDP*, 2005 (www.iustel.com, última consulta: 30/10/09). Sobre la reflexión de este autor en este sentido y las reinterpretaciones del artículo 22.4ª CP como institución jurídica cercana al *discriminatory selection model* de crímenes de odio, *vid*. *infra* Segunda Parte, Capítulos I.3 y II.2.

ordenamiento[323] como el estadounidense admiten constitucionalmente que se sancione *un hecho*, dentro del marco punitivo previsto para *ese hecho*, pero considerando a efectos de determinar la pena que finalmente corresponde imponer al sujeto la motivación por la que cometió el delito, especialmente si ese motivo tiene algo de "especial" (esto es, un fundamento) que ha hecho que se encuentren sus efectos agravatorios legalmente reconocidos. Negarlo sería, como hemos referido, la "segunda falacia del debate del odio", que a continuación detallaremos.

En Derecho estadounidense, concretamente, los motivos pueden suponer el paso de la cadena perpetua a la pena de muerte. La "falacia", como señala KAHAN, obvia que al margen de que también contemple el factor intencional (el "dolo") del autor, el Derecho penal atiende a las motivaciones. Cuando las motivaciones del autor muestran que valora lo que es justo en la correcta

[323] Si identificamos los "sentimientos" del autor con sus "motivaciones" (habida cuenta de que el odio puede ser entendido como un "*sentimiento alovalorativo o de estimación ajena*" que motiva un comportamiento), habría que convenir con ALONSO ÁLAMO, "Sentimientos... *op. cit*., p. 37, en que "*dentro del Derecho Penal del hecho* [...] *no es infrecuente que el legislador recurra a elementos típicos o a circunstancias generales del delito que consisten en sentimientos del autor*". Efectivamente, sin perjuicio de los orígenes históricos de esa institución, tenemos un ejemplo paradigmático de que el Derecho penal tiene en cuenta las motivaciones a efectos agravatorios en la circunstancia de "*ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa*" del artículo 22.3ª CP. De igual manera, en su modalidad de agravante, también la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 CP: "*agravar la responsabilidad, según* […] *los motivos*") supone un aumento de la responsabilidad penal debido a las motivaciones del autor. Así, señala la STS nº 1699/2012, de 6 de marzo: "*La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que por relación de afectividad, debe estimarse: a) Existencia de una relación asimilada a la matrimonial ya sea la pareja heterosexual o como --es el caso de autos-- pareja homosexual, aquí de dos varones, Felix el recurrente, y Cecilio la víctima, y b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas -- STS 216/2007 --, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.*" Por otra parte, si se ampliara el espectro no sólo a que las motivaciones *per se* sean consideradas agravantes, sino a que se tomen en cuenta y se indague en ellas con efectos negativos para el reo en un sentido amplio, podríamos traer a colación el artículo 405 LECrim: "*Si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación.*" Así, el examen de las motivaciones podría ser posteriormente empleado como indicio de cara a fundamentar una condena. Esto también es cierto cuando la motivación se encuentra vinculada a una emoción, como lo es el odio discriminatorio. Las emociones de las que hagan gala las partes de un proceso se revelan esenciales para generar prejuicios y convicciones en el juez. Así, las emociones y los móviles de las partes pueden ser clave a la hora de determinar la existencia misma de responsabilidad penal, o la aplicación de *cualquier* circunstancia agravante (pues aunque no requieran para su apreciación una motivación particular del autor, si se acredita servirá para que el juez comprenda su acción y conforme la máxima de su experiencia). *Vid*. POLETTA, "The Laws of Passion", *L&SR*, 2001, pp. 467-493.

proporción (su integridad física sobre la integridad física de terceros, como en un estado de necesidad), le exime de responsabilidad penal. Cuando sus motivos muestran que valora lo que es justo de forma ligeramente incorrecta respecto de otras cosas de las que debería preocuparse (piénsese en una situación de arrebato u obcecación) se atenúa su responsabilidad penal. Cuando sus motivos muestran que valora lo que es justo de forma totalmente desproporcionada con lo que debería ser correcto (su desarrollo profesional por encima de la integridad física de su competidor), la ley directamente ignora el motivo: no es válido para atenuar ni eximir, por lo que no debe ser tenido en cuenta. Y cuando sus motivaciones resultan valorar de modo incorrecto todos los valores del sistema a un tiempo, se agrava su responsabilidad. Ese es el papel de las motivaciones: no se están *sancionando* las motivaciones. Lo que se sanciona, obviamente, es el hecho típico. Las motivaciones del *animus model* entran después en escena, con el fin de determinar, en el caso del artículo 22.4ª CP, si dentro del marco punitivo previsto para el delito en cuestión debe imponerse la pena en su mitad superior o no.

La postura de KAHAN parte de la constatación de que el Derecho penal asigna a las motivaciones, entendidas como emociones (así, el *odio* discriminatorio), una naturaleza evaluativa: no son pulsiones incontroladas, sino que se presupone que el sujeto ha sido capaz, en alguna medida, de controlarlas[324]. Conforme a estos parámetros, dependiendo de cuáles sean sus motivaciones, se le premiará, no se tendrán en cuenta, o se agravará su responsabilidad. Debemos admitir que la postura de KAHAN parece acertada. Con independencia de que el ordenamiento penal estadounidense pueda prestar más atención a las motivaciones que el nuestro, lo cierto es que EE.UU. es una democracia liberal inspirada en nuestros mismos valores. Incluso se podría decir, como hemos señalado, que manifiesta una mayor preocupación por la salvaguarda del principio de libertad de expresión (*ergo*, también de pensamiento). Por lo tanto, si el Derecho penal estadounidense admite constitucionalmente que las

[324] *Vid.*, *infra*, Primera Parte, Capítulo IV.2.

motivaciones agraven la responsabilidad del autor en algunos casos, no puede ser éste el motivo, desde un prisma deontológico-liberal, por el que carezca de fundamento el *animus model*. El hecho de que se tengan en cuenta las motivaciones podrá despertar mayores o menores simpatías, pero no excluye que la circunstancia agravante tenga fundamento. La cuestión, como señala KAHAN, residiría en demostrar por qué el odio discriminatorio puede ser suficiente, frente a otras motivaciones que no se tienen en cuenta, para agravar la responsabilidad penal en términos de fundamentación. Pero, desde luego, no alegando que este modelo legislativo sea inconstitucional. Lo único que podría alegarse es que no reviste *suficiente* fundamento, que sería más justo un ordenamiento en el que estas agravaciones no existieran.

De hecho, el *animus model* legislativo sería finalmente declarado constitucional por la Corte Suprema. A partir de este pronuciamiento, la mayor parte de la doctrina anglosajona tuvo que admitir que, al margen de las críticas que pudieran seguir efectuándose respecto de esta clase de instituciones jurídicas, el *animus model* legislativo era acorde con la Constitución de los EE.UU.[325] Nos estamos refiriendo a la sentencia de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de la aplicación de la agravante prevista en la legislación de Wisconsin, en el famoso caso de Todd Mitchell. En este supuesto, un joven afroamericano (Mitchell) fue al cine a ver la película *Mississipi Burning*. Indignado por la discriminación histórica padecida por su colectivo, al salir del cine buscó a algún sujeto de raza blanca, encontrando a Gregory Riddick, de 14 años. Tras increparle, le agredió brutalmente. La Corte razonó que, si bien es cierto que los insultos dirigidos al joven blanco habían servido como indicio probatorio de la comisión de un crimen de odio, no se le estaba condenando por lo que pensara de los blancos, ni siquiera por un mero insulto leve (del estilo de "blanquito"): se le condenaba por sus *hechos*. Unos *hechos* consistentes en unas lesiones. Pero su motivación (su odio y prejuicio hacia la raza blanca) justificaba la mayor sanción penal *de esos hechos*: aunque los hechos fueran unas lesiones,

[325] GERSTENFELD, *Hate crimes… op. cit.* p. 37 y ss.

no era inconstitucional atender a los motivos que impulsaron al autor a cometerlas[326]. Debemos recordar que estamos hablando de circunstancias agravantes, por lo que se castigan los hechos (en aquél supuesto, "lesionar a otro"), individualizando la pena prevista por el marco punitivo de forma más grave, ciertamente, por los motivos del autor. Pero por los motivos del autor concretados *ad extra*, en *su hecho*.

Nótese que este argumento para la constitucionalidad del *animus model* podría no ser suficiente si las motivaciones *fundamentaran* la sanción penal como elemento del tipo penal, o si supusieran por sí solas (mediante el establecimiento de subtipos agravados) el paso a un nuevo marco punitivo agravado. Pero a los efectos que nos ocupan, una circunstancia agravante genérica como nuestro artículo 22.4ª CP, que supone la imposición de una pena en la mitad superior del marco punitivo ya previsto por la tipificación *del hecho*, resulta suficiente[327]: no se sanciona la motivación, sino que la motivación se tiene en cuenta en tanto que proyectada *ad extra* en la comisión del hecho. El otro argumento referido a la inconstitucionalidad de los crímenes de odio, por vulnerar el principio de igualdad al proteger a unos grupos y no a otros, cayó por su propio peso atendiendo a este pronunciamiento y a la propia naturaleza de la agravante genérica de la legislación de Wisconsin (perteneciente al *animus model*, y no al *discriminatory selection model* legislativon de crímenes de odio): esta legislación no supone un reconocimiento de "grupos especiales", sino que puede aplicarse a todos los ciudadanos por igual, pertenezcan ellos o sus víctimas a cualquier colectivo, o aunque no pertenezcan a ninguno.

Por lo tanto, un precepto como el artículo 22.4ª CP sería constitucional, porque no se estarían sancionado pensamientos, sino la comisión del hecho típico, sólo que atendiendo a las motivaciones para imponer una pena. Sin embargo, lo anterior no implica necesariamente que el *animus model* legislativo de crímenes

[326] La problemática del "caso Mitchell", someramente expuesta en HUDSON JR., *Hate crimes*, 2009, 21 y ss.
[327] *Vid*. también *infra*, Segunda Parte, Capítulo II.3.

de odio tenga fundamento. Es decir, aunque admitamos que la agravación sea constitucionalmente válida, no tiene ello que implicar que sea más justo un ordenamiento que cuente con ella[328]. El debate sobre la constitucionalidad del *animus model* es binario (*sí* es constitucional o *no* es constitucional), mientras que el que versa sobre el fundamento es una cuestión de grados (es *más* o *menos* justo): no resolvía la Corte Suprema por qué es más justo un ordenamiento que cuente con esta circunstancia agravante que otro que no lo haga. Esta misma distinción entre constitucionalidad y fundamento ha sido percibida por nuestra doctrina respecto del artículo 22.4ª CP.[329]

En cualquier caso, aquel pronunciamiento tuvo un importante impacto en la doctrina, especialmente a efectos de determinar el fundamento de la

---

[328] *Vid*. KAHAN, "Two Fallacies… *op. cit*., p. 186.

[329] Señala CÓRDOBA RODA, "Comentario al artículo 22.4ª", CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, p. 292: "*La existencia de un determinado motivo en la conducta delictiva no conlleva que su injusto o culpabilidad sean mayores. No tiene así lógica alguna el que llevar a cabo un delito sin motivo alguno, por el simple propósito de realizar una agresión contra la vida o la integridad de una persona, no dé lugar a la aplicación de circunstancia agravante alguna y, en cambio, sí el que origine dicha agravante el hecho de llevar a cabo esta misma conducta por un motivo de discriminación por la ideología de la víctima*". Conviene detenerse en esta interesante reflexión. En primer lugar, debemos admitir que siempre existirá una motivación, al menos mientras el sujeto esté consciente, por muy perturbada y/o perturbadora que ésta pueda ser: *ad exemplum*, el placer de matar. No se trata más que de reiterar lo que ya afirmara VON LISZT, *Tratado… op. cit.*, p. 427 y ss.: el delito es el trágico resultado de un proceso mental del cual la intención es sólo "la antena visible a flor de actividad" y que *necesariamente* incluye el motivo. Aún así, la idea subyacente expuesta por CÓRDOBA RODA no se ve afectada: más adecuado sería interpretar sus palabras como que "sería ilógica la agravación, ya que existen otros motivos aparentemente igual de reprochables que no suponen agravación alguna". En segundo lugar, señala el autor que no existe cabida ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad para poder agravar la responsabilidad penal por las motivaciones. Sin embargo, podemos adelantar que existen importantes construcciones doctrinales que sí confieren a los motivos un lugar, ya sea en una u otra categoría del delito (*vid*., *infra*, Segunda Parte, Capítulo II). De esta ausencia de anclaje en nuestra estructura del delito deduce el autor el carácter ilógico de la agravación, siendo éste el tercer punto que considero importante reseñar. Quizás sería más interesante contemplar el razonamiento inverso: como es ilógica la agravante - como es ilógico que los móviles agraven la responsabilidad penal - no tiene cabida en la antijuridicidad o la culpabilidad. Nótese cómo el precitado autor, con excelente criterio, nunca afirma que sea "inconstitucional" el artículo 22.4ª CP. Es más, lo que afirma es que guarda relación con el artículo 14 CE (*ibidem*, p. 290). Pero ello no obsta para que sea, a sus ojos, una figura tan constitucional como ilógica. Esa supuesta ausencia de lógica derivaría, correlativamente, de su supuesta ausencia de fundamento, extremo que ahora estamos tratando de dilucidar. Debemos convenir en que la determinación de un fundamento para esta circunstancia agravante, al implicar la lógica de su existencia, exigiría necesariamente un lugar en alguna categoría de nuestra Teoría del Delito. Este extremo explica, de hecho, el propio planteamiento de la presente investigación: sólo si se justifica su existencia, será necesario plantearse qué naturaleza jurídica puede revestir.

agravación. Originariamente, los sectores dotrinales que defendían la legitimidad de la agravación desde ópticas "deontológicas" solían atenerse a alguno (o a alguna combinación) de los argumentos expuestos por WEINSTEIN[330]. Es decir, que el fundamento del *animus model* residiría necesariamente en que:

a) Desde una perspectiva puramente retributivista, ese tipo de prejuicio contraviene la moral mayoritaria de la sociedad, y por esa razón también es más abyecto y merecedor de un mayor castigo;

y/o

b) Estos crímenes suponen un mayor daño (*added injury*) a la víctima porque son entendidos por ésta como un ataque a su identidad a nivel colectivo; porque la comunidad a la que pertenece la víctima se siente amenazada por ellos (*chilling effect*); y/o porque incrementan la tensión social existente entre colectivos con identidades diferenciadas. [331]

Estos argumentos fueron puestos en duda por otros autores favorables a la agravación: el primero sería excesivamente moralista, y aunque sirva como argumento de apoyo, no podría por sí mismo justificar una sanción penal; los segundos no explican la constitucionalidad, no justifican que se produzca una injerencia en la libertad de pensamiento.[332] Evidentemente, deberíamos añadir, esos últimos argumentos tampoco están exentos de las críticas de KAHAN al utilitarismo reseñadas en el anterior epígrafe, si bien (como en el caso de WEINSTEIN), suelen ir combinados por muchos autores en justificaciones mixtas

[330] WEINSTEIN, "First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech?" *CJE*, 1992, p. 8.
[331] Todos ellos derivados del inicial planteamiento de LAWRENCE, *Punishing Hate… op. cit.*, pp. 45-63, que admitía que dado que la intención era la misma en un asesinato "normal" que en uno que fuera un crimen de odio, y puesto que en el *animus model* se sancionaban las motivaciones, era la evaluación del contenido "deontológico" de esas motivaciones lo que tenía que suponer la agravación, pero siempre vinculándolo a la idea de un mayor daño.
[332] ALTMAN, "The democratic legitimacy of bias crimes laws: public reason and the political process", *L&P*, 2001, pp. 155-156.

con aspectos más deontológicos[333]. En cualquier caso, el pronunciamiento de la Corte Suprema supuso un importante punto de inflexión, y amplió el espectro de posibles fundamentaciones sin estar ya necesariamente vinculado el debate a si eran o no inconstitucionales estas leyes. Por un lado, bien es cierto que esta legislación supone un "reconocimiento" a las víctimas de estos delitos (lo cual incluye a las de minorías tradicionalmente discriminadas, pero sin excluir a otros colectivos). Ello es un valor en sí mismo: reconocer que la victimización por este tipo de conductas es mayor, porque los efectos de la conducta del autor se proyectan de forma particularmente dañina en quienes comparten la condición personal de la víctima. Pero aunque ese reconocimiento exista, como señalan LEVIN y MCDEVITT, no puede residir ahí el fundamento de la agravación.

A nivel comunicativo, no cabe duda de que cuando un ordenamiento muestra su rechazo hacia el odio discriminatorio como motivo para cometer un delito, estableciendo una agravación de la sanción penal, ello aprovecha a quienes tradicionalmente son victimizados por odio discriminatorio. Los heterosexuales, por ejemplo, no percibirán con igual intensidad que los homosexuales el mensaje "protector" de esta legislación, ya que normalmente no son victimizados por odio discriminatorio. Pero la clave del fundamento del *animus model* se encuentra en que *también* les protege a ellos este modelo legislativo. El verdadero mensaje a las víctimas no se envía a ninguna víctima o grupo en particular, ya que la agravación conforme al *animus model* puede aplicarse a cualquier ciudadano, pertenezca o no a un colectivo identificable. Ergo, se enviaría el mensaje a todos los ciudadanos, pues todos pueden ser víctimas de un delito agravado. Por lo tanto, existe también un mensaje desligado de la protección de colectivos y víctimas, que no se envía a ellos sino a los autores: un mensaje del tenor "el legislador no tolera el odio

[333] En muchas ocasiones, no obstante, los argumentos que fundamentan la agravación porque existe una "mayor culpabilidad" parten del presupuesto de que ello deriva de la existencia de un "mayor daño". Por lo tanto, son válidas las críticas al utilitarismo también para esas fundamentaciones mixtas, al dinamitar su punto de flotación (*vid*. KAHAN, "Two liberal fallacies… *op. cit*., pp. 183-184 y nota 24).

discriminatorio". Puesto que no se están sancionando las motivaciones, sino el hecho típico del autor atendiendo a las motivaciones sólo para graduar la pena ya prevista por aquél, cualquier fundamento para una circunstancia agravante genérica propia del *animus model* debe pasar por valorar por qué esos motivos han de ser tomados en cuenta para la valoración (por qué es justo que el Legislador haya conferido ese papel al odio discriminatorio). Y la *ratio ultima* no puede estribar en una lógica de protección de minorías o en un mayor daño por el efecto del delito en determinados colectivos.

De otro lado, aunque haya que atender necesariamente a la idea de merecimiento para dotar de fundamento a estas instituciones jurídicas, no puede bastar con un argumento del estilo "porque contraviene la moral mayoritaria". Muchas motivaciones pueden hacerlo (por ejemplo, el apetito sexual hacia un recién nacido), pero no toda motivación abyecta se reconoce digna de operar como circunstancia agravante genérica.

El fundamento de la agravante debe pasar por admitir que el mensaje que la existencia del *animus model* del cual deriva expresa que, para asegurar nuestros Derechos, hay que hacer lo propio con los de todos los ciudadanos, incluyendo aquellas víctimas cuyas características nos disgustan, incluso porque contravienen la moral mayoritaria[334]. Es necesario para el correcto funcionamiento del sistema que no se cometan delitos por estas motivaciones, porque atentan contra los cimientos del Estado liberal-democrático. Un fundamento que, obviamente, recuerda al famoso sermón de NIEMÖLLER[335].

---

[334] LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit.*, p. 7 y 20.

[335] Erróneamente atribuida su autoría, en ocasiones, a BRECHT (*vid.* http://www.martin-niemoeller-stiftung.de/4/daszitat/a46). Aunque existen múltiples versiones, la más popularizada ("Cuando los nazis vinieron a por los comunistas…") sería la siguiente: "*Als die Nazis die Kommunisten holten, habe ich geschwiegen; ich war ja kein Kommunist. Als sie die Sozialdemokraten einsperrten, habe ich geschwiegen; ich war ja kein Sozialdemokrat. Als sie die Gewerkschafter holten, habe ich nicht protestiert; ich war ja kein Gewerkschafter. Als sie die Juden holten, habe ich nicht protestiert; ich war ja kein Jude. Als sie mich holten, gab es keinen mehr, der protestieren konnte.*"

Llegados a este punto, desde el momento en que nos centramos en el posible fundamento de una *circunstancia agravante genérica propia del animus model*, parece evidente que muchas críticas vertidas en el *hate debate* hacia el *discriminatory selection model* (encaminado a la protección de determinadas minorías mediante la sanción penal) o hacia otras manifestaciones del *animus model* (en las que la motivación opere a través del establecimiento de tipos penales específicos) no puedan extrapolarse sin más. Como muestra, reseñaremos la que quizás sea la crítica más sistemática a las legislaciones sobre crímenes de odio: el detallado análisis del *hate debate*, elaborado por HURD y MOORE, que llegó a la conclusión de que ningún enfoque dotaba de fundamento a la legislación sobre crímenes de odio, ya que todos parecían "sospechosos"[336]. Estos autores, tras descartar por razones análogas a las aquí hemos expuesto un fundamento puramente basado en criterios utilitaristas o retributivos, llegan finalmente a la crítica del "análisis de la culpabilidad" (*the culpability analysis*): esto es, que se agrave la responsabilidad penal porque las motivaciones del autor suponen que *merecía* tal consecuencia. Entre otros argumentos, ya reseñados, sobre el papel de las motivaciones en el Derecho penal[337] para cuya contra-crítica podemos remitirnos a la "segunda falacia" de KAHAN, añaden una muy interesante observación: el liberalismo exige la libertad de ser moralmente malo para que pueda cultivarse el bien común. Así, concluyen que lo que explica la histórica tolerancia hacia "los antisemitas, el KKK, los neonazis" y otros sujetos intolerantes es que sus ideas tienen un valor (aunque sólo sea el de poder constatar sus "perversidades"), y que por lo tanto el liberalismo debe rechazar sancionar penalmente esas motivaciones[338].

---

[336] HURD/MOORE, "Punishing Hatred… *op. cit.*, pp. 1081-1146.

[337] *Ibidem*, pp. 1117-1132, parten de que el elemento subjetivo propio de los *hate crimes* no se compadece con lo que la Teoría del Delito en *Common Law* entiende por *mens rea*. Para un lector continental, sin embargo, creo que esa supuesta insuficiencia se debe más a la estructura de esta Teoría (a no desligar, en definitiva, la antijuridicidad de la culpabilidad) que a un problema propio del *hate debate*. Es decir, abordan un problema, el de cómo insertar la agravación en su Teoría del Delito, que no afecta al fundamento de la agravación, sino a su naturaleza (tarea que emprenderemos en la Segunda Parte del presente trabajo, a la hora de enmarcar el artículo 22.4ª CP en *nuestra* teoría del delito). De todas formas, en sentido contrario, existen pronunciamientos que admiten que en la categoría de *mens rea* caben las motivaciones (así, SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law… *op. cit.*, pp. 236-237).

[338] HURD/MOORE, "Punishing Hatred… *op. cit.*, pp. 1137-1138.

Lo primero que habría que decir es que las creencias en la "supremacía racial aria", *ad exemplum*, no son lo que se castiga. Se castiga su concreción *ad extra* para cometer un delito. Mientras puedan ser expuestas de forma pacífica las supuestas virtudes de cualquiera de esas ideas, se cumplirá el requisito de permitir el mal para lograr un mayor bien. Sin embargo, no es este el principal problema de esa crítica. La cuestión radica en que obvian estos autores que el *animus model* también protege ese mal para lograr el mayor bien. Es más, en esta peculiaridad se halla su razón de ser. No se trata de proteger a minorías tradicionalmente discriminadas, ni de castigar a quienes no comparten una supuesta "moral mayoritaria". Se trata de tener en cuenta el odio discriminatorio hacia alguna condición de la víctima a la hora de determinar la pena, aunque dicha condición sea una ideología que resulte tremendamente contraria a la que inspira el ordenamiento. La insistencia en la irrelevancia, por parte de algunas manifestaciones de este modelo legislativo, como en la ley federal estadounidense de 2009, de que la pertenencia de la condición de la víctima sea "real o percibida por el autor" no hace sino confirmar que no es la protección de un determinado colectivo lo que fundamenta la agravación: se trata de un valor superior, cual es el respeto al principio de igualdad. Es ahí, como veremos, donde ha de residir la fundamentación de este modelo de crímenes de odio que, de ser otro, quizás no sortearía la crítica expuesta.

Esta perspectiva de fundamentación ha sido apuntalada en nuestro ordenamiento, al referir que los *hate crimes*, en tanto que formas "*abominables de odio*" (incidiendo en esta idea de que son crímenes "odiosos" y "de odio"), "constituyen violaciones directas de los principios de libertad, de igualdad, democracia, respeto de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, principios en los que se fundamenta la Unión Europea […] y que son la base de nuestro orden constitucional"[339]. Solución propuesta al problema que, por otra

[339] AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, p. 47: "*…formes abominables d'odi que constitueixen violacions directes dels principis de llibertat, igualtat, democràcia, respecte dels drets humans i de les llibertats fonamentals, principis en què es fonamenta la Unió Europea (art. 6 del Tractat*

parte, ya se infiere de lo que el Tribunal Constitucional dejó sentado en sus sentencias nº 214/1991 (caso Violeta Friedmann) o nº 176/1995 (caso Makoki)[340]. Todo ello, en tiempos más recientes empleado por la STEDH, Sección 2ª, Caso Milanovic contra Serbia, de 14 de diciembre de 2010, MP Françoise Tulkens, al afirmar que un delito, por brutal o violento que sea, no reviste los caracteres de uno idéntico cometido por odio discriminatorio contra una condición personal (en aquél caso, la religión). Y ello, porque un crimen de odio tiene una particular incidencia en los Derechos fundamentales que inspiran el ordenamiento.

En definitiva, debemos convenir en que el *animus model* no es un modelo que imponga una moral determinada, entendido ello desde la perspectiva de DEVLIN[341]. Recordemos que para este autor, la sociedad se mantiene cohesionada a través de "lazos invisibles de pensamiento común", siendo esas ideas comunes las que conforman su moral. Por lo tanto, el Derecho penal podría sancionar aquellos comportamientos que contravengan esa moral, pues con ello se evita la disolución de la cohesión social. Pues bien, este fundamento moralizante del Derecho penal, que ha sido profusamente criticado con notable acierto por muchos autores, estaría en conexión con lo que muchas posturas "liberales" temen del *animus model*. Es decir, que se agrave la responsabilidad penal porque las convicciones del autor contravienen la moral mayoritaria. Sin embargo, esta crítica no se sostiene respecto del *animus model*.

En efecto, conforme a la lógica de DEVLIN, sería difícil imaginar a un sujeto cuya ideología fuera en mayor medida contraria a los principios inspiradores de un

---

de la Unió Europea, art. 13 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea, arts. 10 i 11 del Conveni Europeu de Drets Humans i Llibertats Fonamentals i Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, capítols I a III, particularment els arts. 1, 6, 10 i 21), i que són la base del nostre ordre constitucional (arts.1, 9.2, 10, 14 i seg. de la Constitució de 1978 i arts. 4, 15, 40 i 41 de l'Estatut de Catalunya de 2006)".

[340] *"El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos."*

[341] *Vid*. DEVLIN, *The enforcement of morals*, 2010, *passim*, 153 pp., en su famoso alegato a favor de la criminalización de la homosexualidad.

Estado liberal democrático que un ciudadano nacional-socialista que comete delitos contra cualquiera que no sea blanco, español y heterosexual. Conforme a la postura de DEVLIN, sería acertado agravar la responsabilidad penal de este sujeto por sus motivaciones, ya que su ideología podría dinamitar el sistema. Ciertamente el artículo 22.4ª CP podría aplicarse a ese sujeto. Ahora bien, lo que el *animus model* (y con él, nuestro artículo 22.4ª CP) nos dice es: *también* si alguien comete un delito contra aquel sujeto, motivado por su odio y prejuicio hacia la ideología nacional-socialista, se agravará su responsabilidad penal. Y ello, porque aunque esa ideología sea "peligrosa" para la subsistencia del sistema, es una prerrogativa del propio Estado liberal-democrático que cada ciudadano sea respetado sea cual sea su ideología, su raza o su orientación sexual. El *animus model* se inserta, precisamente, entre las garantías de que el Derecho penal tratará por igual a todos los ciudadanos cuando sus motivaciones contravengan los parámetros básicos de respeto a la igualdad en términos liberal-democráticos. Como señala MALEM, el principio de igualdad y el respeto a las características personales de nuestros conciudadanos (en nuestro caso, derivado ello del artículo 14 CE, tan vinculado al artículo 22.4ª CP[342]) son "*garantías para la libre actuación de las personas respecto de temas morales*"[343]. No en vano, se encuentran reconocidos como valores que

[342] Admite LANDA GOROSTIZA, *La política… op. cit.*, p. 179, que se proyecta el artículo 22.4ª CP sobre conductas propias de la órbita del principio de igualdad, siendo su redacción más o menos "coherente" y "homogénea" con la del artículo 14 CE. Considera este autor que ello es criticable porque excede de la lógica homogeneizadora que debiera existir en relación con otros preceptos "anti-discriminación" de nuestro Código Penal. Pero ese es un problema distinto: el hecho de que algunos delitos, que podríamos denominar "de discriminación", irrumpieran cronológicamente a la par que nuestra circunstancia agravante no debe implicar necesariamente que deba ser el mismo el fundamento de todos ellos.

[343] Afirma MALEM SEÑA, "De la imposición de la moral… *op. cit.*, pp. 7-16: "*La función del derecho es, en la tradición liberal, crear las condiciones necesarias para el florecimiento de la individualidad. Y aquí los principios de autonomía, de dignidad y de inviolabilidad de la persona, tales como han sido propuestos entre otros por Carlos Nino, se manifiestan eficaces a la hora de crear un derecho penal justificado*". Pues bien, el principio de igualdad se encuentra vinculado con el de dignidad humana, que sufre, parafraseando a LASCURAÍN SÁNCHEZ, no sólo en la medida de la diferencia sino también con la razón de la diferencia (*vid.* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La agravante… *op. cit.*, p. 52 y ss.). Desde luego, no puede admitirse que el Derecho deba hacer efectiva la moral de una sociedad. Pero "*si alteramos un poco los términos de la discusión*" (MALEM SEÑA, "De la imposición de la moral… *op. cit.*, pp. 7-16), debemos convenir en que el Derecho sí puede prescribir conformidad con las pautas de una moral crítica que se supone válida. En el caso de nuestro ordenamiento liberal-democrático esas pautas se concretarían (artículo 14 CE) en la idea de que todos los ciudadanos son iguales con independencia de sus condiciones personales, y

"*fundamentan*" la Unión Europea y que "*son comunes a los Estados miembros*": los de una "*sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad*"[344]. Es esa igualdad, como distinto principio al de no discriminación de grupos tradicionalmente discriminados, la que se encuentra en el fundamento del *animus model*. Esto explica que nuestra mal llamada jurisprudencia menor haya fundamentado el mayor castigo para quien actúa por odio discriminatorio en esta naturaleza de nuestro Estado liberal democrático[345]. El odio discriminatorio a lo que es distinto, sea esa distinción la de un colectivo mayoritario o minoritario, sea más o menos odiosa, sea la que sea, supone erosionar la convivencia propia de una sociedad liberal-democrática, que requiere el factor de lo diverso. Se trata, por lo tanto, de una institución jurídica que toma en consideración, no la igualdad entre colectivos ni el derecho de no discriminación por la pertenencia a alguno de ellos, sino una manifestación más esencial todavía del principio de igualdad: la idea de igualdad sustancial entre las personas (*todas* las personas). Esta idea, en el núcleo del fundamento del artículo 22.4ª CP, se ha asentado como un principio configurador de las relaciones humanas y sociales "*en el mundo moderno*", de forma que - en nuestro caso, a través del artículo 14 CE y los derechos que lo explicitan y desarrollan – se erige "*como el fundamento del Estado Democrático de Derecho*".[346]

---

por lo tanto pueden ser y pensar lo que sean y quieran. En una democracia liberal como la nuestra, ha de regir el principio de autonomía personal, que "*no es en sí mismo un ideal personal sino un estándar interpersonal: prohibe* [...] *realizar las acciones positivas u omisiones que tengan el efecto de socavar la capacidad de la gente para escoger y materializar sus ideales personales y los planes de vida que en ellos se basan*", como parte del proceso democrático, que tiende a la *imparcialidad* – *todas* las ideas pueden ser expresadas, también las más abyectas - (NINO, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal", *RJUAM*, 1999, pp. 47-82). El artículo 22.4ª CP no impone una determinada moral a los ciudadanos, ya que este precepto también tiende a la imparcialidad y a dejarles creer lo que quieran: podrá aplicarse a los demócratas liberales que cometan un delito por el odio hacia – por ejemplo - la ideología neonazi o anarquista de su víctima, contrarias a los valores del Estado liberal-democrático.

[344] Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, versión consolidada tras el Tratado de Lisboa.

[345] SAP de Barcelona nº 1210/2004, de 16 de diciembre, MP Jesús Navarro Morales: "*el Derecho Penal* […] *no puede tolerar que el hecho diferencial o que el enriquecedor factor de lo diverso sean pisoteados por quienes* […] *obran impulsados, sencillamente, por el odio a lo que es distinto.*"

[346] BERNAL DEL CASTILLO, *La Discriminación en el Derecho Penal*, 1998, cit. pp. 18 y 24.

Recapitulemos: hemos dicho que el *animus model* consistente en la agravación de la responsabilidad mediante la aplicación de una circunstancia agravante genérica es constitucional, porque se sanciona *un hecho*, aunque se atienda a la hora de imponer la pena a la motivación del autor proyectada *ad extra* en ese hecho. También hemos visto que se trata de un reflejo del principio de igualdad, entendido como respeto a todas y cada una de las condiciones personales de los ciudadanos que forman parte de una sociedad liberal-democrática, como presupuesto para que siga pudiendo enarbolar dicho adjetivo. Conviene aquí recordar, por ilustrativa, la añeja reflexión que nuestra doctrina efectuaba sobre el fundamento de la sanción penal desde las teorías de Justicia, recién iniciada la influencia de la obra de RAWLS:

> "*La pena castiga ante todo el hecho delictuoso: es la consecuencia jurídica desfavorable que implica la comisión de un hecho que infringe un deber de peculiar índole. Pero, al mismo tiempo, el hecho es cometido por una persona concreta, por un hombre que vive en un contexto histórico-social concreto, y por eso se castiga también al delincuente teniendo en cuenta el modo y el grado en que lo es.*"[347]

Si un sujeto comete un delito con un marco punitivo de uno a cuatro años, y es condenado a tres años, debemos convenir en que se estará castigando "*ante todo*" su hecho, tipificado con pena de uno a cuatro años. Si a ese sujeto se le ha castigado a una pena de tres años, por el hecho cometido, pero tomando en cuenta como circunstancia para modularla el "contexto histórico-social concreto" en el que vive, las instituciones jurídicas que han operado tienen apriorísticamente fundamento. En un Estado liberal-democrático, puede plantearse que la institución jurídica que suponga la imposición de la pena prevista por el delito cometido en su mitad superior, debido a que el autor lo cometió motivado por odio discriminatorio hacia una condición personal de la víctima, dadas las características del contexto liberal-democrático en que lo comete, tendría una razón de ser.

[347] LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 1961, cit. p. 653. Sobre la - por entonces inusual en nuestra doctrina - influencia de RAWLS en esta obra, *vid. ibidem*, *passim* y p. 333.

Desde esta perspectiva, nuestro artículo 22.4ª CP tendría *un* fundamento, vinculado al principio de igualdad rector de un Estado liberal democrático. En este sentido, parece aconsejable detenernos en la relación existente entre el Derecho penal y el constitucional a efectos del fundamento del artículo 22.4ª CP que estamos tratando de discernir[348]. Debemos partir de que el Derecho Fundamental a la igualdad tiene un doble contenido. De un lado, se encuentra protegido como Derecho del individuo. Pero de otro, es igualmente un valor superior del ordenamiento. Antes de plantear cualquier fundamento del *animus model* que apele a principios constitucionales, conviene dejar sentadas ciertas cuestiones. En primer lugar, que ello no implica asumir la perspectiva del absoluto sometimiento y acefalia del Derecho penal respecto de la Constitución. Pero también que, de otro lado, no puede existir una institución (en nuestro caso, el artículo 22.4ª CP) con suficiente fundamento si no sirve para salvaguardar, de alguna manera, un valor de relevancia constitucional. En este caso entendido, primero, como valor superior del ordenamiento (pues eso es lo que hace que el odio discriminatorio justifique su reconocimiento legal como motivación agravatoria frente a otras motivaciones abyectas) y, segundo, como Derecho del individuo (pues las condiciones personales que enumera han de encontrarse igualmente vinculadas a la igualdad como Derecho del individuo[349]). Así, la afirmación de que el *animus model* es constitucional sólo implica (dentro de la ya mentada lógica binaria) que nos encontramos en los límites de lo admisible. La afirmación de que reviste *un* fundamento implica que es acorde esta institución jurídica con nuestro sistema liberal-democrático. Pero nada de ello significa aún que revista *suficiente* fundamento este modelo legislativo.

Pues bien, quizás la propuesta surgida en el *hate debate* que, desde las anteriores premisas, se antojará más razonable sea la de ALTMAN[350]. Conviene este autor en que un Estado liberal – caracterizado por la consagración del principio de

[348] *Vid*. a estos efectos BERNAL DEL CASTILLO, *La Discriminación… op. cit.*, 1998, p. 5 y ss.
[349] Como veremos en el epígrafe 4 del presente Capítulo.
[350] ALTMAN, "The democratic legitimacy… *op. cit.*, pp. 141-173.

igualdad – admite una agravación para los crímenes motivados por odio discriminatorio. En este sentido, entiende que se salvaría la supuesta inconstitucionalidad de la agravación con los argumentos empleados por la Corte Suprema en *Wisconsin vs. Mitchell*. Sin embargo, va más allá, y plantea el dilema liberal en toda su crudeza, no a efectos de constitucionalidad, sino de justificación: de fundamento. Esto es: la respuesta no puede ser tan sencilla como negar de plano cualquier fundamento apelando a la libertad de conciencia, o afirmar que es el *hate debate* lo que carece de fundamento porque la agravación se justifica por el imperio del principio de igualdad.

A pesar de que se esté sancionando un hecho y no una creencia, aunque sea constitucional la agravación, puede persistir cierta afectación a la libertad de pensamiento: no en vano, quien no tenga un prejuicio intenso hacia determinadas condiciones personales jamás podrá cometer un crimen de odio (jamás le podrá ser de aplicación el artículo 22.4ª CP). Por supuesto, ello no quiere decir que no se pueda creer lo que libremente se crea, pero el matiz no excluye la afectación. En cualquier caso, esta afectación existiría igualmente respecto de otros supuestos de sanción penal. Imaginemos un objetor de conciencia fiscal: quien cuente entre sus creencias con la necesidad de contribuir al máximo a las arcas públicas, jamás cometerá la conducta tipificada en el artículo 305 CP. No quiere ello decir que si se condena conforme a dicho precepto a quien invocó sus creencias para no contribuir en absoluto a ellas, carezca de fundamento el precepto que prevé dicha sanción. Precisamente, porque aunque exista una posible afectación a las creencias de los ciudadanos, el Estado requiere para su subsistencia que se contribuya a las arcas públicas[351].

[351] Cuestión no demasiado alejada de lo que ya señalara LOCKE, *Carta sobre la Tolerancia*, 1991, pp. 4-71. La libertad de pensamiento (en su caso, la religiosa; el ejercicio de un Derecho fundamental) sólo puede llegar hasta donde suponga un atentado contra la existencia misma del Estado. A los efectos que nos ocupan, señalaba este autor que la negativa a tolerar a los diferentes se encuentra en el origen de numerosos conflictos y guerras, *ergo* de la puesta en peligro de dicha existencia.

Este dilema resultante de sancionar penalmente hechos que se cometen motivados por creencias, amparadas por la libertad de pensamiento, deriva de la dicotomía liberalismo/democracia. Sin necesidad de explayarnos en demasía, recordemos ahora que nuestro Estado se encuentra políticamente cimentado en la fricción existente entre su carácter liberal y su carácter democrático. Para su "personalidad democrática", no plantea demasiados problemas la agravación por motivos discriminatorios (al menos, desde la perspectiva democrático-participativa): si la democracia persigue generar un sentido público de comunidad, es necesario que impere el respeto al principio de igualdad entre los ciudadanos.[352] Sin embargo, para evitar la tiranía de la mayoría y que enarbolando la bandera de la democracia el Estado dinamite garantías decimonónicas (dicho sea en el mejor de los sentidos), se erige su faceta liberal. Es aquí donde surgen mayores problemas para la fundamentación, al margen de la constitucionalidad: no se trata ya de una cuestión binaria (o es o no es constitucional), sino política (es más o menos justo un ordenamiento que cuente con estas agravaciones o no). Así, un principio como el de igualdad, de corte liberal pero asumido en términos democráticos, puede entrar en colisión con el respeto a otros principios de forma en exceso "perturbadora". Sin suponer ello que estemos ante una institución jurídica inconstitucional, puede que su relativo fundamento, dada esa fricción, aconseje que sea suprimida.

La pregunta que plantea ALTMAN es, por lo tanto, por qué el principio de igualdad que inspira el *animus model* legislativo debe prevalecer sobre otras garantías liberales, manteniendo la esencia democrática del ordenamiento. Para lograr este objetivo, sitúa la discusión en términos *rawlsianos*[353], si bien

---

[352] *Vid*. DEL ÁGUILA TEJERINA, "La democracia", DEL ÁGUILA TEJERINA (dir.), *Manual de Ciencia Política*, 2000, pp. 139-157.

[353] Considerando ALTMAN, de forma notoria, la noción de razón pública apuntalada en RAWLS, *The Law of Peoples with "The idea of Public Reason revisited"*, 1999, p. 131 y ss., así como el conocido y absoluto primer principio de RAWLS, *A Theory of Justice*, 1999, p. 53: toda persona ha de tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para otros. Evidentemente, esto se compadece más con fundamentaciones de justicia distributiva, pero sirve como buen punto de partida para fundamentar el *animus model* debido a la *rawlsiana* insistencia en que los principios a los que acuerdan someterse las partes tras el velo de la ignorancia deben ser *universales*.

asumiendo un particular concepto de "razón pública" (*public reason*) al reinterpretar algunas premisas ya apuntaladas por KAHAN, que anteriormente hemos referido. Simplificando la cuestión: la pluralidad razonablemente conflictual de doctrinas en una sociedad democrática es un rasgo permanente de la cultura pública en democracia. Por otra parte, una ley es justa cuando situados los ciudadanos en la posición de legisladores, tras el llamado "velo de la ignorancia", entienden que cumple con el criterio de reciprocidad. Es decir, que su proceso de deliberación ha de llevarse a cabo reconociéndose unos a otros como ciudadanos libres e iguales y no como sujetos dominados unos por otros. Se trata de un entendimiento de la Justicia como imparcialidad: los ciudadanos legislan tras el velo de la ignorancia en términos de cooperación *mutuamente* aceptables.

Desarrollemos esta idea, atendiendo a la "posición original" (una situación de elección *justa*) que RAWLS denominaba el "velo de la ignorancia". En un estadio previo a la promulgación de las leyes que regirán su convivencia, los ciudadanos dilucidan qué leyes van a dictar. Se encuentran tras el llamado "velo de la ignorancia": no conocen el contexto en el que luego, una vez promulgadas las leyes, tendrán que desenvolverse en la sociedad cuyas normas van a establecer. Ignoran cómo son, lo que tienen y lo que necesitarán. Evidentemente, tras ese velo los ciudadanos no saben si ellos van a ser de una determinada raza, o tener una determinada orientación sexual, sexo, discapacidad, etc. A todos ellos les parecerá justo que el odio discriminatorio juegue un papel en la determinación de la pena a imponer al autor de un crimen de odio, sin que ello suponga una fricción para su libertad de pensamiento: de desarrollar posteriormente alguno de ellos un prejuicio hacia una determinada condición personal, se configuraría en sentido negativo a la que ellos tienen (es decir, si fueran blancos, construirían su prejuicio hacia otras razas de forma distinta que si fueran negros). Pero tras el velo de la ignorancia no conocen sus características personales, lo cual es condición indispensable para elaborar leyes con base en criterios universales y extrapolables a todos (es

decir, conforme al criterio de reciprocidad). También desconocen qué condición personal revisten los demás miembros de su comunidad: sólo saben que van a legislar para sus conciudadanos. Que serán igualmente conciudadanos con independencia de su raza, de su sexo, etc.

Nótese que para RAWLS, la razón pública es consustancial a una democracia liberal, e implica que para que goce ésta de buena salud es necesario un razonable pluralismo, con su consiguiente pluralidad conflictual. Por eso es tan interesante el aporte de ALTMAN aplicado al *animus model*, al tratarse de un modelo legislativo que puede sancionar de forma agravada a quien actúa motivado por el odio y el prejuicio hacia, por ejemplo, la ideología nacionalsocialista. Sancionar de forma agravada a quien comete el delito por determinadas motivaciones puede entenderse en términos de Justicia, si aceptamos que la razón pública conminaría a aceptar como principio esencial de la sociedad la igualdad entre los ciudadanos sean cuales sean sus ideas y sus condiciones personales.

Así las cosas, admitamos igualmente que el *animus model* cuenta con un importante capital comunicativo: con independencia de sus resultados, es una manifestación de la razón pública, que asevera "todos somos iguales con independencia de nuestras condiciones personales". Por ello, es irrelevante que la agravación pueda aplicarse a quien comete un delito contra un miembro del colectivo mayoritario (supongamos que un WASP). La clave se encuentra en considerar que estas normas expresan el deber de la sociedad de combatir los ataques sistémicos a la igualdad. Un delito no es un hecho cualquiera: es uno que supone la intervención punitiva del Estado, es un verdadero ataque sistémico. Y en ese marco, explica la razón pública que la pena que finalmente corresponde imponer se agrave dentro del marco ya previsto para el hecho típico. No puede por ello plantearse el fundamento del *animus model* atendiendo a su eficacia preventiva, sin atender antes a los valores del Estado liberal-democrático en el que esta agravación se aplicaría.

En definitiva, las conclusiones que podemos plantear respecto del fundamento del *animus model* legislativo de crímenes de odio son las siguientes:

1º. Los delitos motivados por odio discriminatorio suponen un ataque sistémico, afectan a la razón pública y a la sanidad de la democracia, y suponen por ello un daño. Así, la existencia del *animus model* reafirma la vigencia del principio de igualdad en nuestro ordenamiento. Esto conlleva importantes efectos comunicativos, que aprovecharán en primer lugar quienes revistan condiciones personales que tradicionalmente han supuesto que fueran victimizados por el odio discriminatorio hacia ellas. Pero la reafirmación de esa vigencia, puesto que del principio de igualdad *entre todos los ciudadanos* estamos hablando, aprovecha a todos ellos, con independencia del colectivo al que puedan pertenecer. Se está enviando asimismo un mensaje al autor y a los potenciales autores de crímenes de odio: "nuestro ordenamiento no admite la negación del principio de igualdad". Las sanciones que se impongan siguiendo las directrices de este modelo legislativo no mirarán sólo al pasado, sino que cumplirán prestaciones preventivas, incluso de corte utilitarista, respecto de delitos que pueda cometer cualquier ciudadano por odio discriminatorio hacia cualquier condición personal.

2º. Sin embargo, al margen de las prestaciones preventivas que pueda desplegar, el núcleo del fundamento de este modelo legislativo requiere atender a criterios deontológicos. Si existe un daño que prevenir, es porque se considera dañino contravenir el principio de igualdad entre todos los ciudadanos sea cual sea su condición personal. Por eso se pretende, a través de instituciones jurídicas como nuestro artículo 22.4ª CP, reafirmar la vigencia de este principio y evitar que se cometan estos delitos. Esto implica valorar por qué es pernicioso contravenir el principio de igualdad cometiendo un delito por determinadas motivaciones para hallar el *núcleo* del fundamento de instituciones jurídicas pertenecientes a este modelo.

3º. El principio de igualdad es un presupuesto para que pueda existir un Estado liberal-democrático. Tras el velo de la ignorancia, los ciudadanos que promulgarán las leyes de convivencia han de guiarse necesariamente por él, y no producirá ninguna insalvable fricción en su libertad de pensamiento crear una institución jurídica que exija tomar en cuenta las motivaciones del autor para gradar la pena que corresponderá imponerle por la comisión de un delito. No estarán sancionando la motivación en sí, sino el delito que se haya cometido: la motivación sólo se tendrá en cuenta proyectada en ese hecho. Aunque ello pueda implicar una sanción mayor, no se cercenará la libertad de pensamiento desde parámetros

liberales: tras el velo de la ignorancia, los ciudadanos ignoran qué condiciones personales son las suyas y cuáles las de los demás. Cualquier ley *justa* - que se guíe por una imparcial igualdad y permita una cierta pluralidad conflictual de opiniones - debería revestir suficiente fundamento en un Estado liberal: el *animus model* legislativo de crímenes de odio hace de la imparcialidad bandera, cuando reafirma la vigencia de un principio, el de igualdad entre todos, nuclear para un ordenamiento como el nuestro.

4º. Así, deontológicamente, hay una razón para la existencia de este modelo legislativo que, conforme a los valores que inspiran un Estado liberal-democrático, es asumible. Pero además del reproche meramente deontológico que los delitos motivados por odio discriminatorio suscitan para el sistema, existen prestaciones preventivas que se desprenden de la existencia de figuras como el artículo 22.4ª CP[354]. Por lo tanto, este modelo legislativo, además de ser constitucional, reviste un fundamento *suficiente* para ser aceptado en tales términos por parte de nuestro ordenamiento jurídico-penal (sin necesidad de reinterpretar las instituciones jurídicas pertenecientes al *animus model* de forma cercana al *discriminatory selection model*).

Conforme al fundamento expuesto, nuestro ordenamiento admite que el odio discriminatorio agrave la responsabilidad penal cuando las motivaciones del autor se dirigen hacia "condiciones personales" de la víctima. La existencia del artículo 22.4ª CP es asumible. Pero lo que aún no hemos determinado es por qué unas condiciones personales justificarían que la razón pública admitiera la agravación, y otras no. Cerrando el círculo, hemos regresado al primer problema apuntado al comienzo de este epígrafe. Hemos sugerido que la determinación de cuáles deben ser estas circunstancias viene vinculada al principio de igualdad, a lo que el Estado liberal democrático en cuestión considere condiciones suficientemente importantes como para definir en cierto modo la identidad de sus ciudadanos. Pero aún no hemos enumerado cuáles pueden ser éstas. La mejor forma de acometer esta tarea será, en sentido negativo, analizar si las que enumera el artículo 22.4ª CP cumplen con los requisitos que pudieran serles exigibles a esas condiciones genéricamente

[354] Así, como señalan SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ *et al.*, "Agravantes", *Tratados y Manuales (Civitas)*, 2011 (www.westlawinsignis.es, fecha de consulta: 16/07/2012), aunque el fundamento de la agravante se encuentre vinculado al mayor reproche del motivo por la negación del principio de igualdad, nada obsta para que pueda cumplir otras prestaciones su aplicación.

consideradas. Al mismo tiempo, estamos igualmente en condiciones de abandonar el debate estadounidense y plantear el fundamento expuesto a efectos de la discusión existente en nuestra doctrina respecto del artículo 22.4ª CP. Pero antes de sumergirnos definitivamente en nuestro ordenamiento, bien vale el esfuerzo efectuar una postrera referencia a un aspecto del *hate debate* que aún no hemos analizado: la posibilidad de una aproximación restaurativa a los crímenes de odio y al artículo 22.4ª CP.

4. ¿Un enfoque restaurativo?

Existe cierta tendencia a imaginar al autor de un crimen de odio como una persona dominada por el prejuicio, violenta e inadaptada, de la cual sería paradigmático ejemplo el estereotipo del *skinhead*. Sin embargo, varios estudios demuestran que el autor de este tipo de conductas es un ciudadano con un perfil mucho más ordinario y normalizado. Esta constatación puede resultar difícil porque supone admitir que todos tenemos prejuicios y que, en determinadas circunstancias, esos prejuicios podrían concretarse *ad extra* en una conducta delictiva. De ahí que se haya planteado en el *hate debate* que existe un problema a nivel social, que requiere algún tipo de solución distinta a la inclusión de agravaciones debido a las motivaciones del autor[355]. Quizás esa solución a este "problema social" podría darse por la vía de la llamada Justicia restaurativa: concretamente, de la mediación penal.

Sin ánimo de extendernos, con carácter previo a adentrarnos en la hipotética interacción entre crímenes de odio y Justicia restaurativa, es precisa una mención a la raíz del creciente interés por esta última. A tal fin, debemos remontarnos[356] a los estudios realizados en las décadas de los años 60 y 70 del siglo XX por PALUMBO, MUSHEN, HALLET, SINGER y otros antropólogos en los Estados Unidos. Estos autores proponían el establecimiento de mecanismos para la "resolución alternativa de conflictos" (ADR) en todos los ámbitos de las relaciones humanas. Siendo una de las finalidades del Derecho la resolución de conflictos, este movimiento fue adentrándose paulatinamente en el ordenamiento jurídico-penal. Se asistió de esta manera al nacimiento de la llamada "Justicia restaurativa" o "restauradora" (*Restorative Justice*), como propuesta de solución a la supuesta *crisis del sistema penal*, originada por el carácter retributivo del proceso[357], preocupado por sancionar al autor del delito

[355] *Vid.* IGANSKI, *Hate crime… op. cit., passim.* y pp. 23-44.
[356] Origen rastreado, entre otros, por DE URBANO CASTRILLO, "La justicia restaurativa penal", *LLP,* 2010 (http://laleydigital.laley.es/; 24/03/2011).
[357] Las afirmaciones relativas al carácter retributivo del proceso, no obstante, merecen ser sucintamente matizadas. La aseveración de que la "Justicia restaurativa" es un modelo opuesto

(aunque fuese años después de iniciado), e indiferente por alentar la participación de la víctima o lograr la pacificación real del conflicto existente entre las partes. Los postulados de la Justicia restaurativa comenzaron de este modo a ser llevados a la práctica en la década de 1980 en Australia y Nueva Zelanda, hasta que irrumpieron en Europa (inicialmente en Austria, Noruega, Finlandia y Reino Unido)[358].

Conviene señalar que ADR y *Restorative Justice* no son sinónimos[359]: la primera persigue llegar a una solución *pactada*, la segunda persigue una solución *justa* en

---

al de la "Justicia retributiva" proviene de una intensa discusión teórica en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona, y no deberían ser extrapolados estos términos a nuestro ordenamiento sin atender al contexto en el que fueron formulados. No debemos olvidar que en muchos países, la participación de la víctima en el proceso, siquiera como acusador particular, resulta extraña (*vid*. la exposición de CANCIO MELIÁ, "Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren", *ZIS*, 2012, pp. 246-252), de ahí que lo que por *retributivismo* entiende la doctrina de otros lares quizás no se entendiera igual en España. En cualquier caso: los defensores de la Justicia retributiva entienden que la víctima no debe tomar parte en el proceso penal, para evitar que prime más la venganza que el *justo castigo* al delincuente (en otras palabras, la *retribución*). Esta perspectiva retributiva de la Justicia sostiene que un modelo que permitiera la intervención activa de la víctima en el proceso, entrañaría el riesgo de que para satisfacer sus pretensiones vindicativas se alcanzaran soluciones injustas (como la de restituir a la víctima hasta que ésta se sintiera satisfecha, lo cual sería propio de un modelo de "Justicia correctiva"). Otro riesgo, en sentido contrario, sería que la víctima perdonase al autor de un delito muy grave y que por ello se le eximiera de responsabilidad. La Justicia retributiva sostiene que en esos casos es irrelevante la opinión de la víctima que concretamente sufrió el delito (*token victim*). Las ventajas de esta concepción retributiva de la Justicia son evidentes, aunque puede pecar de extremista al obviar cualquier participación de la víctima en el proceso, considerando a lo sumo el papel que puede desempeñar una víctima ideal (*ideal victim*, inspirada en el buen *pater familias*), que no perdonaría al delincuente en ningún caso, lo cual ha sido criticado [ZAIBERT, "The Ideal Victim", *PLR*, 2008, pp. 885-903]. Ahí entra en juego el modelo restaurador de Justicia del cual nace la mediación penal, que fomenta la participación de la posible víctima, abogando por reparar directamente el conflicto entre las partes con mecanismos que eviten en la medida de lo posible la intervención del *ius puniendi* estatal. A este respecto, otra virtud de la Justicia restaurativa sería que contrariamente a otras doctrinas [*vid*. la brillante exposición de SILVA SÁNCHEZ, "Doctrines regarding "the fight against impunity" and the "victim's right for the perpetrator to be punished"", *PLR*, 2008, pp. 865-884] que también defienden una mayor inclusión de la víctima en el sistema de justicia penal, sortea el peligro de que se impongan al autor, por la fuerza y sin mayor razón de ser que las necesidades particulares de la víctima en cuestión, las pretensiones vindicativas de esta.

[358] MESTITZ, "A comparative perspective on victim-offender mediation with youth offenders throughout Europe", MESTITIZ/GHETTI (ed.), *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An overview and comparison of 15 countries*, 2005, p. 4 y ss.

[359] Sin embargo, existe una contrastable tendencia consistente en confundir ambos conceptos. Buena muestra de ello la ofrece la definición de Justicia restaurativa ofrecida por el artículo 2.1.(d) de la Directiva "estableciendo estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas del delito, y reemplazando la Decisión-Marco 2001/220", aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012, que más bien define la *ADR*.

términos restauradores[360]. El concepto de "Justicia restaurativa" no tiene una definición doctrinal unívoca[361]. Sería, *grosso modo*, un modelo de Justicia centrado en reparar el daño causado por el delito, permitiendo la participación de la víctima en el mecanismo encaminado a tal fin, que tendría por ello naturaleza inclusiva y dialogante, y cuyo fin último sería la precitada reparación del daño así como la rehabilitación del sujeto que lo causó[362]. Como forma de expresión conjunta de la ADR y la Justicia restaurativa se alza la mediación penal, que puede conjugar esos dos objetivos, y que ha sido privilegiada en el debate mediático y político-criminal frente a otras manifestaciones de la ADR, quizás por la popularización de la mediación misma en otras ramas del Derecho[363]. Se trata de un mecanismo regido por una serie de principios, entre los que suelen contarse los de voluntariedad, información, gratuidad para las partes, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad (evitando en este sentido que las partes adopten posturas de confrontación, e intentando que se encuentren en una situación de igualdad)[364].

---

[360] *Vid*. CID MOLINÉ, "Mecanismos… *op. cit*., p. 161, nota 15.

[361] Cuestión íntimamente relacionada con la ausencia de un fundamento unívoco en las diversas posturas que defienden mecanismos de resolución de conflictos de la denominada "tercera vía", *vid*. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El papel del Derecho Penal en la Segunda Modernidad", DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García,* 2006, p. 336 y ss.

[362] CORMIER, "Where there's a Will there's a Way: A Canadian perspective on Restorative Justice", CORNWELL (coord.), *Criminal Punishment and Restorative Justice*, 2006, p. 151 y ss.

[363] Sobre la dinámica social conforme a la cual la mediación penal se ha ido introduciendo en el debate mediático y político hasta lograr su paulatina institucionalización, *vid*. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, 1997, 210 pp.

[364] Sobre los principios que, con carácter general, rigen la mediación penal, *vid*. RÍOS MARTÍN, "Conclusiones del curso "La mediación civil y penal". Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales", *EDJ,* 2007, pp. 253-302; o GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, 2007, pp. 194-204. Esencialmente reproducidos por el artículo 157 del frustrado Anteproyecto de LECrim de 2011: "*1. La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad*". El necesario respeto al principio de voluntariedad es evidente: la mediación no siempre es posible, porque las partes deben querer mediar como punto de partida necesario para alcanzar un acuerdo. De ahí que la mediación y el proceso judicial estén destinados a coexistir. Sin embargo, ello no implica que se conculque este principio el establecer la comparecencia obligatoria a una primera sesión de mediación (como sucede en algunos ámbitos en Alaska o California; *vid*. VILLAGRASA ALCAIDE/VALL RIUS, "La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares", *LL*, 2000, pp. 1793-1804).

No deben obviarse las virtudes de la Justicia retributiva, pero tampoco entender que nuestro ordenamiento es un modelo *retributivista* puro, por mucho que el desarrollo de la mediación penal pueda coadyuvar a su mejora[365]. En definitiva, considero plenamente factible entender que la mediación penal puede constituir un "equivalente funcional"[366] a la imposición de una pena y/o servir de complemento al proceso (según los casos), sin abogar por la contraproducente abolición del mismo. Por ello, conviene abandonar la concepción antagónica de modelos restaurativos/retributivos y las posturas abolicionistas[367], y buscar un modelo integrador de ambos[368], de coexistencia

---

[365] Cierto es que a favor de la mediación existen razones de orden político-criminal como la supuesta crisis de la pena de prisión (por su incapacidad de rehabilitar al delincuente), o derivadas de la ciencia criminológica y la importancia creciente de la victimología. Concretamente, la mediación podría servir para evitar los diferentes grados de victimización que padece el perjudicado por un delito, y que además de la llamada victimización primaria - la resultante del crimen -, incluirían la secundaria - los daños originados por el propio sistema penal, principalmente por los mecanismos procesales, que olvidan muchas veces a la víctima -, terciaria - la que se produce por la relación de la víctima con otras instituciones sociales, como hospitales o escuelas - o incluso cuaternaria - el efecto estigmatizante que pueden ejercer sobre la víctima los medios de comunicación -. Sin embargo, ello no es óbice para que tanto la mediación penal en particular como la justicia restaurativa en general hayan sido objeto de críticas. *Vid*. al respecto BACA BALDOMERO/ECHEBURÚA ODRIOZOLA/TAMARIT SUMALLA, *Manual de victimología*, 2006, *passim*, 464 pp.

[366] Hace unos años, ROXIN afirmaba que "sin demasiados grandes riesgos puede pronosticarse un incremento de las formas de terminación informal en el ámbito de las ya mencionadas alternativas" ("Informe Final", en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN, *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*, 2003, p. 325), manteniendo igualmente que "si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución de tratamiento" ("La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones", en AA. VV., *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*, 1991, p. 21; y EL MISMO, "¿Tiene futuro el Derecho Penal?", *RPJ*, 1998, pp. 373-392). Íntimamente relacionado con lo anterior, cabe señalar que la expansión del Derecho penal ha dado lugar a un mayor distanciamiento entre lo abstractamente punible y lo efectivamente penado y, como señala FEIJOO ("Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo": un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", DÍAZ-MAROTO (coord.), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, pp. 137-176) frente a este fenómeno las técnicas de tratamiento de los conflictos penales se administrativizan y se privatizan dando lugar a técnicas selectivas de persecución. Se trata de "técnicas deflacionarias" de la hipertrofia penal que pretenden evitar ya no sólo un exceso de sentencias condenatorias, sino también un número desmesurado de procedimientos penales, que tradicionalmente han estado vinculadas a la evitación de la victimización secundaria, a la economía procesal ligada a la escasa entidad de los hechos o a procesos graduales de despenalización. En este marco, la popularización de la mediación penal parece encontrar explicaciones plausibles, así como asidero sus mencionadas virtudes.

[367] Ciertamente, como señala PEÑARANDA, "La pena… *op. cit.*, pp. 221-260, existen corrientes abolicionistas que han visto en la justicia restaurativa una vía para alcanzar la utopía expresada por RADBRUCH ("no un Derecho Penal mejor, sino algo mejor que el Derecho Penal"). Señala

entre el proceso y la mediación penal. En el caso que nos ocupa: no por admitir que se encuentra fundamentada la existencia del artículo 22.4ª CP, debemos descartar que pueda ser de utilidad la aproximación restaurativa al *hate debate*.

Siendo la mediación penal el mecanismo que con mayor insistencia se menciona a estos efectos, no estará de más contextualizar su recepción en nuestro ordenamiento antes de extrapolar conclusiones provenientes del debate anglosajón.

Habría que esperar a la llegada del siglo XXI para alcanzar el hito que marca su reconocimiento como mecanismo de resolución de conflictos plenamente admitido a nivel comunitario: la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de Marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Esta Decisión establece, en su artículo 10, que "*los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*" y que "*velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*", definiendo a tales efectos la mediación penal en su artículo 1.e) como "*la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución*

---

este autor, no sin razón, que la mediación penal encuentra su cabida en el sistema en tanto que "*alternativa parcial*" al proceso, como aquí venimos manteniendo, al ser inasumibles sus costes entendida como "*alternativa global*". Además, considero que la asociación justicia restaurativa/abolicionismo partía de un error de base. El hecho de que la mediación penal pueda evitar la imposición de una pena no excluye que sea considerada como un mecanismo perteneciente al Derecho penal. Sin necesidad de ahondar en la relevancia que para el Derecho penal actual reviste el principio de oportunidad, o en la circunstancia de que la mediación puede desplegar efectos atenuando (no necesariamente excluyendo) la pena, recordemos que la historia del Derecho penal puede entenderse como la historia contra la venganza privada (FERRAJOLI, "El Derecho Penal Mínimo"… *op. cit.*, pp. 25-48). Es decir, contra la autotutela como forma de respuesta a determinadas conductas particularmente graves. El hecho de que resurja ahora el interés por la autocomposición, frente al heterotutelado proceso, no implica que ambas instituciones jurídicas no den muestra la misma preocupación histórica, propia del Derecho *criminal*, del cual no es la pena el único signo distintivo. De hecho, aunque resulte irrelevante una y otra denominación, hay autores que han considerado que "criminal" sería una mejor denominación, por ser de mayor antigüedad el término *ius criminale* y más acorde con algunas tradicionales continentales, como la italiana (*vid.* CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Tomo I (Parte General)*, 1964, p. 7).

[368] En este sentido, DALY, "Revisiting the relationship between retributive and restorative justice", STRANG/BRAITHWAITE, *Restorative justice: Philosophy to practice* 2001, pp. 33-54.

negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente." En fechas más recientes, mediante la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 "sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales"[369], fue aprobado como objetivo "*fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos*" en los Estados miembros. Esta iniciativa se unió a la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 18 de Mayo de 2011, cuyo objetivo era precisamente "*revisar y completar los principios que establece la Decisión Marco*" 2001/220/JAI. Esta Directiva "estableciendo estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas del delito, y reemplazando la Decisión-Marco 2001/220" sería finalmente aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012.

La Directiva afirma que los mecanismos restaurativos, entre los que cita expresamente la mediación penal, pueden ser de gran utilidad para las víctimas. También consagra en su artículo 12 diversos principios esenciales de la Justicia restaurativa (*ergo*, de la mediación penal: información, voluntariedad o confidencialidad), pero no puede considerarse como una regulación completa del mecanismo. Tal y como sucedía con la Decisión Marco 2001/220/JAI, sigue siendo necesario sistematizar la mediación penal por parte de la legislación de los Estados miembros; y a nivel español, desgraciadamente, no existe todavía una ley que regule la mediación penal o un estatuto del mediador penal[370].

---

[369] Diario Oficial de la Unión Europea, de 28 de Junio de 2011.

[370] Sí existían iniciativas no estatales, como la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BOE nº 99 de 26 de abril de 2011: "*Artículo 43. Efectos de los acuerdos adoptados durante la mediación* […] *3. Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas.*" El malogrado Anteproyecto de LECrim, de 27 de julio de 2011, al margen de sus carencias, puso la primera piedra para la eventual y esperada regulación estatal. Por otro lado, de concretarse la reforma del CP propuesta por el Anteproyecto de octubre de 2012, se produciría la primera mención a la mediación penal en nuestro Código, como posible condición para la suspensión de la ejecución de la pena.

Ahora bien, debemos insistir en que el hecho de que la mediación penal de adultos en España se haya cimentado durante años en esta Decisión Marco 2001/220/JAI, no impidió que *existiera*. Especialmente, tras el notable vuelco sufrido en el panorama jurídico comunitario tras la conocida STJCE relativa al *caso Pupino* (asunto C-105-03, de 16 de junio de 2005), que conmina a los jueces nacionales a interpretar su Derecho nacional de conformidad con las disposiciones contenidas por las Decisiones Marco, siempre que esta interpretación no sea *contra legem*. No debe por ende extrañarnos que en el Informe Final del Proyecto AGIS (JLS/2006/AGIS/147), financiado por la Comisión Europea, se afirmara que aunque en España no estuviera específicamente regulada la mediación penal, existían ciertas "puertas de acceso" (*entry doors*) en el Código penal que permitían su desarrollo en la práctica.

Y ello, a pesar de que la primera mención a la mediación penal por parte de nuestra legislación estatal fuera para (aparentemente[371]) prohibirla. En efecto, el artículo 87 ter.5 LOPJ establece que en todos los supuestos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer "*está vedada la mediación*". A contrario, puesto que ninguna ley lo prohíbe expresamente, debe interpretarse que en principio cualquier otra infracción penal es susceptible de ser objeto de mediación, conclusión coherente ya que el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las partes que de la gravedad del delito considerado en abstracto.

En efecto, aunque la gravedad del delito no implique que deba ser excluida tajantemente la posibilidad de mediar, debe respetarse la exigencia de que exista igualdad entre las partes. La mediación quedaría desvirtuada si, como consecuencia de un *status* de supremacía, una de ellas consiguiera imponer sus

[371] *Vid*. la interesante propuesta de interpretación sistemática según la cual la prohibición de mediación del artículo 87 ter.5 LOPJ se refiere únicamente a la mediación civil (por las atribuciones en materia de Derecho de familia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), y no a la mediación penal (RODRÍGUEZ LAÍNZ, "Mediación Penal y violencia de género", *DLL*, 2011, pp. 5-8).

condiciones a la otra: no se resolvería el conflicto, se generarían ánimos revanchistas en quien padeció la imposición, y no existiría en puridad una solución libremente pactada. Es decir, que el estudio del caso concreto es lo que debe determinar si es posible mediar, más allá del supuesto delito que indiciariamente se hubiera cometido. El Tribunal Supremo parece compartir esta postura, habiendo admitido mediaciones en delitos suficientemente graves, como un homicidio intentado[372]. Esta lógica es, además, coherente con la interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI efectuada por la STJUE de 21 de Octubre de 2010, Sala 2ª, *caso Eredics*, asunto C-205/09, que deja plena libertad a los distintos legisladores nacionales para considerar qué delitos pueden ser sometidos a una mediación.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta esencial valorar diversas cuestiones del supuesto de hecho concreto para concluir que una mediación es posible. Decidir si un caso particular reviste potencial para la práctica de una mediación (*mediation potential*) es un arte, no una ciencia, y también lo es decidir si la mediación será directa o indirecta, así como el contenido de cada una de las fases o demás cuestiones que sólo el estudio del caso concreto podrá dilucidar[373]. Así, podemos afirmar que la mediación penal es posible – apriorísticamente - respecto de cualquier tipo de delitos, independientemente de la gravedad formal que atribuya el Código al delito en cuestión.

En vista de lo dicho hasta ahora, estamos ya en disposición de preguntarnos: ¿existe un reducto para la justicia restaurativa respecto de la problemática de los crímenes de odio? O, concretamente: ¿puede la mediación penal servir como mecanismo resolutivo de conflictos generados por una conducta a la que pudiera ser de aplicación el artículo 22.4ª CP? Debemos convenir en que, no por

---

[372] *Vid*. STS de 29 de Enero de 2008 reseñada en MARTÍNEZ ARRIETA, "La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal", SEGOVIA BERNABÉ *et al*., *Mediación Penal y Penitenciaria: 10 años de camino*, 2010, pp. 57-101.

[373] Sobre estas cuestiones, desde un punto de vista práctico, puede consultarse UMBREIT, *The Handbook for Victim-Offender Mediation. An essential Guide to Practice and Research*, 2001, p. 425 y ss.

someterse a una mediación penal, lograría el autor de un delito al que pudiere ser de aplicación el artículo 22.4ª CP evitar dicha aplicación. Sí podría, por el contrario, articularse a través de la mediación la apreciación de las atenuantes de confesión (artículo 21.4ª CP) o de reparación del daño (artículo 21.5ª CP), lo cual a efectos prácticos podría dejar inoperativa la agravación por motivos discriminatorios (artículo 66.7ª CP). También, más importante aún en términos restauradores, podría servir la mediación para que el autor abandonara su prejuicio hacia la característica de su víctima, logrando solucionar el conflicto entre las partes más allá de que finalmente fuera o no condenado.

Pues bien, se trata de un dilema muy similar al que plantea en nuestro ordenamiento la mencionada exclusión de la mediación penal del ámbito de la violencia de género. En este sentido, valga la pena incidir en que son dos los principales argumentos que se han esgrimido para justificar lo dispuesto en el artículo 87 ter.5 LOPJ: la ausencia de igualdad entre las partes y la consideración de que ante delitos violentos no cabe la mediación; explicaciones que no parecen ser definitivas[374]. Respecto de la segunda cuestión, como ya hemos dicho, realmente no existe ninguna limitación legal, siendo factible mediar en delitos graves. Creo que el verdadero problema se plantea vinculando la existencia de violencia previa a la situación de desigualdad (*ad exemplum*, por el miedo que aún sintiera el agredido hacia su agresor) a la hora de sentarse a mediar.

No puede negarse el fundamento de muchas críticas vertidas contra esta prohibición[375], pues podría ser beneficioso que se articulara un mecanismo de mediación penal en este tipo de delitos de violencia de género, con el fin de

[374] Sobre esta cuestión, *vid.* ALONSO SALGADO/TORRADO TARRÍO, "Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación: ¿una combinación posible?", CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, 2011, p. 602 y ss.
[375] MANZANARES SAMANIEGO, "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español", *DLL*, 2009, p. 3.

evitar algunos problemas que se generan en la práctica forense[376]. Ahora bien, sería necesario extremar las cautelas, ya que la mediación en estos casos "*además de una irremediable asimetría presenta contornos personales y emocionales que no deben pasar desapercibidos*"[377]. Por añadidura (también predicable de los crímenes de odio), se trata de conflictos que pueden reclamar imperativamente el público conocimiento que deriva del juicio para que la víctima se decida a denunciarlos (si pretendemos conferirle al artículo 22.4ª CP alguna prestación utilitarista)[378], lo que con carácter general excluiría de este ámbito un posible procedimiento de mediación. Empero, nada obsta a que existan excepciones, y sea teóricamente viable la mediación en supuestos de crímenes de odio. Como venimos diciendo, la mediación se ocupa de hechos, no de delitos. Es irrelevante a efectos de *mediation potential* la indiciaria calificación jurídica; lo esencial es "*considerar que habrá que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación*"[379]. En efecto, sólo si consideramos plausible que en esos supuestos pueda contemplarse la situación de igualdad entre las partes, podremos emplear una perspectiva restaurativa para analizar conductas a las que fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP.

No pocas dudas se plantean a la hora de proponer que se empleen mecanismos de Justicia restaurativa en supuestos de hecho que pudieran ser calificados como crímenes de odio. Existen, no obstante, diversos autores que así lo han sostenido.

Como punto de partida, algún autor ha defendido que se empleen enfoques restaurativos para solventar conflictos "odiosos" (esto es, que pudieran ser calificados como *heinous crimes*). Así, se propone que a través de la mediación

---

[376] PÉREZ GINÉS, "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento", *DLL*, 2010, pp. 1-6.
[377] MARTÍN DIZ, "Mediación en materia de violencia de género: Análisis y argumentos", DE HOYOS SANCHO (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, 2009, pp. 683-684.
[378] FAGET, "The double life of victim-offender mediation", *ADRB*, 2005, p. 3.
[379] CASTILLEJO MANZANARES, "El nuevo Proceso Penal: La mediación", *RDPP*, 2010, pp. 69-91.

penal, de terapias familiares, círculos (grupos de autoayuda), restitución o servicios a la comunidad es posible lograr solucionar los conflictos subyacentes a la comisión de estos delitos. Estos mecanismos restaurativos ya se han practicado en estos supuestos con resultados satisfactorios, y no debería por ello descartarse sin más la posibilidad. Bien es cierto que, dadas las especificidades de los crímenes odiosos, hay que extremar las cautelas para evitar que se vulneren los principios que rigen la Justicia restaurativa, pero para *algunos* crímenes *odiosos* sería pese a todo posible cumplir estos prerrequisitos[380]. En efecto, el hecho de que un delito sea odioso desde un prisma social, no implica que el autor actuase guiado por el odio o prejuicio hacia su víctima, por lo que podrían encontrarse en situación de igualdad, evitar una victimización secundaria y lograr de esta manera una reinserción del autor y un perdón sincero del perjudicado. Sin embargo, si además de odioso, el crimen es "de odio", las dudas sobre la viabilidad de la mediación se disparan.

Una perspectiva interesante a este respecto la ofrece la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de mayo de 2011, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta Propuesta de Directiva planteaba el establecimiento de Servicios de Apoyo para determinadas clases de víctimas. Concretamente, establecía el Considerando (13) de la Propuesta:

> "*Cabe la posibilidad de que determinados grupos de víctimas, como las víctimas de violencia sexual, odio racial o de género u otros delitos motivados por prejuicios, o las víctimas del terrorismo, necesiten servicios de apoyo especializados como consecuencia de las peculiaridades de los delitos de los que han sido objeto.*"

La Directiva sería finalmente aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012, insistiendo en la importancia de evaluar individualmente las necesidades de las víctimas de un "crimen de odio" ("*a hate crime, a bias crime or a crime committed with a discriminatory motive*"), habida cuenta de que esta clase de víctimas son

[380] *Vid*. REAMER, *Heinous crimes… op. cit.*, pp. 211-236.

susceptibles de padecer una importante victimización secundaria[381]. En cuanto a los servicios de apoyo cuyo uso fomenta la Directiva, pueden tener mucha utilidad: como hemos visto, una de las peculiaridades de los crímenes de odio es precisamente el singular perjuicio psicológico que suponen para la víctima. Es más, no sólo para la víctima: también para quienes comparten la condición personal que originó el prejuicio del autor del delito[382].

En nuestro ordenamiento, ya no resulta extraño que se prevean ayudas (normalmente indemnizaciones[383]) para delitos con un marcado componente violento: delitos dolosos violentos, contra la libertad sexual[384] o terrorismo[385]. Dicho sea con otras palabras: para víctimas de delitos con un marcado

---

[381] *Vid*. Considerandos (56) y (57) y artículo 22.3 de esta Directiva aprobada el 4 de octubre de 2012.

[382] Si bien, atendiendo a la Directiva, únicamente podrían sacar provecho de estos servicios, como personas distintas de la propia víctima directa, sus familiares. Por otra parte, es de destacar que el proyecto "Stop Crímenes de Odio en Europa", subvencionado por la Comisión Europea y puesto en marcha el 2 de agosto de 2011, persigue varios objetivos vinculados con el reconocimiento y apoyo a esta clase de víctimas. Al margen de algunos de contenido simbólico (como la petición para que el Parlamento europeo declare el 22 de julio "Día de la Víctima del Crimen de Odio"), plantean una propuesta de mínimos sobre "Medidas de Protección y Apoyo a las Victimas de los Crímenes de Odio" a nivel comunitario (*vid. passim Informe Raxen. Stop a los Crímenes de Odio en Europa*, Enero-Junio 2012 y Cuaderno de Análisis de Movimiento contra la Intolerancia nº 44, 2012, p. 50 y ss.).

[383] Nótese la importancia de diferenciar el derecho a percibir una indemnización por parte del Estado para determinadas clases de víctimas y el Derecho del perjudicado a percibir indemnización por parte del responsable civil *ex delicto*, diferenciación conceptual (entre *resarcimiento* e *indemnización*) que ya efectuaba la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU. Puesto que en muchos ordenamientos comunitarios no se prevé el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, pueden existir iniciativas comunitarias que insten al reconocimiento de "indemnizaciones" entendidas en un sentido distinto al aquí referido. Esta distinción puede apreciarse atendiendo al dispar sentido en el que se emplea el término "indemnización" en la Decisión Marco 220/2001/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001 (artículo 9.2: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente*") y en la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (artículo 2: "*Abonará la indemnización la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se cometió el delito*").

[384] Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos traer a colación el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983 (en vigor para España desde el 1 de febrero de 2002), la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y la Directiva 2004/80/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos.

[385] Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo; y más recientemente, Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

componente odioso (*heinous crimes)*. Sin embargo, resulta destacable que la Directiva confiera una especial atención - y de alabar que no tengan que consistir los apoyos necesariamente en una mera indemnización, que puede no solventar el daño psicológico que se encuentre en la raíz del perjuicio - a las víctimas de crímenes de odio. Conforme a nuestro planteamiento, eso incluye cualquier delito agravado *ex* artículo 22.4ª CP, sea o no violento el delito en cuestión, lo cual es efectivamente una importante novedad. Máxime cuando el apoyo, atendiendo a la naturaleza del daño padecido por este tipo de víctimas – *ergo*, "de acuerdo con sus necesidades" – puede no consistir o no limitarse a una indemnización, sino incluir el tratamiento psicológico de un asistente social. De hecho, así podría explicarse, si la consideráramos[386] como "medida de apoyo a la víctima", la concesión al extranjero víctima del delitos de odio (incluyendo aquéllos en los que haya sido de aplicación el artículo 22.4ª CP) de permiso de residencia temporal.

La pregunta que debemos plantearnos es si, entre esos servicios de apoyo que podrían beneficiar a la víctima de un crimen de odio, podría contarse en algún

[386] Artículo 126 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009: "*Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias en los siguientes supuestos: 1. A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 315, 511.1 y 512 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el artículo 22.4ª del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos.*" Esta previsión, que ya contenía el artículo 45.4 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, ha sido objeto de fundamentadas críticas. En efecto, no se concede la residencia temporal como medida de apoyo a la víctima, sino como medida de apoyo al inmigrante por "razones humanitarias". Siendo así, no parece que se hayan tenido en cuenta otras "razones humanitarias", igualmente vinculadas con la discriminación que padece el inmigrante, al margen de los delitos de odio de los que sea víctima (SANTANA RAMOS, "Algunas paradojas del régimen legal de la extranjería en España", *RFCJ*, 2005/2006, pp. 279-284). Podríamos añadir que, siendo objeto de debate el concepto de "sentencia firme", no deja de ser criticable el empleo del término "finalizadora" (que no reconoce el Diccionario de la RAE) para referirse a una resolución judicial penal. En el ámbito administrativo, se ha empleado ese calificativo para referirse a aquella resolución que pone fin a la vía administrativa, pero que "*es susceptible de control jurisdiccional en vía Contencioso-Administrativa*" (así, STS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 1999, MP Alfonso Gota Losada). Así, siendo la "*resolución judicial finalizadora*" la que pone fin (momentáneo) a un procedimiento y es susceptible de recurso, deberá entenderse que procederá la obtención de autorización de residencia temporal cuando el autor del delito padecido por el inmigrante sea condenado en primera instancia, siéndole de aplicación el artículo 22.4ª CP, aunque por vía de recurso fuese, incluso, absuelto.

supuesto la participación en un mecanismo de Justicia restaurativa. Parece[387] que la respuesta de esta Directiva aprobada el 4 de octubre de 2012 es negativa. Tanto en su Considerando (46) como en su artículo 12 insiste en que sólo deberá fomentarse la participación de la víctima en mecanismos restaurativos si redundan en su interés o pueden protegerla de intimidación o victimización adicional. Quizás podría concluirse que la participación de la víctima de un crimen de odio, con su agresor, en una mediación, no redundaría en su interés. Y ello, porque podría estarse vulnerando la indispensable igualdad entre las partes y, paradigmáticamente, acentuándose el efecto intimidatorio sobre la víctima.

Sin embargo, lo cierto es que la mediación penal podría cumplir importantes prestaciones preventivo-rehabilitadoras para el autor de un crimen de odio,[388] aunque no sirva para evitar que se agrave su responsabilidad penal *ex* artículo 22.4ª CP. Podría servir para que expresara sus emociones, que no son "la lujuria o la avaricia", sino el odio discriminatorio. La única forma de desprenderse del prejuicio que motivó su delito sería el diálogo con la víctima, circunstancia que difícilmente va a producirse en el proceso judicial. Se ha defendido así la mediación incluso respecto de crímenes de odio violentos, tomando como referencia las palabras de McKinney, uno de los asesinos de Matthew Sheppard, que en el juicio mostró su arrepentimiento y pidió perdón a la familia de la

[387] El Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 17 de octubre de 2011 - *vid*. Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012 -, da por hecho que es posible que la víctima de un crimen de odio se reúna con su agresor como consecuencia de los servicios de apoyo, especialmente si se respeta en ellos el principio de confidencialidad: "*Determinadas categorías de víctimas, como las víctimas de violencia sexual, odio racial o de género u otros delitos motivados por prejuicios, o las víctimas del terrorismo, pueden necesitar servicios de apoyo especializados, incluido un apoyo psicológico. En estos casos, las comunicaciones entre la víctima y los profesionales que proporcionan servicios de apoyo deberían estar protegidas de manera adecuada frente a la difusión. En caso contrario, la víctima puede verse disuadida de comunicarse libremente con su asesor. Por tanto, el SEPD recibe con agrado el requisito del artículo 7 de que los servicios de apoyo a las víctimas deben ser «confidenciales»*." De aceptar esta interpretación, la Directiva no estaría impidiendo de plano la práctica de una mediación penal en supuestos a los que fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP.

[388] FRANKLIN, "Good Intentions… *op. cit.*, p. 86.

víctima que había asesinado[389]. A pesar de todo, esta propuesta debe ser acogida con cautela, pues peca en mi opinión de ser demasiado *naïve*, máxime en un ordenamiento como el nuestro, donde el imputado tiene reconocido un "Derecho a mentir".

Nos encontramos ante un evidente problema de *mediation potential*. Cuando en una mediación surge entre los participantes la emoción del odio, suele aducirse que el mecanismo está ya abocado al fracaso. Bien es cierto que algunas emociones aparentemente negativas (por ejemplo, un miedo moderado) pueden incluso llegar a facilitar la mediación, pero ésta es en cualquier caso desaconsejable ante la presencia de odio[390]. Recordemos que el odio discriminatorio (el deseo de un mal debido a una estereotipada condición personal) es una emoción que se caracteriza por ser duradera, y en tal sentido su presencia evitará que la mediación llegue a buen puerto. Lo más normal será que, si nos encontráramos ante el extraño supuesto de que la víctima de un crimen de odio esté dispuesta a sentarse a dialogar con su victimario, en condiciones tales que realmente no se sienta intimidada y pueda llevarse a cabo respetando la igualdad entre las partes, persistirá el problema de que el autor siga odiando a su víctima debido a su prejuicio cuando se siente a dialogar. Ello difícilmente permitirá que la mediación llegue a buen puerto, salvo que el autor realmente hubiera abandonado su prejuicio antes de comenzar las sesiones. De ahí deriva un segundo problema para la práctica de la mediación en estos casos.

En efecto, la decisión del mediador de someter un conflicto a mediación podría ser instrumentalizada como indicio para la aplicación del artículo 22.4ª CP en el proceso que paralelamente se estuviera desarrollando. Recordemos que el mediador, para evaluar el potencial de mediación de un caso, debe indagar durante los primeros contactos con el agresor en los móviles que le impulsaron

---

[389] SHENK, "Victim-Offender mediation. The road to repairing Hate Crime Injustice", GERSTENFELD/GRANT (ed.), *Crimes of Hate. Selected readings*, 2004, pp. 299-309.
[390] MARTÍNEZ IÑIGO, "La mediación en la resolución de conflictos", HOYO SIERRA (coord.), *Introducción a la Psicosociología del Derecho*, 2004, p. 191.

a la comisión del delito, en la hipotética existencia de un prejuicio, en las emociones que todavía siente hacia la víctima, etc. Si el supuesto autor supera la entrevista inicial, y el mediador considera que no presenta caracteres de odio discriminatorio hacia su supuesta víctima, entonces la mediación puede llegar a tener éxito.

Por ejemplo, conforme a los perfiles comúnmente asumidos[391] de autores de crímenes de odio con base en la especificidad de sus motivaciones, existirían cuatro grupos básicos: quienes actúan buscando nuevas experiencias, más adrenalina, presión de grupo, reconocimiento, etc. (*thrill motivated*); quienes perciben en el colectivo al que pertenece la víctima una agresión real a su modo de vida, su acceso a oportunidades laborales, etc. (*defendant offenders*); quienes creen actuar guiados por una misión superior, normalmente inspirados por una ideología política o religiosa (*mission offenders*); y quienes persiguen venganza contra alguien que compartía la condición personal de la víctima por una agresión previa (*retaliatory offenders*). Detengámonos en el primer grupo. Quizás el autor cometió el delito impulsado por la presión de grupo, pero sin que en su psique concurriera esa motivación discriminatoria, sino más bien la voluntad de reconocimiento por parte de sus iguales. Ahí sería plausible la mediación, pero ello plantea un problema relacionado con el principio de voluntariedad que debe regir este mecanismo. Si no supera esa entrevista inicial, podrá afirmarse en el proceso – debido al hecho objetivo de que no superó la entrevista - que existe un indicio de que el autor actuó guiado por odio discriminatorio. Aunque no se conociera el contenido específico de la mediación fallida, el simple hecho de que fuera fallida podría ser empleado como indicio para la aplicación del artículo 22.4ª CP. Esto desvirtuaría completamente la institución, y por ello debemos aconsejar que no se admita con carácter general la mediación penal para crímenes de odio. En síntesis: para la posibilidad remota de que puedan encontrarse en situación de igualdad víctima y autor y de que ambos quieran

[391] *Vid.* por todos SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law… *op. cit.*, p. 242.

someterse a mediación, se admitiría la posibilidad perversa de instrumentalizar la mediación fallida para aplicar el artículo 22.4ª CP.

Ello no implica que no sea compatible la comisión de un crimen de odio con la "responsabilización" del autor para con su víctima, *ergo* con otros mecanismos restaurativos. En este sentido, es perfectamente plausible que a unos mismos hechos puedan serles de aplicación el artículo 22.4ª CP y la atenuante de reparación del daño, como de hecho establecen legislativamente algunos ordenamientos[392]. Es decir: el autor de un crimen de odio podría en cualquier caso proceder a la reparación de su víctima para lograr la aplicación de la atenuante, lo cual obviamente no requiere que se emplee como cauce la

[392] En este sentido, es muy curiosa la atenuante que para los crímenes de odio establece la ley colombiana nº 1482, de 30 de noviembre de 2011, en su artículo 134D: "*Circunstancias de Atenuación Punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando: 1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.*" Evidentemente, el simbolismo no está reñido con la hipocresía, a diferencia de lo que sucede con la mediación. Así, si un sujeto repara simbólicamente su crimen de odio, podría serle de aplicación la atenuante de reparación del daño por el efecto reparador en la víctima, a pesar de no suponer ello la "restauración" del conflicto. Aún mayor hipocresía alcanzaría la aplicación de esta atenuante si abandonamos la reparación simbólica y consideramos que la atenuante de reparación del daño sólo opera cuando se satisface económicamente el "precio de la sangre". Sobre la atenuante de reparación del daño, *vid*. con carácter general POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva,* 2003, pp. 319-449; y sobre la referida tendencia jurisprudencial a su concepción *iusprivatista*, sin perjuicio de que resulte cuestionable que ésta sea la mejor opción en interés para la víctima o de que subsistan pronunciamientos que admitan la reparación simbólica, *vid*. LA MISMA, "Reparación del daño", MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011,* 2010, p. 355 y ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 221 y ss. De hecho, la SAP de Madrid, Sección 4ª, nº 136/2011, de 29 de noviembre, MP Javier Mariano Ballesteros Martín, admitió la aplicación conjunta de los artículos 22.4ª y 21.5ª CP abandonando la idea de retribución económica, con base en el siguiente razonamiento: "*el acusado dijo a la víctima que deseaba experimentar la muerte de una persona de color* [...] *se vió totalmente sorprendida por el imprevisto ataque que por la espalda le profirió el acusado* [...] *habiendo acudido el precitado portando tres cuchillos jamoneros* [...] *es interesante lo recogido en el trabajo llevado a cabo por el Doctor Porfirio publicado en el Diario La Ley n.º 6609 de 13 de diciembre de 2006 sobre dicha atenuante en el sentido de que "Es importante destacar que la jurisprudencia, con inspiración en la expresión disminuir los efectos del delito, ha consolidado una interpretación, ciertamente de carácter extensivo, favorable a la no limitación de la efectividad de la atenuante a los casos de damnificación económica, evaluación dineraria, sino también a otros en que el proceder del inculpado propende al reconocimiento de su actuación antijurídica, de la vulneración de la norma legal, actus contrarius a su desequilibrada actuación que conlleva un cierto aliviamiento de culpabilidad al adherirse a la realidad del orden estatuido.* [...] *En el presente caso, consta que el ahora acusado se puso a llorar y dijo a la víctima que no sabía lo que le pasaba, tal y como se desprende de lo declarado por esta última, y que manifestó de una manera espontánea a los funcionarios policiales que acudieron al lugar de los hechos nada más recibir el aviso que reconocía haber sido el autor de los mismos, encontrándose sentado en el suelo en la puerta de la habitación, como han puesto de relieve la declaración testifical de los Policías que han comparecido al Acto del Juicio. Por lo que procede la aplicación de la precitada circunstancia atenuante.*"

mediación[393]. También pueden víctima y autor, en aquellos raros casos en que existiese *mediation potential* (la víctima no se sintiera intimidada y el prejuicio del autor estuviera como mínimo muy atenuado), participar en una mediación para resolver su conflicto si el proceso ya no existiera, ya fuere por condena o absolución. Lo que sucederá normalmente en estos supuestos es que la imposibilidad de obtener alguna clase de beneficio práctico, al margen de la resolución del conflicto, desincentivará en buena medida al autor; a salvo de posibles reformas que incentivaran su práctica[394]. Quizás, sea el penitenciario el ámbito en el que, evitándose la instrumentalización de la mediación como indicio para la agravación *ex* artículo 22.4ª CP y persistiendo algún incentivo para el autor, pudiera resultar plausible este recurso para solventar un conflicto generado por un crimen de odio.

Por otra parte, lo que hasta ahora hemos dicho se refiere al Derecho penal de adultos. En el caso de que el autor del crimen de odio fuera un menor de edad, la conclusión podría ser diametralmente opuesta. Ciñéndonos a nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, la mediación penal de menores se encuentra legalmente reconocida en el artículo 19.3 LORRPM, como posible causa de sobreseimiento del expediente[395]. En este sentido, si al menor autor de un delito le fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP[396], podría tomarse en consideración su motivación discriminatoria a la hora

---

[393] Así sucedió, por ejemplo, en la SAP de Sevilla, Sección 7ª, Nº 10/2012, de 12 de marzo, apreciándose ambas circunstancias (22.4ª y 21.5ª CP) sin que se produjera ninguna mediación, simplemente abonando la cuantía de la responsabilidad civil.

[394] Véase, el artículo 84 CP en su versión propuesta por el Anteproyecto de reforma del CP de octubre de 2012: "*El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*" (en la versión de julio de 2012 del Anteproyecto: "*... alcanzado por las partes en un proceso de mediación*").

[395] Con carácter general, sobre Derecho penal de menores, *vid. passim*. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2008; y sobre la mediación en este ámbito, *ibidem* p. 755 y ss; TAMARIT SUMALLA, "La mediación penal reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor", GONZÁLEZ CUSSAC, *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 47-78; o EL MISMO, "La justicia reparadora en el sistema penal de menores", SOLA RECHE, *Derecho Penal y psicología del Menor*, 2007, pp. 137-168.

[396] Ya que de menores que cometen crímenes de odio estamos hablando, conviene recordar que si forman parte de una banda (como pudiera ser una "tribu urbana"), estaremos en condiciones

de determinar la medida a imponerle (por ejemplo, considerando que afecta a su personalidad y por ende peligrosidad, que fuera más restrictiva; o por su interés, exigirle acudir a actividades relacionadas con la tolerancia, etc.).

La cuestión radica en que, si se le somete a una mediación y esta es satisfactoria, dada la relevancia del principio de oportunidad en este ámbito, podría finalizar el procedimiento. Si, por el contrario, el mediador considerara que el menor efectivamente siente un profundo odio discriminatorio hacia su víctima, que la mediación no es sincera o que, en definitiva, no puede llevarse a efecto *porque se trata de un crimen de odio*, no tienen por qué derivarse consecuencias negativas: aunque ésta no sea posible, quizás sea tenido en cuenta a la hora de imponer una medida que favorezca más el "interés superior del menor", conociendo ya

---

de plantear la aplicación de la medida de internamiento en centro cerrado; artículo 9.2.c LORRPM: "*La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando* […] *Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*" Sobre la aplicación de esta "agravante", podemos citar la mediática Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Sevilla, de 24 de marzo de 2011, MP Alejandro Vian Ibáñez: "*El concepto de actuación en grupo fue introducido en la LORRPM con la reforma operada por la LO 8/2006 aunque no se contiene una definición legal del concepto de actuación en grupo. Partiendo de su acepción meramente gramatical, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, grupo es una pluralidad de seres o de cosas que forman un conjunto material o mentalmente considerado de manera que podría entenderse que el delito se comete en grupo cuando participan en el mismo varias personas. No obstante; al margen de esa acepción gramatical; podemos acudir a determinados preceptos del Código Penal para perfilar el concepto jurídico de actuación en grupo y así; a título de ejemplo; podemos citar el artículo 335 del citado texto legal que alude a distintas conductas delictivas de caza o pesca agravando la pena cuando las conductas tipificadas se realicen en grupo de tres o más personas y asimismo se puede citar el artículo 570 bis y ter (tras la última reforma del Código Penal) cuando se define el concepto de organización y de grupo criminal y que exige en ambos casos que la agrupación o unión esté formada por más de dos personas. Por ello puede concluirse, en opinión de este juzgador, que en el ámbito de la jurisdicción penal de menores (al igual que sucede en la jurisdicción de adultos) se requiere la presencia de, al menos, tres personas para que se pueda apreciar la actuación en grupo sin que además sea preciso o necesario ningún tipo de organización, jerarquía o estabilidad entre los componentes del grupo ya que tales elementos son propios o definen el concepto de banda, organización o asociación. Igualmente considera este juzgador que no es necesario para apreciar la actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores pudiendo aplicarse cuando, como sucede en el supuesto presente, la actuación grupal se realiza por una persona sometida a la jurisdicción de menores y el resto de los miembros del grupo están sometidos a la jurisdicción de adultos o, incluso, puedan ser inimputables por ser alguno de ellos menor de 14 años aunque esta última circunstancia no concurre en el caso que nos ocupa. Asimismo este juzgador considera que la aplicación de la "agravante" de actuación en grupo está justificada en el presente supuesto por la mayor reprochabilidad no sólo social sino jurídica de la conducta y que permite superar la interpretación restrictiva que debe dejar fuera de la mencionada "agravante" supuestos en los que la actuación colectiva no revista especial lesividad y no sea más que una mera manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes en la adolescencia y en etapas de la vida ligeramente superiores a la misma.*"

sus motivaciones. Se trata de una posibilidad que sólo opera en este ámbito, formalmente penal, pero realmente sancionador-educativo.

La conclusión para el Derecho penal de adultos, *materialmente* penal, no puede ser sino la de desaconsejar – sea sólo con carácter general - la mediación respecto de conflictos generados por posibles crímenes de odio.

5. El fundamento del artículo 22.4ª CP a la luz del debate anglosajón.

Tras la anterior aproximación restaurativa, podemos ya abandonar el *hate debate* anglosajón para adentrarnos en el entendimiento que del fundamento del artículo 22.4ª CP parece manejar nuestra doctrina. Como hemos visto, el análisis del *hate debate* nos ha conducido a un fundamento que hemos dado por suficiente: esta institución jurídica tiene una razón de ser "deontológica", consistente en el respeto al principio de igualdad que preside el ordenamiento, y también reviste eficacia preventiva por sus prestaciones expresivas, al margen de otras que secundariamente pueda desarrollar. Pero incluso antes, como punto de partida, nos ha permitido este análisis afirmar que existen varios modelos legislativos mediante los cuales se puede optar por sancionar los crímenes de odio. Entre ellos, se encuentra el *animus model*, que opta por establecer agravaciones por las motivaciones del autor. Una modalidad específica de dicho modelo es que la agravación opere a través de una circunstancia agravante genérica. El artículo 22.4ª CP, como también hemos podido apreciar a lo largo del presente trabajo, es una manifestación de este modelo legislativo: es decir, la agravación se aplica si concurren determinadas motivaciones del autor - el odio discriminatorio hacia determinadas características de la víctima -.

Sensu contrario: se trata de una manifestación de un modelo legislativo distinto al llamado "*discriminatory selection model*", que no atiende a los "motivos" del autor. Conforme a ese modelo, el fundamento de la agravación estaría ligado al reconocimiento de una especial protección a minorías especialmente vulnerables, a través de una sanción penal agravada para los autores que cometen contra miembros de dichos colectivos sus delitos. Podríamos decir que, insertándose en la polémica entre "universalismo" y "multiculturalismo", se desarrollaría el fundamento de ese otro modelo legislativo desde posturas más bien multiculturalistas. Sintetizando la cuestión: frente a la idea de que la única

"identidad" válida es la identidad del individuo, se alza la noción de las "identidades colectivas", que pertenecen a un grupo identificable, tradicionalmente objeto de discriminación y que podría catalogarse como "minoría". Estas identidades colectivas serían vistas como un peligro desde el prisma universalista, un freno al inexorable proceso de globalización homogeneizadora[397].

Pues bien, aunque dichas "identidades colectivas" pueden sin duda existir, de la misma forma que existen multitud de instituciones jurídicas encaminadas a la protección de minorías y a la no discriminación de determinados grupos, el *animus model* legislativo de crímenes de odio no encuentra su razón de ser en tales objetivos. A la luz del debate anglosajón, el artículo 22.4ª CP se insertaría en ese modelo. Sin embargo, algunas interesantes propuestas han reconstruido en nuestro ordenamiento el artículo 22.4ª CP como si se tratara de una institución jurídica fundamentada, no en el respeto al principio de igualdad atendiendo a la identidad de los individuos, sino en la prohibición de discriminación a ciertos grupos por su identidad colectiva. Esto es: de una manifestación del *discriminatory selection model* legislativo de crímenes de odio. Razón más que suficiente para detenernos en el análisis de estas posturas.

Estas propuestas parten, efectivamente, de que existen colectivos humanos diferenciados del resto por ciertas características propias, compartidas por todos sus miembros, y que se encuentran en una situación social desventajosa debido a las mismas: las minorías. Puesto que dichas minorías padecen conductas discriminatorias, siendo por ello merecedoras de protección penal y

[397] Sobre esta cuestión, *vid*. DE LUCAS, *Globalización e identidades: claves políticas y jurídicas*, 2003, p. 41 y ss. Curiosamente, no puede negarse el papel del odio discriminatorio en la conformación de la "identidad colectiva", en tanto que determinación de elementos que definen a un conjunto de individuos frente a otros. Valga la pena reproducir un extracto de la cosmogonía de EMPÉDOCLES DE AGRIGENTO: "*Cuando el Odio alcanzó el fondo máximo del torbellino y la Amistad llega al centro del remolino, allí entonces todos ellos confluyen hasta ser Uno solo, no en seguida, sino uniéndose voluntariamente por uno y otro lado. Y al mezclarse éstos surgieron millares de razas mortales; pero muchos permanecieron sin mezclarse, alternando con los que estaban confundidos – todos aquellos que el Odio retenía en suspenso*" (cit. LA CROCE, "Empédocles de Agrigento", AA.VV., *Los Filósofos Presocráticos II*, 1979, p. 195).

atendiendo a que el artículo 22.4ª CP sería una "*medida antidiscriminación genérica*", se concluye que tiene este precepto por fundamento la protección de minorías específicas[398]. Desde esta perspectiva objetivizante, las motivaciones del autor, expresamente mencionadas por el precepto, pasan a un segundo plano: lo verdaderamente relevante para aplicar la agravante sería que el autor cometiera su conducta contra un miembro de una de esas minorías. Es decir, se tomarían en consideración los efectos objetivamente discriminatorios por la selección de la víctima (si pertenecía a uno de esos colectivos tradicionalmente discriminados), no las motivaciones del autor al cometer el delito.[399]

Sin embargo, atendiendo al tenor literal del artículo 22.4ª CP, no se castiga al "ciudadano estándar" de la mayoría española (estereotipándolo: un castellano blanco católico) que comete el delito por motivos discriminatorios contra alguien que no comparta sus "características identitarias mayoritarias". Se castiga a quien comete el delito "*motivado*" por el odio discriminatorio a *cualquier* raza, religión, sexo, etc. Y tiene un sentido político-criminal, porque esta agravante, como palmaria manifestación del *animus model*, no se inserta en las corrientes de la llamada acción positiva o de protección jurídica de las minorías. El debate anglosajón nos ha mostrado que no se trata de una institución jurídica perteneciente al *discriminatory selection model*.

Ciertamente, la discriminación, conforme a la definición del Convenio 111 de la OIT[400] sería "*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato*". Ahora bien, esa definición propia del ámbito laboral (que tampoco obvia la referencia a los motivos) nos da la respuesta a la pregunta "*¿cuándo produce un trato un efecto discriminatorio?*". No así a "*¿qué es un motivo discriminatorio?*". Es éste el

[398] Así, LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código… *op. cit.*, *passim*, pp. 219-288.
[399] *Vid.*, *infra*, Segunda Parte, Capítulo II.2.
[400] Considerada "*una de las más avanzadas definiciones de lo que sea la discriminación, que ha estado en la base (no siempre explícita), de la elaborada en otros contextos internacionales*", *vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit.*, p. 292.

problema que se nos plantea: el artículo 22.4ª CP no habla de "*discriminación*" en tanto que *efecto* sobre quien la padece, sino en tanto que inspiradora de una *motivación*. No se trata de sancionar un "resultado" o unas "consecuencias" discriminatorios, sino la concreción del deseo de un mal, cuando ese deseo viene inspirado por un prejuicio. Retomaremos aquí la postura de LAURENZO COPELLO, cuya esencial propuesta general respecto de los delitos discriminatorios no debiera ser, en particular, asumible respecto del artículo 22.4ª CP. La idea es que, para que pueda hablarse de que un sujeto es discriminado, es preciso que pertenezca a un colectivo que esté sometido a discriminación. Dicho de otra manera: "*cuando la Constitución o el Código penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las personas de raza negra, a las mujeres o a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los "payos"*". La determinación de cuándo existe discriminación, conforme a esta autora, dependería de quién sea el "*destinatario del trato*", de forma que el Código penal tutelaría sólo a determinadas minorías[401]. Como hemos visto, no es este el fundamento del artículo 22.4ª CP. Y, sin embargo, esta postura acerca de lo que es discriminación puede estar en lo cierto: será más difícil que se produzca un *efecto* discriminatorio en un hombre blanco, heterosexual, de mediana edad, etc. La cuestión, precisamente, radica en que ahí estamos hablando de existencia de discriminación *tout court*, lo cual implica ese trato, ese efecto, esas consecuencias discriminatorios. Pero el artículo 22.4ª CP habla de discriminación referida a motivaciones: motivos discriminatorios, odio discriminatorio. Y, desde luego, el contexto social real es irrelevante a efectos de que en la psique del autor se genere el deseo de discriminar a otro por razón de una condición personal. Por eso, los motivos discriminatorios también pueden proyectarse hacia el hombre blanco heterosexual de nuestro ejemplo.

Con el fin de no ahondar en la confusión, es preciso descartar ya las supuestas vinculaciones del artículo 22.4ª CP con la llamada "acción positiva". La lógica subyacente a esas medidas consiste en que, con el fin de garantizar la igualdad

[401] LAURENZO COPELLO, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *JPD*, 1999, cit. p. 19.

de oportunidades, se confiere un trato diferente (más beneficioso) a determinados colectivos, que normalmente han sido víctimas históricas de discriminación[402]. Estas medidas serían "*apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen*"[403] esos colectivos. Así, para corregir esas desventajas del "*grupo víctima de tratos discriminatorios*", "*la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE* […] *el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación*"[404]. De ahí que estas medidas, al implicar ese trato "desigual", hayan sido también denominadas de "discriminación positiva". No obstante, no sería verdadera "discriminación": sería un trato diferente amparado por el artículo 14 CE. Pues bien, consideramos que la lógica de la acción positiva no está presente en el artículo 22.4ª CP, a pesar de lo que haya podido sugerir un muy respetable sector doctrinal[405]. Para empezar, reproduzcamos el siguiente planteamiento sobre la relación entre acción positiva y Derecho penal, conforme a la STC nº 58/2008, de 14 de mayo:

> "*El origen histórico de la «acción positiva» suele situarse en el Derecho de los Estados Unidos de América, si bien se ha extendido a otros países, y se ha proyectado incluso en el ordenamiento comunitario europeo (art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084). También se invocan algunos pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 3/1993, de 14 de enero; 229/1992, de 14 de marzo; 28/1992, de 9 de marzo), en los que se hace eco de la legitimidad de estas políticas en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo. Particularmente, la ya citada STC 28/1992,*

---

[402] La importancia del argumento de la discriminación histórica como justificación de la acción positiva ha sido superado en ámbitos extrapenales, por lo que difícilmente podría mantenerse a efectos del artículo 22.4ª CP. Así, en el famoso caso de los apartamentos de Starrett City, ya se admitió como acción positiva legítima beneficiar a ciudadanos de raza blanca para conseguir vivienda; *vid*. SANDEL, *Justice… op. cit.*, p. 177 y ss.

[403] Así definidas las medidas de acción positiva en el artículo 8 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[404] En este sentido, la STC Nº 229/1992, Sala 1ª, de 14 de diciembre, MP Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

[405] Recientemente, SANTANA VEGA, "Protección penal de la discriminación y libertad de expresión", MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, 2012, p. 125, citando como manifestación de "*las discriminaciones y acciones positivas*" en el Derecho penal al artículo 22.4ª CP.

de 9 de marzo, donde se distingue entre «normas protectoras», que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítimas; y normas que podrían denominarse «promotoras», esto es, las que contienen medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento en el empleo de la mujer en relación con el varón. Finalmente, se constata una limitada recepción de la doctrina de la acción positiva, que no puede atribuirse a la historia política española, ya que también en el ordenamiento europeo se han expresado reservas en relación con estas medidas, tal como demuestra la STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke). Asimismo, en el país pionero en su adopción ha surgido un movimiento «revisionista» que advierte de su efecto perverso en cuanto puede contribuir a generar una nueva discriminación fundada en la sospecha de falta de verdadera capacidad o mérito profesional o académico de sus actuales o potenciales beneficiarios. […] las medidas penales como la cuestionada, que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendrían el carácter de «acciones positivas». Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora Ley Orgánica 1/2004, donde se rechaza la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer. Según el órgano promotor, no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección. Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de «reparación o compensación» colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como «representante o heredero del grupo opresor», lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquellos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia.”[406]

[406] En esta Sentencia Nº 58/2008, de 14 de mayo, MP Pascual Sala Sánchez, el Tribunal Constitucional consagró la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, desestimando de esta manera la cuestión de inconstitucionalidad que le fue planteada. Ahora bien, como señaló el magistrado D. Ramón

En otras palabras: aunque se admita esa diferencia de trato penal, no se hace para lograr una mayor igualdad entre hombre y mujer, sino por el mayor desvalor de la conducta de aquél. Dejando al margen la crítica de esta solución, lo que parece evidente es que el Tribunal Constitucional, pese a su polémica Sentencia, admite que la acción positiva no puede fundamentar una agravación penal. A mayor abundamiento, resulta que el artículo 22.4ª CP no individualiza en ningún momento a sujetos pasivos ni a grupos, ni a colectivos: por contra, lo que enumera son condiciones personales. Esta diferencia es esencial: no se trata de proteger a grupos tradicionalmente discriminados, sino de sancionar más gravemente conductas si vienen motivadas por un prejuicio hacia una de las *condiciones que conforman la identidad individual de los ciudadanos*.

La relación entre el artículo 22.4ª CP y la vertiente negativa del artículo 14 CE no es la "*prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una situación de subordinación social*". Tampoco tiene esta circunstancia agravante, en mi opinión, "*la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*"[407]. Esa noción de discriminación, como señala el artículo

---

Rodríguez Arribas, "*si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento 4*", siendo así que se desestimó la cuestión por otros motivos: "*entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal*".

[407] En este sentido, LAURENZO COPELLO, "Discriminación por razón de sexo y Derecho Penal", CERVILLA/FUENTES (coords.) *Mujer, Violencia y Derecho*, 2006, p. 83. Del mismo modo, también parece entender VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "El régimen jurídico-penal… *op. cit.*, p. 150; que el artículo 22.4ª CP guarda relación con la discriminación positiva. La clave se encuentra, en mi opinión, en lo señalado por este autor: una cosa es que el artículo 22.4ª CP esté en algún punto "inspirado en esta clase de discriminaciones" (como lo estaba, en la lucha de los movimientos sociales por la igualdad de Derechos en EE.UU., la implementación del *animus model* legislativo de crímenes de odio), y otra cosa bien distinta es que *sea* una medida de acción positiva.

23 LOEX (indicando, además, que se trata de una definición únicamente válida en el ámbito que esa ley regula) se refiere a lo que "*conlleve*" el acto (sus *efectos*), no a lo que lo *motive*[408]. La histórica situación de subordinación social de un colectivo es irrelevante para que se aplique el artículo 22.4ª CP, porque su fundamento se encuentra en la motivación del autor: el odio discriminatorio hacia esas características de identidad. La idea de discriminación (como en "motivos *discriminatorios*") subyacente al artículo 22.4ª CP guarda más relación con la que manejaba la superada jurisprudencia del TC sobre el "varón discriminado"[409]. Esto es, sucintamente, que las condiciones enumeradas por el artículo 14 CE son "*factores prohibidos de diferenciación que* [juegan] *por igual sobre todo sujeto en el que recayera, sin tener en cuenta su condición social y su situación de preterición y minusvaloración*"[410]. Esta doctrina fue superada[411] en lo que a la consideración de "efectos discriminatorios" (en el ámbito laboral) se refiere. Pero aquí, nos encontramos ante una referencia a la discriminación aplicada a los *motivos*, en el orden penal. Y en este ámbito, como señala MOLINA, es posible conferir un papel *bidireccional* a la noción de *discriminación* (no sólo a la que padece el grupo tradicionalmente discriminado), siempre entendiendo que los *efectos* discriminatorios no serán los mismos en todos los casos.[412]

---

[408] Artículo 23.1 LOEX: "*A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.*"

[409] Por todas, STC Nº 81/1982, de 21 de diciembre, MP Luís Díez Picazo y Ponce de León.

[410] *Vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición de discriminación", CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, pp. 292-294.

[411] *Vid*., como punto de inflexión, SSTC nº 128/1987, de 16 de julio, MP Luís López Guerra y nº 145/1991, de 1 de julio, MP Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

[412] MOLINA FERNÁNDEZ, "Desigualdades penales y violencia de género", *AFDUAM*, 2010, p. 77, nota 47: "*incluso se ha considerado elemento constitutivo de la discriminación su carácter «unidireccional», del grupo dominante al marginado –así, Laurenzo Copello, La violencia de género… (como en nota 11), p. 12, con referencias adicionales–. La cuestión es polémica, y hay quien admite la bidireccionalidad –así, Larrauri Pijoan, Igualdad y violencia de género (como en nota 11), p. 7, que da cuenta de la violencia entre personas del mismo grupo marginado, por ejemplo de policías negros a detenidos también negros, y lo explica sobre la base de que «una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable raza produce efectos independientemente de cuál sea la raza del autor», cit. p. 7. En el texto se admite la posible bidireccionalidad de la discriminación, en la forma descrita por Larrauri, pero a la vez la asimetría en sus efectos lesivos.*"

El establecimiento de esta circunstancia agravante no sirve para solventar una desigualdad preexistente (no sitúa a la víctima en una mejor situación de cara a alcanzar la igualdad real de oportunidades o de trato: sitúa al autor en una peor situación debido a la motivación con la que cometió su delito). No puede por ello equipararse el artículo 22.4ª CP a medidas de acción positiva, posibilidad más aparente en el ámbito de la violencia de género, que ya planteara por ello importantes debates[413]. De hecho, llegados a este punto, conviene señalar que esta supuesta vinculación del artículo 22.4ª CP a la protección de determinados colectivos pudiera haber sido interesadamente "instrumentalizada" por parte de un sector[414] que en su momento abogaba por la constitucionalidad de las reformas penales en materia de violencia de género. Así, la lógica de esa postura es que ya vendría legitimada la acción positiva en el ámbito penal por la mera existencia del artículo 22.4ª CP. Pero, como ha sido señalado, aunque se pretendiera insertar la normativa penal en materia de violencia de género en la lógica de la acción positiva, el artículo 22.4ª CP no podría servir como "argumento de refuerzo", al revestir dispar fundamento[415].

Bien es cierto que existe relación entre las leyes para combatir la discriminación tradicionalmente ejercida contra minorías y algunos modelos legislativos de crímenes de odio. Ahora bien, el concepto de "discriminación" que se emplea aquí es el vinculado con el odio y el prejuicio del autor hacia una condición de

---

[413] Sobre esta cuestión, *vid*., por todos, RUIZ MIGUEL, "La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva", *JPD*, 2006, pp. 35-47.

[414] Como exponentes de esta postura, entre otros, *vid*. CRUZ BLANCA, "Igualdad… *op. cit*., p.145 o QUERALT JIMÉNEZ, "La última respuesta penal a la violencia de género", *LL*, 2006, pp. 1423-1436.

[415] *Vid*. REBOLLO VARGAS, "Los delitos de discriminación… *op. cit*., p. 240: "*Brevemente, en cuanto a la discriminación positiva, tal y como se señala en el Preámbulo así como en el artículo 1, resulta que el objeto de la ley se circunscribe a actuar exclusivamente contra la violencia ejercida por el hombre contra la mujer; añadiéndose, por otro lado, que ello no supone desproteger a otros sujetos, como los propios hombres, los menores o los ancianos, dado que éstos continúan protegidos por las vías ordinarias que ofrece el Código penal. Se abunda en lo anterior añadiendo que la discriminación positiva no es inconstitucional, que encuentra su apoyo en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, además de haber sido avalada por el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones. Ahora bien, con ello se olvida que la discriminación positiva se articula para que determinados colectivos desfavorecidos tengan acceso a prestaciones, a servicios, a facilitar su acceso al mundo laboral o a garantizar la igualdad real a través de políticas sociales. Sin embargo, en el ámbito penal no creo que pueda traerse a colación como ejemplo –como así se ha hecho– que venga a legitimar esta discriminación positiva la agravante prevista en el artículo 22.4.*"

su víctima, con la motivación de su conducta. Y no es lo mismo el *efecto* que el *motivo* discriminatorio. Como ya ha sido puesto de manifiesto, existen ciertos "*límites del análisis discriminatorio para abordar el problema de la violencia por prejuicio.*"[416] Uno de ellos sería el de no poder considerar las manifestaciones del *animus model* legislativo insertas en las políticas de acción positiva. Por todo ello, debemos convenir con LARRAURI PIJOAN, cuando analiza en estos términos el supuesto paralelismo entre la legitimidad del artículo 22.4ª CP y la de los delitos de violencia de género:

> "*¿Por qué este artículo no ha sido cuestionado por discriminatorio?* [...] *es porque (se cree que) la agravante puede imponerse a todo el mundo que actúe por una determinada motivación. No obstante este último supuesto, hay autores que niegan que ello deba ser así. Queralt, al interpretar los 'motivos racistas', defiende que este artículo sólo podría destinarse a los 'blancos' (pero no a los negros), pues es un caso de acción positiva destinada a mejorar la posición de un grupo subordinado* [...]. *Si se acepta este razonamiento, debería concluirse que el artículo 22.4 también prevé una agravante que sólo puede imponerse a los hombres. La opinión de Queralt no parece dar una respuesta adecuada a los supuestos de agresiones de negros contra negros. Dejar sin castigo esta posibilidad es similar al ejemplo que he expuesto con anterioridad: una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable de raza produce efectos independientemente de cuál sea la raza del autor. Así por ejemplo en los casos de racismo de policías negros contra negros, ¿se negaría en este caso que actúan por motivos racistas porque los autores son negros? La interpretación que defiende que la agravante sólo puede imponerse a las personas que pertenecen al grupo dominante es distinta de la que se sostiene en EEUU, donde la legislación denominada 'hate crimes' también puede aplicarse a un delito realizado por un negro contra un blanco, siempre que se demuestre que el primero actúa por móviles racistas. En consecuencia, bajo la interpretación norteamericana la agravante de delitos cometidos por motivos racistas o por discriminación sexista puede ser de aplicación a todo el mundo*".[417]

A pesar de todo, existe algún aislado pronunciamiento (SAP de Barcelona, nº 32/2003, de 26 de Octubre), que considera que la agravación procederá si del hecho delictivo concurre una carga ofensiva o humillante que suponga la

---

[416] Así, únicamente atendiendo a posibles prestaciones preventivas, señala GÓMEZ, "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia", CABAL/MOTTA (comp.), *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, 2006, p. 43: "*Si, por un lado, las leyes contra la discriminación pretenden lograr una transformación cultural a través de discursos de protección igualitaria, los estatutos contra los crímenes de odio, por el otro, apuntan fundamentalmente a reducir la conducta violenta ejercida por prejuicio*".

[417] LARRAURI PIJOAN, "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", *InDret*, 2009, cit. p. 7.

agresión para una específica minoría. Así, se ha instaurado una línea jurisprudencial, expuesta en la SAP de Madrid, Sección 17ª, nº 717/2010, de 28 de Junio, MP Manuela Carmena Castrillo:

> *"Esto implica que, en nuestro criterio, los elementos que definen a esta circunstancia agravante son:*
> *1º) Que haya quedado claramente acreditado, que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y por lo menos en parte rechazado por ésta y que objetivamente pueda ser objeto de discriminación.*
> *2º) Que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada,*
> *3º) Que en el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que puedan explicar por sí misma la motivación de la actividad ilícita, o que apareciendo, no sean determinantes precisamente del acto ilícito."*

Como puede apreciarse, se trata de una interpretación mixta: a pesar de tener que acreditar la pertenencia de la víctima a ese colectivo tradicionalmente discriminado, sigue atendiéndose a la necesidad de acreditar también la motivación discriminatoria. La cuestión radica en que los dos primeros puntos, que requeriría una agravación propia del *discriminatory selection model*, no pueden exigirse para aplicar el artículo 22.4ª CP atendiendo a su fundamento. Considero que existe un punto de partida ineludible: no puede negarse que, atendiendo a su tenor literal,

> "*La agravante, por tanto, contempla un móvil; contempla la gravedad que supone el odio hacia las personas* […] *es decir, que a la gravedad intrínseca del hecho delictivo, p. ej. Injurias, vejaciones, etc., se añade la vileza del motivo, contrario a la igualdad entre los seres humanos y la dignidad de todos*"[418].

Cómo pueda articularse esa gravedad - cómo pueda hacerlo el papel que pretenda conferirse a los motivos conforme a nuestra Teoría del Delito - es otra cuestión. Pero que el artículo 22.4ª CP habla de motivos y no de efectos; de condiciones personales y no de colectivos discriminados, parece meridiano. Todo ello debería bastar para descartar cualquier relación profunda entre el fundamento de estos dos tipos de instituciones jurídicas (*animus model* y acción positiva), y rechazar la mencionada tendencia jurisprudencial.

---

[418] CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2011, p. 213.

Así, considero que una potente crítica efectuada por LANDA a nuestra legislación penal antidiscriminatoria, si bien pudiera resultar adecuada respecto de otras figuras, no opera en igual medida en lo que al artículo 22.4ª CP se refiere. El precitado autor, criticando la amalgama de preceptos que recoge la legislación antidiscriminación española, señala:

> "[…] *se repite en prácticamente todos ellos un proceso de generalización del tipo que en principio en el Proyecto se circunscribía a conductas de carácter xenófobo o ideológico pero que vía de enmiendas y por coherencia formal con el principio de igualdad se va ampliando a otros campos sin atenderse a si todos ellos son equiparables desde el punto de vista de la vulnerabilidad actual e histórica del colectivo correspondiente como dato sobre el que valorar la necesidad de intervención. Esto es: ¿debería protegerse igualmente al colectivo de personas de color que a las personas con un defecto físico? ¿son equiparables las condiciones de marginación social de las mujeres, hombres, homosexuales, judíos, separados, viudas, vascos, catalanes...? Equiparar todos estos ámbitos a efectos punitivos en relación a conductas, por otra parte, de una enorme generalidad (provocar al odio, por ejemplo), supone un intento tosco de incriminar las conductas de transgresión del principio de igualdad que deja en manos de los operadores jurídicos un conjunto de instrumentos con un potencial de intervención que de utilizarse según los marcos literales posibles podría llevar, simplemente, a la paralización de la vida social*".

Esta situación, además, supondría que las principales causas de discriminación (de colectivos discriminados) verían diluida su tutela, al ser equiparadas a otras con una significación en absoluto análoga.[419] Desde luego, esto puede ser así respecto de otros preceptos de nuestro Código, especialmente si tipifican *delitos* de discriminación. Pero considero que no puede operar dicha crítica, en idénticos términos, respecto de una circunstancia agravante como el artículo 22.4ª CP. Bien es cierto que la profunda reflexión de LANDA se mantiene inalterada en cuanto se refiere a la "desnaturalización" del proceso legislativo, que primero pretendía combatir el racismo y terminó incriminando la transgresión del principio de igualdad. Mas por muchas críticas que este *iter* legislativo pueda suscitar, debe asumirse que el artículo 22.4ª CP tiene unas particularidades (en tanto que manifestación clara del *animus model* y en tanto

[419] *Vid*. LANDA GOROSTIZA, "Racismo, xenofobia… op. cit., p. 62 y ss, y EL MISMO, "El modelo político-criminal… *op. cit*., p. 159 y ss.

que circunstancia agravante genérica) que no comparten otros preceptos "antidiscriminación" del Código.[420] No se trata aquí de proteger a minorías, ni de comparar si uno u otro grupo es merecedor de menor o mayor protección, ni de analizar si una conducta produce por ello mayores o menores efectos discriminatorios. En lo que respecta al artículo 22.4ª CP, el debate sobre su fundamento no debe atender al análisis de cuáles sean las minorías con una identidad colectiva clara, que requieran para su protección de la intervención del Derecho penal. El debate debe orbitar en torno a si las condiciones que enumera el precepto son características identitarias de primer orden, en consonancia con el fundamente aquí propuesto, que en definitiva supone conceder preponderancia al principio de igualdad entre todos los ciudadanos, pertenezcan al colectivo que puedan o no pertenecer.

Planteado así el problema, podemos al fin conferir el debido enfoque a la respuesta para una pregunta, que dejamos en el aire al analizar el *hate debate*. El artículo 22.4ª CP menciona como características de la víctima de quien actúa por odio discriminatorio la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación, el sexo, la orientación e identidad sexual, la enfermedad y la discapacidad (más la referencia a los motivos racistas y antisemitas, que a estos efectos consideraremos subsumida en las anteriores). ¿Por qué, tras el velo de la ignorancia, es *justo* decidir que el delito motivado por el odio discriminatorio respecto de esas once condiciones ha de fundamentar la aplicación de la agravante? La respuesta inmediata es que si el prejuicio del autor se genera respecto de determinadas condiciones, como las que enumera el artículo 22.4ª CP, ello supone negar en especial medida la vigencia del principio de igualdad. Pero entonces surge el siguiente interrogante: *qué tienen estas condiciones de*

[420] Cuestión puesta ya de manifiesto por el Senador Arévalo Santiago en el propio debate parlamentario del que derivó la irrupción de la agravante en nuestro ordenamiento, cuando replicaba: "*Una cosa son las circunstancias agravantes y otra es la apología que intentamos incorporar al Código Penal con esta proposición de ley. Son dos cosas distintas. Por tanto, no me las compare*"; *vid. supra*, Primera Parte, Capítulo I.3. Esta hipótesis parece reafirmarse con el Anteproyecto de reforma del Código penal, de octubre de 2012, que no modifica el artículo 22.4ª CP y sin embargo hace lo propio con el artículo 510 CP, en lo que podría interpretarse como la desvinculación definitiva del fundamento de ambos.

especial. Hasta ahora, venimos denominándolas "condiciones personales". Veremos ahora por qué lo son. Para ello, resulta inevitable sumergirnos en el concepto de "identidad personal", que es lo que determinará que esas condiciones también lo sean.

Con el fin de distinguir el concepto de "identidad personal" del de la "identidad colectiva" vinculada al fundamento del *discriminatory selection model*, comenzaremos refiriéndonos a esta última. Sin ánimo de entrar aquí en esenciales distinciones entre identidad individual, genética, social, grupal, etc., lo que sí aceptaremos es que existen nociones de identidad que se superponen en planos paralelos[421]. La primera inquietud ante la que se encuentra el ser humano con relación a su identidad consiste precisamente en configurarla, para lo cual acude a esos distintos planos. Ello supone que esté aparentemente condenado a oscilar, *ad infinitum*, entre definiciones que le identifiquen de un lado a él y de otro a su comunidad, que determinen su "identidad". Así, se encuentra condicionado por la insalvable dicotomía de que es lo mismo que los demás seres humanos (*idem*), pero a la vez es él mismo (*ipse*): un ente con particularidades propias que lo distinguen, en último extremo, de todo y de todos los demás[422]. Como con acierto señalaba DEL ÁGUILA,

> "*constituye un error definir las identidades como conjuntos cerrados y estables de representaciones, creencias y símbolos fuertemente trabados, afines y homogéneos. En realidad, las identidades se parecen, no a "reconocimientos", "recuperaciones" y "reencuentros", sino a procesos selectivos de "invención" política de quiénes somos. Desde luego hay cosas que somos con independencia de nuestra voluntad (catalán, gitano, inmigrante, mujer o pensionista). Pero crear alrededor de ese específico rasgo una identidad, hacerle cobrar sustancia política y capacidad crucial para definir "quién soy", es producto de un proceso intersubjetivo de construcción política*"[423].

En efecto, nuestra capacidad para determinar nuestra propia identidad, presupuesto indispensable para gozar de autonomía (pues no puede ser autónomo quien no es "alguien"), requiere inevitablemente de la interacción de

---

[421] En la línea de TAYLOR o HABERMAS. Sobre esta cuestión, *vid*. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración… op. cit.*, p. 34 y ss.
[422] *Vid*. JÁUREGUI OROQUIETA, *La identidad humana*, 2001, *passim*, 368 pp.
[423] DEL ÁGUILA TEJERINA, *La Senda del Mal. Política y Razón de Estado*, 2000, cit. p. 215.

los demás miembros de la comunidad, mediante un esfuerzo empático que facilite la representación de aquéllos y, en oposición, la de nuestro propio ser[424].

Sería por lo tanto necesario realizar un doble ejercicio para formar nuestra identidad: por un lado, de introspección personal, como punto de partida necesario para la comprensión socrática de uno mismo (postulado ya proclamado por AGUSTÍN DE HIPONA), y por otro (siguiendo la perspectiva de las corrientes *behavioristas*, que explican los fenómenos sociales en términos de estímulo y respuesta), sería igualmente preceptivo atender a la forma en que el individuo se integra en el marco social de referencia en el cual actúa, de manera que podríamos determinar nuestra identidad por ser esta un fenómeno visible y externo con base en nuestros propios comportamientos. Ambos postulados (obtención de la identidad a través tanto del ejercicio introspectivo como de la observación de fenómenos externos) se integrarían posteriormente en la concepción intersubjetivista comentada, que exige el reconocimiento del otro como elemento clave para la consecución de la propia identidad[425].

Enmarcadas en este proceso, las "identidades colectivas" no serían más que el reconocimiento intersubjetivo de que algunas características que inciden en la comprensión instrospectiva de uno mismo se comparten con otros individuos. Si este reconocimiento se produce entre un número lo bastante amplio de sujetos, de forma que puedan enarbolar un elemento de identidad individual como definitorio de su colectivo (*ad exemplum*, una determinada orientación sexual), puede ya hablarse de una "identidad colectiva", diferenciada de la de otros colectivos que la han configurando de semejante manera. La construcción de estas identidades colectivas, como decimos, es difusa, pues intervienen

[424] Cuestión ampliamente tratada desde el prisma de la fenomenología, sometiendo a este proceso de sensibilización intersubjetivista la configuración de nuestra identidad, por HUSSERL, *Cartesianische Meditationen: Eine Einleitung in die Phänomenologie*, 1899, p. 30 y 44 y ss.
[425] ESTRADA DÍAZ, "Del primado del cosmos al descubrimiento de la subjetividad interior", GÓMEZ GARCÍA (coord.), *Las ilusiones de la identidad*, 2000, pp. 181-204.

incluso los poderes públicos, a través de políticas aparentemente inocuas[426]. Pero lo que parece evidente es que, para hablar de "identidad colectiva", tiene que existir un "colectivo": un grupo de personas con un elemento de identidad fácilmente identificable, que todos los individuos del colectivo comparten y que reconocen como definitorio del grupo al que sienten pertenecer.

Si el artículo 22.4ª CP enumerara identidades colectivas, habría que entender, por ejemplo, que habla de "raza negra" o de "orientación homosexual": es decir, elementos de identidad que definen a colectivos tradicionalmente objeto de discriminación. Esto plantearía importantes problemas de inseguridad jurídica, ya que dejaría al arbitrio del juez determinar si la víctima pertenecía o no a un grupo con una identidad colectiva cuya forma de determinación, repetimos, es muy difusa. Por otra parte, esa interpretación tornaría en ilógica e inaplicable la agravación para quien comete un delito contra un enfermo o un discapacitado. No existe un colectivo "discapacitado" (por ejemplo, "los paralíticos") con la misma historia y realidad que un colectivo judío u homosexual.[427] Desde la óptica del *animus model* y el fundamento aquí asumido para la agravación *ex* artículo 22.4ª CP, por el contrario, es posible justificar las menciones del catálogo de este precepto. Ello es así porque el artículo 22.4ª CP no enumera parámetros para dilucidar si la víctima pertenecía a un grupo con una identidad colectiva determinada por alguno de esos términos. Lo que, desde nuestra perspectiva, enumera el precepto son parámetros conforme a los cuales se determina la identidad *individual de la persona*.

Efectuemos una breve toma de contacto con el concepto de "identidad personal", sobre el cual la filosofía moral del Derecho ha elaborado interesantes postulados. El más radical sería quizás el propuesto por NIETZSCHE, según el cual la identidad es un concepto que sólo existiría en el falso mundo metafísico, pero no en el mundo real, que es el que lo configura y que se caracteriza por

---

[426] *Vid*. MARTÍNEZ DEL CAMPO, "La construcción de identidades colectivas a través de la toponimia urbana", ROMERO/SABIO (coords.), *Universo de Micromundos*, 2009, pp. 203-220.
[427] Así lo admite LANDA GOROSTIZA, *La política… op. cit.*, p. 206.

estar sujeto a continuas mutaciones[428]. Precisamente, partiendo de esa mutabilidad constante de la identidad, destaca la teoría "reduccionista" de la identidad de PARFIT[429], según la cual no existe ese Yo cartesiano perenne e inmutable (contrariamente a lo que defenderían los "no reduccionistas"), sino que, con el paso del tiempo, debido a las modificaciones experimentadas por nuestro cuerpo y nuestra mente, nuestro Yo va configurándose de forma paulatina, siendo consecuencia necesaria de esto que nuestra identidad de hoy no sea en absoluto nuestra identidad de mañana. Huelga decir que la intención del filósofo británico de convertir este postulado en el epicentro de la filosofía moral ha recibido críticas de suma consistencia, aunque a nuestros efectos merece ser destacada la que efectúa BAYÓN, quien afirma que aunque nuestra identidad se caracterice por estar sometida a una constante metamorfosis,

> "*cuando Parfit habla de yoes que se suceden en una misma vida parece que el punto de vista no reduccionista, expulsado por la puerta, se ha colado de rondón por la ventana, ya que al hablar en esos términos parece admitirse implícitamente que hay algún elemento permanente que agrupa a diferentes yoes como sucesores unos de otros*".[430]

Es decir, que existen algunos elementos de nuestra identidad que son más resistentes a ser alterados por nuestras experiencias o que no dependen tanto de nuestras decisiones. Entre ellos se encuentran los que enumera el artículo 22.4ª CP: son condiciones para configurar la identidad personal del individuo. Estas condiciones permiten que dilucide los elementos que, a título individual, definen su persona. Por lo tanto, son las condiciones necesarias tanto para el análisis introspectivo como para la interrelación con otras personas, tanto para la autonomía personal como para la realización del pluralismo democrático. Son las condiciones necesarias para la existencia del por qué de la igualdad (somos iguales con independencia de *lo que seamos*). No se trata de reconocer una especial protección a "la raza blanca" o "la raza negra", sino a "la raza" (sea cual sea) como parámetro para determinar la identidad de la persona. Pero,

---

[428] NIETZSCHE, *El Crepúsculo de los ídolos*, 2005, p. 72.
[429] PARFIT, "Personal Identity", *Phil. Rev.*, 1971, pp. 3-27.
[430] *Vid.* BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, 1991, pp. 100–114.

evidentemente, existen muchos parámetros que sirven para definir nuestra identidad, como por ejemplo nuestro color favorito, y el artículo 22.4ª CP no enumera como una de las condiciones para su aplicación que el odio discriminatorio vaya referido a todos y cada uno de ellos. Para que uno de estos parámetros conformadores de nuestra identidad pueda acceder a este listado, no basta por lo tanto con que sirva para definir nuestra identidad. Atendiendo al fundamento que hemos admitido para el artículo 22.4ª CP, será necesario que se encuentre en una vinculación estrecha con el principio de igualdad. A eso nos referimos al afirmar que el artículo 22.4ª CP enumera "condiciones personales", que son aquellas a las que el principio de igualdad exige un mayor respeto. No bastará por lo tanto cualquier vinculación, aunque se trate de un elemento relacionado con el principio de igualdad, si no reviste esa estrecha vinculación con la identidad personal.

Por ejemplo, nuestro artículo 14 CE no sólo se refiere a "condiciones personales", sino también a "circunstancias sociales". Circunstancias, como la afiliación sindical, que derivan de elecciones y parecen no ser lo suficientemente perennes. Aunque el listado del artículo 22.4ª CP se inspire en el del artículo 14 CE, no menciona todas las posibles "circunstancias" que determinarían nuestra identidad. Del mismo modo, el artículo 14 CEDH[431] admite como causas de discriminación varias "situaciones" que desde luego no forman parte de las condiciones personales[432]. Nuestra doctrina ya admitió que el artículo 22.4ª CP no enumera, sin más, cualquier clase de condición que afecte a la identidad sino que, en la línea de lo que venimos exponiendo, se refiere a "*condiciones*

[431] "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*"

[432] En este sentido, en relación con el fundamento de los crímenes de odio, señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, ¿Cómo prevenimos … *op. cit.*, p. 27: "*el Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 14 de la Constitución española distingue entre factores de diferenciación especialmente hirientes y por ello difícilmente tolerables, que son los que expresamente menciona y los a ellos asimilables, y el resto de factores de diferenciación*".

personales"[433]. Asumiendo, por lo tanto, que ahí radica el fundamento del listado enumerado por el artículo 22.4ª CP (que sean condiciones personales en el sentido expuesto), resta ahora determinar cuándo nos encontramos ante una de ellas: cuándo incide la condición, de forma esencial, en la configuración de nuestra identidad personal. Partiendo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, se establecería ese carácter conforme a los siguientes criterios:

a. Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación. Nótese que ello, con independencia de la pertenencia a colectivo alguno: es un indicio que, si alguien fue alguna vez discriminado por "x" condición, significa ello que era una condición personal. Así, por ejemplo, aunque no exista una minoría con una identidad colectiva "discapacitada" análoga a la que puede existir con base en una determinada raza, no cabe duda que la enfermedad o la discapacidad (enfermos de lepra, de SIDA, ciegos, etc.) ha sido fuente histórica y vigente de prejuicios y discriminación.

b. Que se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España. Así, se admitió la identidad sexual como una de esas condiciones personales, a pesar de que el artículo 14 CE no la menciona expresamente[434].

---

[433] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP", RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 139.

[434] STC, Sala 1ª, nº 176/2008, de 22 de diciembre: "*es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, exart. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.*"

Asumiendo algún ya mentado criterio proveniente del *hate debate*[435], deberíamos añadir a los dos requisitos anteriores que, para que una condición pueda entrar en el listado del artículo 22.4ª CP, debe tener igualmente, precisamente para diferenciarlas de otras *circunstancias* y condiciones *sociales*:

c. Vocación de *permanencia*. Aunque la identidad sea mutable, como hemos referido, existen ciertos elementos que perduran y que sirven de hilo conector entre nuestro Yo de ayer y el de mañana. Las condiciones personales que nos ocupan han de cumplir, desde luego, este criterio: ser en su dimensión general *absolutas* (todas las personas tienen *una* raza, *una* orientación sexual, etc., sea cual sea ésta), con *límites* suficientemente identificables en lo que a la condición personal en concreto se refiere (siendo factible afirmar que alguien es de etnia *gitana*, o de orientación *bisexual*, etc.); lo cual implicará que sean elementos que, con vocación de permanencia, definen la identidad de esa persona.

d. Encontrarse desligada en cierta medida de la libre elección (de lo que se hace o de lo que elige), o al menos, entender que *no se trata de una elección circunstancial*. El artículo 22.4ª CP enumera parámetros para determinar lo que *se es* individualmente. Por lo tanto, se agrava la responsabilidad de quien comete el delito motivado por su odio discriminatorio conforme a una de las categorías potenciales de prejuicios hacia lo que *es* la víctima, enumeradas por el precepto. Evidentemente, se trata de la tan reiterada característica esencial de los crímenes de odio: el prejuicio hacia algo que *es* la víctima. Este criterio no implica que no exista cierto factor de elección respecto de algunas de las condiciones que enumera el artículo 22.4ª CP. De lo contrario, ello supondría afirmar que un sujeto es comunista, o demócrata, o fascista, o musulmán, o ateo debido a condicionamientos externos. Que *nace* siéndolo. Intuitivamente, este criterio puede plantear algún aparente

[435] *Vid*. KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes… *op. cit.*, *passim*.

problema respecto de la mención a la ideología, la religión y las creencias del artículo 22.4ª CP. Los condicionamientos al asumir una u otra convicción existen, ciertamente, pero el pluralismo democrático no puede sostenerse sin admitir que las más internas convicciones religiosas o ideológicas derivan de elecciones. En el caso de la religión, desde una determinada concepción de la fe como fuerza irracional e irresistible, quizás podría admitirse que no existe en puridad elección alguna. En el caso de la ideología, no puede negarse la posibilidad de elección. De lo contrario, supondría asumir que los ciudadanos son eternos "menores de edad" políticos a merced de las creencias imperantes, extremo frontalmente opuesto al fundamento aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP. Pero la posibilidad de elección también existe respecto de la discapacidad, si un sujeto se autolesiona, o incluso respecto del color de piel, si decide un sujeto someterse a un tratamiento similar al de un conocido y ya difunto músico de *pop* afroamericano. Lo esencial, por lo tanto, es que no sólo la condición, sino *la elección* tenga vocación de permanencia: que *no sea circunstancial*.

Esta vinculación con la identidad, como hemos visto al tratar el *hate debate*, no es fácil de discernir. Por ejemplo, en EE.UU. surgió un debate relativo a la inclusión de la orientación sexual en estos listados porque sería algo que se hace o que se elige, pero no algo que se es: no tendría suficiente influencia a efectos de determinar la identidad personal una orientación sexual, porque habría un margen de elección o de ausencia de perdurabilidad, porque orientaciones supuestamente "desviadas" podrían "curarse"[436]. Considero que estamos en condiciones de afirmar que tal planteamiento sería inadmisible conforme a nuestro ordenamiento; máxime a la vista de la STEDH, Sección 5ª, de 9 de febrero de 2012, MP Dean Spielmann (caso Vejdeland y otros contra Suecia):

[436] Extremos hasta hace poco sostenidos por expertos médicos forenses, así MATTHEWS, *Doctorado en crímenes (Memorias de un médico de Scotland Yard)*, 1963, p.115: "*Aunque bisexual genuino, era lo bastante inteligente para haber controlado sus tendencias anormales y no debía haberse permitido nunca hacerlo en público*".

> "*La orientación sexual debiera ser tratada de la misma forma que las categorías como la raza, la etnia y la religión que se encuentran comúnmente protegidas por legislaciones sobre el discurso de odio o delitos de odio, debido a que la orientación sexual es una característica que es fundamental para el sentimiento de una persona sobre sí misma.* [...] *el Tribunal matiza que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la «raza, origen o color» (véase, inter alia, Smith and Grady contra Reino Unido [TEDH 1999, 37], núms. 33985/96 y 33986/96, ap. 97, TEDH 1999-VI).*"

Y es que, efectivamente, el ordenamiento en el que se encuentre la institución jurídica en cuestión (como nuestro artículo 22.4ª CP) juega un papel importante a la hora de determinar si tiene suficiente fundamento la mención de una determinada condición en esta clase de listados. En este sentido, la Decisión Marco 2008/913/JAI afirmaba que no era posible la plena armonización en materia de crímenes de odio entre los Estados miembro por sus diferentes "tradiciones históricas y culturales". Evidentemente, si conforme a la tradición de un Estado confesional, la religión de sus ciudadanos sólo puede ser la estatalmente reconocida, no se puede asumir la igualdad sea cual sea la religión de los individuos: no entraría la religión en el listado del artículo 22.4ª CP. Atendiendo a los parámetros exigidos en nuestro ordenamiento para considerar que estamos ante una condición personal, parece que el listado del artículo 22.4ª CP cumpliría con las exigencias expuestas (fuente tradicional de prejuicio, reconocimiento en tratados internacionales y/o en nuestra norma constitucional, vocación de permanencia y característica no circunstancial).

6. Sobre la ampliación del listado de condiciones personales.

Llegados a este punto, una vez admitido que existe fundamento tanto para la imposición de la pena prevista, en su mitad superior, en los delitos motivados por odio discriminatorio, como para que sean las condiciones del listado cerrado[437] propuesto por nuestro artículo 22.4ª CP las que son, concluiremos con un análisis de las propuestas que sugieren ampliar su número. En efecto, en el anterior epígrafe señalábamos que la más prudente estrategia para determinar si revestía fundamento que las condiciones personales fueran las que se mencionan en el artículo 22.4ª CP consistía en (i) analizar qué es lo que hacía que esas condiciones fueran "especiales" y (ii) comprobar si las que enumera el precepto cumplen en apariencia con esos criterios, sin perjuicio de un posterior análisis más detallado sobre cada una de ellas. Lo que no hemos hecho aún es analizar si es posible que existan condiciones personales, no mencionadas por el artículo 22.4ª CP, que revistan análogo fundamento a las que ya menciona, en cuanto que estén análogamente vinculadas al principio de igualdad y a la identidad personal. Lo cierto es que no parece existir argumento alguno que nos compela a afirmar que deba tratarse de una lista necesariamente cerrada. Nada impediría[438] que se añadan en un futuro, mediante reforma legislativa, otras condiciones personales, siempre que estén vinculadas con ese aspecto nuclear de la identidad, del mismo modo que en Derecho comparado

---

[437] BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación… op. cit.*, p. 68. ha planteado, amparándose en la literalidad del artículo 22.4ª CP al mencionar "*otra clase de discriminación*", la posibilidad de interpretar que no nos encontramos ante un *numerus clausus*, sino que sería posible admitir la aplicación de la agravante en cualquier otro supuesto de motivación discriminatoria, siempre que esté reconocida la condición personal en cuestión como causa de discriminación a nivel legislativo. Sin embargo, esta interpretación extensiva es *contra legem* (*vid*. STS nº 1160/2006, de 9 noviembre, MP Siro Francisco García Pérez), como muestra el hecho de que el precepto continúa su propia redacción aludiendo a que esa "*otra clase*" de motivos discriminatorios (que son "otros" en tanto que distintos a los racistas o antisemitas) ha de ser "*referente*" – esto es, necesariamente - a la lista cerrada que a continuación enumera.

[438] No olvidemos que la aplicación del artículo 22.4ª CP supone que nos encontremos ante un crimen de odio, y "*el término delito de odio es inclusivo, puesto que recoge delitos motivados por una lista abierta de categorías potenciales de prejuicios. Puede incluir delitos cometidos en el ámbito de la religión, la etnia, el género, la discapacidad, la orientación sexual, o por cualquier otra característica identitaria de la víctima.*" IBARRA/STROHAL, *La lucha contra los Delitos de Odio… op. cit.*, p. 10.

encontramos ejemplos de listados más amplios[439]. Nuestra doctrina, desde luego, no ha sido ajena a este hecho, por lo que a continuación analizaremos alguna de sus más relevantes propuestas.

Se ha indicado que podrían añadirse al listado del artículo 22.4ª CP, por ser "*condiciones personales o sociales*"[440], algunas características que, aunque no se enumeren en el artículo 14 CE, sí constan por ejemplo en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[441]. Entre las que más insistentemente se han propuesto[442], se encontrarían la edad, la situación

---

[439] Así, por ejemplo, en Bélgica (entre otros, artículo 377 bis) se establece un subtipo agravado si el autor comete el delito motivado por "raza, color de piel, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, estado civil, nacimiento, edad, fortuna, convicción religiosa o filosófica, estado de salud actual o futuro, discapacidad, lengua, convicción política, característica física o genética u origen social" de su víctima. En similar sentido, la nueva circunstancia del artículo 12 del Código Penal chileno: "*21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca*." – sobre este precepto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno)", en prensa (amablemente facilitado por el autor) -. También podemos encontrar opciones legislativas con cláusulas abiertas que funcionan como una suerte de "cajón de sastre", como la de la Sección 718.1 (a) (i) del *Criminal Code* canadiense (que agrava todo delito motivado por el prejuicio u odio basado en la raza, origen étnico o nacional, idioma, color, religión, sexo, edad, discapacidad física o mental, orientación sexual o *cualquier otro factor similar*).

[440] En este sentido, AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, pp. 48 y 53.

[441] "*Artículo 21. No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.*"

[442] No nos detendremos en todas y cada una de las propuestas, sino en las que se nos presentan con cierta apariencia de poder cumplir los requisitos exigidos para entrar en el listado del artículo 22.4ª CP. A pesar de todo, creo oportuno reseñar que se ha tildado de "ilógica" - CÓRDOBA RODA, "Comentario… *op. cit.*, p. 292 - la ausencia de referencia a la profesión (cometer el delito por un odio discriminatorio hacia la clase empresarial o trabajadora, la docencia o la judicatura). Se trata de un argumento que ya descartó la tramitación parlamentaria de nuestro artículo 22.4ª CP, al preferir la mención a las "creencias religiosas" en lugar de a la "profesión religiosa" (*supra*, Primera Parte, Capítulo I.4). Precisamente, porque lo esencial en ese caso era la creencia propia de quienes tienen una profesión religiosa, y no la profesión en sí, que no reviste idénticos galones como condición personal. La profesión, con mayores o menores condicionantes (precedentes familiares, nivel sociocultural, necesidades económicas, etc.), en última instancia se elige. Uno no nace abogado, se hace abogado. Se escoge este ejemplo, al margen de la afinidad del autor, por el prejuicio que existe hacia esta profesión, al menos atendiendo desde al refranero popular español ("buen abogado, mal cristiano", "una victoria del abogado, una derrota de la sociedad", etc.), hasta a la cinematografía estadounidense (paradigmáticos los crímenes motivados por el prejuicio a los abogados de *A Murder of Crows*, EE.UU., 1999, Dirección y Guión: Rowdy Herrington). Pues bien, al margen de todos los

familiar y la situación económica. Por otro lado, se ha sugerido igualmente la inclusión de una cláusula abierta (del estilo: "u otra condición personal de análoga significación"). Como puede apreciarse, las propuestas efectuadas por nuestra doctrina han sido diversas, pudiendo ser sintetizadas de la siguiente manera:

> "*Entre las mismas se encuentra, por ejemplo, la posible referencia entre los motivos discriminatorios a la edad y el uso de alguna de las lenguas oficiales*[443] *dentro del Estado español. La primera causa de discriminación se encuentra contemplada en la normativa laboral y administrativa (ET y LISOS); la segunda, en el art. 314 CP, relativo a la discriminación en el trabajo. Un sector doctrinal también propone la referencia a «motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima», con el objeto de incluir los casos de aporofobia (odio al pobre), excluida del art. 22.4.ª CP por la jurisprudencia (STS 1160/06, 9-11, FJ 23), inaplicabilidad de agravante de móvil discriminatorio a supuesto de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su condición de mendigo sin techo*[444]*. Otro sector doctrinal sugiere que éstas y otras omisiones podrían*

---

condicionantes, uno elige dedicarse a una profesión, aún sabiendo que puede generar antipatías, y posteriormente puede elegir dejarla, en este caso, "colgar la toga". Aunque alguna profesión hubiera sido históricamente causa de prejuicios y discriminación, no cumpliría con el requisito de estar constitucionalmente reconocida como condición personal (normalmente, el prejuicio se habría originado por vincular una profesión a otra condición personal, como sucede en el caso del estereotipo del "judío usurero"). Pero, incluso aunque cumpliera esos dos criterios, no cumpliría los dos restantes. Por muy intrínseca que la profesión sea para la personalidad del individuo, aunque cumpliera el requisito de la vocación de permanencia (cuestión muy relativa, al menos si entendemos "profesión" como "trabajo", fuera del ámbito de las profesiones liberales), no haría lo propio con el consistente en encontrarse fuera del ámbito de la libre elección. Es decir, que se explica la ausencia de la profesión del listado del artículo 22.4ª CP porque no cumple con los cuatro requisitos expuestos para su inclusión.

[443] Tampoco analizaremos como posible condición a incluir la lengua, a pesar de haber sido insistentemente propuesta, ya que estaría incluida con la referencia a la etnia (o, indirectamente, la ideología); *vid.*, *infra*, Primera Parte, Capítulo V.A).1). Incluir expresamente la lengua al catálogo podría extender *ad absurdum* – siendo un riesgo innecesario y empeorando su ya redundante redacción - el alcance del precepto, pues podría aplicarse la agravante en los supuestos en los que un sujeto agrede a otro por su prejuicio hacia quienes emplean lenguajes fruto de la creación artística (piénsese en el "élfico" de TOLKIEN, por un prejuicio hacia el estereotipo de lo que comúnmente se denomina *freakies*); lo cual supondría, *de facto*, situar en pie de igualdad el odio discriminatorio a las aficiones con el que se dirige hacia una auténtica condición personal.

[444] Decantándose finalmente por la introducción de la cláusula de cierre, la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona ha propugnado con mucha insistencia la inclusión de estas condiciones en el artículo 22.4ª CP. Así, en su Memoria 2010, p. 72 y ss.: "*También se echa en falta la referencia a la aporofobia (odio al pobre) como causa de discriminación. La STS 1160/2006, 9-11, F.J. 23º, declaró en un caso de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su condición de mendigo sin techo que dicho supuesto de hecho no resulta subsumible en el tenor literal del art. 22.4ª CP ("no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía"). No obstante, de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria sobre la materia, resulta preferible hacer referencia a causas de*

evitarse de forma sencilla, sin convertir el art. 22.4.ª CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre. Por coordinación sistemática con el art. 14 CE, dicho sector aconseja el empleo de la cláusula de cierre «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La STS 1160/06, 9-11, FJ 23, parece avalar esta propuesta."[445]

Comencemos analizando la posibilidad de incluir una cláusula abierta. Como punto de partida, se nos plantea el siguiente dilema: ¿preferiremos la inseguridad jurídica a la infrainclusión? La mencionada STS nº 1160/2006, de 9 noviembre, MP Siro Francisco García Pérez, tras rechazar la posibilidad de aplicar la agravante a un caso de aporofobia con la vigente redacción[446], se planteó esta hipótesis. Como puede comprobarse, parece que efectivamente sí avalaba la propuesta, mas no obviaba el referido dilema:

> "*En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre*

---

discriminación, y no a fobias concretas. En este sentido, la aporofobia podría quedar comprendida en "motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima"."

[445] GÓMEZ MARTÍN, *Actualización… op. cit.*, p. 23

[446] Ya con anterioridad, la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Nº 19/2005, de 21 de octubre, MP Emilio Fernández Castro, había señalado: "*Parece, en suma, que lo que motivó que los tres imputados llevaran a cabo los hechos por los que después recibieron una severa condena fue la condición de indigente de la víctima, esto es, su falta de medios de vida o, en definitiva, su pobreza. Siendo ello así, cumple ahora preguntarse, como antes se expresaba, si esa singular motivación, objetivo o finalidad, justifican la aplicación de la circunstancia agravante que aquí consideramos. Aún desconociendo cual haya podido ser en último término el criterio que guiara al legislador cuando trató de configurar la circunstancia agravante que analizamos, resulta forzoso concluir que el resultado de su actividad normativa, que se plasma en los términos antes expresados, no permite en una interpretación prudente y responsable acoger dentro del ámbito de la agravante así diseñada el designio que marcó la acción de los ya condenados como asesinos. Parece obvio que el desprecio hacia la pobreza no encaja en ninguno de los supuestos que trata de describir la norma jurídica en juego. Sería necesario un muy notable esfuerzo de flexibilidad o amplitud interpretativa para encuadrar la motivación que en la ocasión de autos tenían los hoy apelantes en los márgenes del diseño que ofrece nuestro legislador. Como quiera que según es criterio tradicional, que viene aceptándose de modo unánime y sin fisuras, la interpretación de las normas penales debe ser estricta, sin que en ningún supuesto resulte admisible la aplicación de criterios extensivos o elásticos cuando se trata de lograr resultados desfavorables para el reo, parece incuestionable la procedencia de aceptar este motivo de recurso y, en su consecuencia, excluir la agravante de que se trata de la punición de la conducta que en la ocasión de autos desplegaron los tres individuos que ahora apelan*".

peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia".

Expuesto en tales términos el debate, la ventaja del *numerus clausus* es la mayor seguridad jurídica[447]. Partiendo de esta idea, se ha señalado que la inclusión de un *numerus apertus* en el artículo 22.4ª CP podría afectar al principio de taxatividad de la ley penal[448]. Con carácter general, es cierto que plantea problemas permitir la libre disgresión judicial a efectos de imponer consecuencias agravatorias, a pesar de que nuestro Código cuente con algún precepto en este sentido.[449] Pero no se limitaría la inseguridad jurídica derivada de la inclusión de una cláusula general a una fricción con el principio de taxatividad. El principal problema consistiría, a mi entender, en que las libertades interpretativas que habilitaría una cláusula general podrían suponer la ampliación de la agravante a una "por móviles abyectos", haciendo depender de arbitrarias licencias la determinación de cuándo nos encontramos ante una condición análogamente "personal" a las que enumera el precepto. Con ello, se excedería el fundamento aquí propuesto para la agravación, y se tornaría el artículo 22.4ª CP en una circunstancia agravante *injusta*, además de expansiva. Por ello, me inclino a defender la infrainclusión antes que permitir la discrecionalidad judicial en un asunto tan complicado[450]. Puesto que dicha infrainclusión, de existir, se subsanaría añadiendo alguna condición personal al listado, pasemos ahora a analizar las ya mentadas propuestas doctrinales que se han ido efectuando.

---

[447] Respecto del artículo 510 CP, expone REBOLLO VARGAS, "Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas", *RDPCV*, 2006, p. 230; esta reflexión: "*me parece destacable que la referencia a los motivos no finalice con una cláusula abierta o indeterminada.* […] *en consecuencia, se desprende una cierta seguridad jurídica*". Esta reflexión sería extrapolable al artículo 22.4ª CP.

[448] Así, PORTILLA CONTRERAS, "Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la
identidad sexual de la víctima", QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37-40.

[449] Así, el catálogo del uso de llaves falsas en el robo con fuerza (artículo 239 CP), especialmente tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

[450] Así PERALTA, *Motivos… op. cit.*, p. 304.

Hemos señalado que las condiciones cuya inclusión ha sido demandada con mayor intensidad por parte de nuestra doctrina y que consideramos de recibo analizar han sido las de la edad, que tiende "*a desplegar sus efectos en torno a los dos extremos de la pirámide: las personas más jóvenes y los de mayor edad*"[451], la situación familiar (matrimonio, soltería, etc.) y la situación socioeconómica (lo cual incluiría, entre otros[452], los supuestos de *aporofobia*, u "odio al pobre"). Ciertamente, las tres han sido reconocidas como generadoras de discriminación en diversos ámbitos legislativos. Por supuesto, ello sólo supondría cumplir (aparentemente) con el segundo de los criterios para acceder al listado del artículo 22.4ª CP. Por ello, vale la pena analizarlas. Comencemos por la edad[453] y la situación familiar.

---

[451] *Vid*. ampliamente FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit*., pp. 304-307.

[452] Evidentemente, entendida de forma análoga a las demás condiciones personales que enumera el precepto, la condición económica no sólo abarcaría los supuestos de *aporofobia*, sino también aquéllos que podríamos ejemplificar con el estribillo del grupo Def Con Dos "*disparo a la cabeza del millonario/blanco humano, blanco perfecto/soy el mata-ricos libertario*" ("Blanco Perfecto", *De poca madre*, 1998).

[453] Es curioso que se proponga como circunstancia agravante cometer el delito motivado por una emoción negativa hacia la edad de la víctima, habida cuenta de lo que preveía la extinta circunstancia agravante del artículo 10.16 ACP; cuya última versión en vigor rezaba: "*Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso.*" Desde luego, difiere el fundamento de aquella agravación del que aquí sostenemos para el artículo 22.4ª CP, pero se antoja de recibo recordar algunas cuestiones. Para empezar, señalaba la STS de 30 de abril de 1990, MP Fernando Díaz Palos: "*Por lo que se refiere a la agravante de desprecio de la edad , ya está mostrando en su misma semántica el fundamento de protección penal que la justifica y que no es otro que el ultraje, la falta de respeto a la ancianidad como en sentido cronológico opuesto sería la falta de consideración que se debe a la infancia; elemento moral muy distinto del meramente físico dimanante de la debilidad y que es el que cubre la agravante de superioridad y en mayor grado la de alevosía, por lo que ya se comprende también que la agravante de que ahora se trata viene a ser producto de un estadio cultural más avanzado en el que uno de los valores más destacados es la protección tanto de la vejez como de la infancia.* […] *En consecuencia, si la edad, a diferencia del sexo, mentado expresamente por el artículo 14 de la Constitución Española, sigue siendo un elemento diferencial, tras la reforma de 1983, es porque así lo ha entendido el legislador como fundamento razonable a tenor de lo dicho, por lo que no puede tacharse de inconstitucional la agravante genérica de que se trata, tanto más que concurren los requisitos exigidos por el tenor de aquélla y doctrina jurisprudencial que la interpreta como son, el elemento objetivo del respeto debido por razón de edad y el subjetivo conocimiento del procesado de que con su conducta atentaba contra tal respeto obligado*". Un argumento *a maiore* de dicha constitucionalidad lo facilitaba la STS nº 1764/1994, de 10 de octubre, que insistía en que nos encontrábamos ante una mayor gravedad por la mayor vulnerabilidad del sujeto (del estilo de nuestro actual artículo 180.3 CP): "*esta Sala viene declarando que el «plus» agravatorio que se encierra en el menosprecio de la avanzada edad de la víctima del delito no es incorporado a la circunstancia debatida como una simple tutela del estado físico de mayor vulnerabilidad y debilidad -que teóricamente lo que podrían fundamentar es un abuso de superioridad- sino como protección de un «status» sociológico que asocia o vincula a estas categorías un particular respeto [Sentencia de 20 febrero 1993], que el agente olvida o menosprecia con su acción, al agredir a quienes por encontrarse en el último tramo de sus vidas merecen más ayuda, más comprensión y más respeto [Sentencia de 2 abril 1993]. Con lo que, de un lado, el menosprecio de la edad*

La posibilidad de entender que existe discriminación por razón de la edad es muy controvertida en el ámbito de la justicia distributiva, ya que no puede hablarse de efectos discriminatorios por el simple hecho de que se limite el acceso a la función pública por razón de la edad (STC Nº 37/2004, de 11 de marzo, MP Jorge Rodríguez-Zapata Pérez). Lo mismo puede decirse en lo que respecta a la situación familiar, ya que se han admitido diferencias en régimen de pensiones entre quienes están casados y quienes sólo ostentan convivencia *more uxorio* (así, ya la STC, Pleno, nº 29/1991, de 14 de febrero, MP Francisco Tomás y Valiente). No obstante, daremos a efectos discursivos por válido que cumplen con el segundo criterio de cara a su inclusión en el listado del artículo 22.4ª CP.

Pasando al primer criterio (el prejuicio histórico hacia esas condiciones), genera dudas la plausibilidad de que alguien actúe motivado por odio discriminatorio hacia la edad o la situación familiar de su víctima. Estaríamos hablando de un sujeto que cometiera un delito motivado por su deseo de causar un mal a su víctima, por ser su condición personal representativa de un estereotipo de los casados, de los niños, de los divorciados o de los ancianos. Partiendo de que dicho sujeto fuera imputable – pues, de lo contrario, no nos interesa estudiar la posibilidad de que se le aplique el artículo 22.4ª CP[454] -, no parece que esas condiciones den lugar a estereotipos tan evidentes y tan negativos para generar

---

avanzada no puede quedar consumido por la lesión a la integridad o a la vida, como la Sala «a quo» postula, pues es un «plus» que hace precisamente más rechazable y grave tal tipo de agresiones al dirigirse contra personas que merecen especial respeto". Como señalara LATORRE LATORRE, *Introducción al Derecho*, 1999, p. 86 - nótese que se trataba de un razonamiento general sobre el hecho punible, que mantuvo el autor incluso derogada esa circunstancia agravante -, no es lo mismo el desprecio a la víctima porque lleve un traje azul que porque tenga edad muy avanzada o sea un niño. Pero, desde el fundamento que aquí se maneja para el artículo 22.4ª CP, no se trataría ya de consagrar un respeto a la vulnerabilidad por razón de una determinada condición personal, sino precisamente de lo contrario: reafirmar que todos somos iguales con independencia de la edad que tengamos. Lo que ocurre, como veremos, es que dado su carácter mutable, la edad parece no ser capaz de incidir tan fuertemente en nuestra identidad personal como otras de las condiciones enumeradas por el artículo 22.4ª CP.

[454] STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre: "*se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4 con las atenuantes, si bien en supuestos de perturbación psíquica o alteración emocional será necesario que se acredite que el acusado tuvo conciencia del móvil discriminatorio*".

un prejuicio suficientemente potente, *por sí sólo*, como para motivar la comisión de un delito. El prejuicio en esos casos parece ir más bien vinculado a estereotipos "infantilizadores" (los niños son un desastre, los solteros viven sin preocupaciones, etc.; quizás con la excepción de los ancianos como "fuente de gasto vía pensiones", aunque siempre desde la cautela de que es un fin deseable, incluso para quien tenga tal prejuicio, "llegar a viejo"). Normalmente, tal clase de prejuicio no motivará por sí solo un delito, al menos, si no va combinado con el odio discriminatorio hacia una de las condiciones que ya menciona el artículo 22.4ª CP: a los niños *inmigrantes*, etc. Es decir, requiere un particular esfuerzo imaginativo concebir esos crímenes de odio. No obstante, admitamos, nuevamente a efectos discursivos, que ambas cumplen el primer criterio. En efecto, los dos primeros criterios parecen ser – desde nuestro planteamiento – más bien indiciarios, mientras que los dos segundos se encuentran en el núcleo del fundamento para una posible inclusión en el listado del artículo 22.4ª CP. Y ahí, realmente pueden surgir dudas.

Estas dos condiciones comparten una característica con algunas de las enumeradas por el artículo 22.4ª CP (sexo y nacionalidad): forman parte del estado civil (más bien, de los estados civiles) de la persona[455]. En este sentido, como ya señalara PACHECO, el estado civil "*comprende todo lo que respecta a la condición social de las personas*" (incluidos nombre, derechos y obligaciones de

[455] No nos extenderemos sobre el debate existente en el ámbito jurídico-civil acerca de los elementos que integran este concepto. Tampoco, sobre la reinterpretación de "estado civil" desde el prisma penal, y la mayor o menor importancia de aquella accesoriedad jurídico-civil a esos efectos. Ahora sólo, bastará con señalar que el artículo 1 de la Ley sobre el Registro Civil enumera como posibles estados civiles el nacimiento, la filiación, el nombre y apellidos, la emancipación y habilitación de edad, la modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos, las declaraciones de ausencia o fallecimiento, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley, el matrimonio y la defunción. A partir de aquí, con el fin de discernir cuáles de estos elementos forman parte del estado civil desde la perspectiva penal, bastará admitir con DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "Delitos contra el estado civil de las personas", BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 1995, p. 325; que son muy diversas las situaciones (nacionalidad, matrimonio, filiación, etc.) que dan origen al estado civil de una persona, o visto desde el prisma inverso, que son muchas las formas en que un estado civil puede manifestarse (como enumera la SAP de Madrid nº 114/2006, Sección 1ª, de 23 de Marzo, algunas de ellas pueden ser el nombre y los apellidos, la filiación, la nacionalidad o la patria potestad).

familia, y posición del individuo en el Estado y en la sociedad)[456]. Esto es: incluida la situación familiar, que contempla como causa de discriminación algún precepto de nuestro Código (artículos 511, 512 o 314 CP), pero no su artículo 22.4ª. La cuestión que ahora se plantea es determinar si, constando algunos de estos elementos del estado civil enumerados en el artículo 22.4ª CP, sería procedente añadir en un futuro la referencia al estado familiar matrimonial o a la edad, constando estas dos condiciones ya reconocidas (con muchos matices) como posibles causas de discriminación en el ámbito de la justicia distributiva.

Si los estados civiles son condiciones *sociales*, y el listado del artículo 22.4ª CP se compone de condiciones *personales*, parece que no por el hecho de formar parte del estado civil de la persona (esto es: de incidir en su identidad, pero sólo como una suerte de "etiquetado" para desenvolverse administrativamente en el Estado) puede hablarse de que cumplan con los requisitos exigidos para formar parte del listado del artículo 22.4ª CP. En efecto, pese a las iniciales dudas, debemos afirmar que no parece que estemos ante condiciones que los cumplan, esencialmente los dos últimos; relativos a su vocación de *permanencia* y a la capacidad de elección respecto de los mismos, como *condiciones no circunstanciales*:

a. La edad, por esencia, es mutable: no es algo perenne, aunque no se elija. Por otro lado, ello también implica que los límites de los grupos de edad son difusos. Puede parecer más sencillo afirmar que un sujeto *es* niño o *es* anciano, pero ¿cuándo dejan/comienzan a serlo? ¿Cuándo se *es* – *incidiendo ello en la identidad personal* – "de mediana edad", "joven adulto" o adulto "a secas"? Esta ausencia de carácter permanente determina que no incida en la identidad personal de la misma manera que las condiciones que enumera el artículo 22.4ª CP, por lo que cabría descartar la posibilidad de su inclusión.

[456] PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código Penal comentado y concordado*, 1856, p. 209.

b. La situación familiar, en lo que respecta a casarse, vivir como pareja de hecho, separarse o divorciarse, se elige libremente, salvo en casos de viudedad e inicial soltería. Es cierto que la vocación de permanencia de la condición es mayor que la de la edad, pero no deja de ser ante todo circunstancial: el soltero sabe que puede volver a casarse, el viudo que puede volver a hacerlo.

Debemos por ello descartar que la edad o la situación familiar se encuentren en pie de igualdad con las condiciones que enumera el precepto, y por ello desaconsejar que sean incluidas en el listado. De hecho, respecto de la situación familiar, ya fue señalado que el Legislador se había excedido al incluirla en otros preceptos del Código:

> "*No tiene sentido que la condición familiar se equipare a la raza o a la ideología y se olviden, en cambio, otros factores personales* […]. *Piénsese, por ejemplo, en las situaciones económicas*".[457]

Evidentemente, esto no implica que careciera de fundamento haber incluido la situación familiar (pudiera haber sido procedente incluirla *junto a* la situación económica). Pero, una vez descartada la posible inclusión de aquélla, llega el momento de analizar la viabilidad de incluir, de *lege ferenda*, la situación económica. Efectivamente, parece que se encuentra en otro nivel. Los dos primeros criterios (que hemos denominado indiciarios) parece cumplirlos: se encuentra reconocida, sin ir más lejos, como causa de discriminación en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ("*patrimonio*"). Por otro lado, ha sido fuente de históricos prejuicios: tanto hacia quien se encuentra en la indigencia como hacia quien nada en la abundancia.

[457] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit.*, p. 246. Aunque la autora vincula la necesidad de que conste o no una condición enumerada a la existencia de discriminación hacia la minoría de que se trate por razón de dicha causa, su razonamiento es perfectamente válido para la postura que aquí se mantiene. Se trata de que la condición sea *personal*, ajena en la medida de lo posible a lo circunstancial y a lo elegido.

Los problemas nuevamente surgen al analizar los dos siguientes criterios. Parece obvio (especialmente si se trata de situaciones extremas) que la situación económica - prefiriendo este término al de patrimonio, más vinculado a los bienes que la víctima pudiera tener a su nombre, lo cual carece de sentido si de motivaciones del autor hablamos - obviamente no depende *sólo* de nuestras elecciones. Sin embargo, también es cierto que un Estado liberal-democrático ha de admitir lo que en muchos casos es una ficción: la igualdad de oportunidades para mejorar de una situación económica a otra (de movilidad social, en definitiva). También, hay que admitir la posibilidad de que el sujeto con un inmenso patrimonio puede verse abocado a la pobreza.

Estas dudas se ven acrecentadas si partimos de que, dada la naturaleza circunstancial (más mutable) de la situación económica en comparación con las condiciones personales que ya menciona el precepto, surgirían importantes problemas de interpretación de ser esta incluida en el artículo 22.4ª CP. Por ejemplo, en casos extremos (cuando la víctima sea un mendigo, o un multimillonario) será posible identificar que existía un prejuicio hacia un estereotipo, que la motivación discriminatoria existía. Sin embargo, en casos menos extremos, no resultará en absoluto evidente: si un sujeto mata a otro porque siente envidia al ver que su casa es más grande, o asco porque no se cuida en el vestir, no podría admitirse ya la agravación al no cumplir en esos casos la circunstancia (relacionada con su situación económica) con los dos primeros criterios: no existe una tradicional discriminación, simplemente, hacia quienes tienen más o menos bienes o mejor o peor nivel de vida (un odio discriminatorio de la clase media-alta a la clase media-baja, por simplificarlo). Existiría un riesgo importante de interpretación expansiva. Llegado el caso, sería aconsejable que la condición personal fuera introducida con un tenor similar a "situación económica extrema". Aún así, tampoco llegaría a salvarse completamente el problema de definir cuándo dicha situación es extrema o no, debido al dilema derivado de la *gradualidad* del *status* económico.

Por lo tanto, aunque los galones con los que se presenta la situación económica para ser incluida en el listado son apriorísticamente mayores que los de la edad o la situación familiar, ese carácter mutable y esa ausencia de límites claros, que implican una no tan evidente incidencia en la identidad personal, nuevamente parecen desaconsejar su inclusión. Sin perjuicio de lo anterior, será deseable que cualquier posible inclusión futura en el listado sea objeto del debido debate, tanto doctrinal como parlamentario, del que no pudieron beneficiarse todas las condiciones personales actualmente enumeradas por el artículo 22.4ª CP.

Capítulo IV

La relación entre las emociones y el Derecho penal.

1. Problemática general.

A lo largo de las páginas que anteceden, hemos asumido el concepto de "odio discriminatorio", que partía de la noción aristotélica acerca de la emoción universal del odio.[458] Este "odio" vendría a ser el deseo de un mal, debido al prejuicio que el autor siente hacia el estereotipo configurado a partir de una de las condiciones personales de su víctima. Pero este deseo, como salta a la vista, no necesariamente ha de compadecerse con la real concurrencia biológica de lo que se denomina "odio"[459]. Desde luego, el artículo 22.4ª CP toma en consideración la motivación del autor para graduar su responsabilidad penal: venimos diciendo, en definitiva, que actuó *por odio discriminatorio*. Pero tiene más relevancia valorar el *prejuicio* de su motivación que el hecho de que actuara guiado por una concreta emoción. "Pesa" mucho más, a efectos del fundamento

---

[458] *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo II.1.

[459] *Vid*. con carácter general PUNSET CASALS, *El viaje al amor. Las nuevas claves científicas*, 2010, pp. 29-30 y 137; EL MISMO, *El viaje a la felicidad. Las nuevas claves científicas*, 2010, pp. 56-71; EL MISMO, *passim*., *El viaje al poder de la mente,* 2010, 250 pp. y EL MISMO, *Excusas para no pensar*, 2011, pp. 269-274. El odio, en tanto que emoción primaria universal, activaría el "sistema de recompensas del cerebro", concretamente el llamado núcleo caudado que forma parte de nuestro cerebro reptiliano (sistema límbico, formado por el hipocampo, la circunvalación del cuerpo calloso, el tálamo anterior y la amígdala). Esta es una similitud que guarda con el amor, pero conviene – biológicamente hablando – descartar la idea de que son emociones antagónicas. Es posible amar y odiar *al mismo tiempo* a una misma persona, facultad ésta que nos diferencia de los animales. Se trata de una curiosa circunstancia: tanto el odio como el amor son emociones muy primarias y universales (es decir, que tanto los animales como los humanos somos capaces de sentirlas, independientemente de nuestras influencias culturales). Esto hace que sean afines: tanto que, por ejemplo, resulta difícil diagnosticar la concurrencia de odio, sin riesgo a equivocarse pensando que es amor. Ambas transcurren por circuitos similares, como el putamen o la ínsula. Ello permite diferenciar al odio de otras emociones afines, como el miedo. Pero no significa que no pueda distinguirse la reacción biológica del odio de la del amor: éste tiene un efecto inhibitorio en el organismo respecto de otros sentimientos, aquél no. Dicho de forma elocuente, la guerra hay que prepararla. A nivel jurídico, si lo que buscásemos fuera la efectiva concurrencia de odio en quien cometió un crimen de *idem*, evidentemente las dificultades serían de gran envergadura. La única ventaja a estos efectos sería que el odio biológico (técnicamente, sería más correcto referirnos a su "resorte", como puede ser entendido el prejuicio respecto del odio discriminatorio) es perdurable en el tiempo.

que proponemos para el artículo 22.4ª CP el aspecto discriminatorio que el aspecto emocional del motivo[460]. No se aplica la agravante porque la emoción del autor fuera "odio" en lugar de "asco", sino porque era *discriminatoria*; por su carácter *prejuicioso*.

Por ejemplo: supongamos que un sujeto no se dedica a matar a víctimas homosexuales porque "les odie". Puede que no lo considere un mal, puede que en su fuero interno rija la *compasión*: para él, quizás son sujetos enfermos, imposibles de redimir, que causan un mal a la sociedad. La muerte, en ese sentido, podría ser considerada un bien, una liberación[461]. O supongamos que el sujeto actúa por el *asco* que le produce contemplar a dos sujetos del mismo sexo dándose un beso. En ambos supuestos[462], puede que no se produjera en el cerebro del autor la reacción biológica correspondiente al odio. También es posible que, en su fuero interno, el autor creyera que estaba haciendo un bien a su víctima, quizás porque dado su prejuicio considerara que la condición personal de la víctima que motivó su delito hacía que fuera menos que una bestia y por ello necesitada de ser "sacrificada". A efectos del artículo 22.4ª CP, todo ello resultaría irrelevante, ya que actuaría en todo caso "por motivos discriminatorios". De hecho, a eso se refiere el precepto, pues el artículo 22.4ª CP no menciona expresamente la emoción del "odio". Así las cosas, cabe plantearse por qué hemos mantenido la referencia al "*odio* discriminatorio", cuando quizás hubiera sido posible catalogar a esta clase de motivaciones como "*prejuicios* discriminatorios".

---

[460] Por eso se prefiere en muchas ocasiones la denominación *bias crimes* frente a la de *hate crimes* en el debate estadounidense, *vid*., *supra*, Primera Parte, Capítulo II.4.

[461] Como ya expusiera, en 1790, WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Man & A Vindication of the Rights of Women*, 2008, p. 85: "*No man chooses evil because it is evil. He only mistakes it for happiness, the good he seeks*".

[462] En ambos ejemplos, se asume la tesis de NUSSBAUM, *From disgust to Humanity. Sexual orientation and Constitutional law*, 2010, p. 13 y ss.; conforme a la cual tanto el asco como la compasión son emociones que se originan en el aprendizaje social. Siendo así, es evidente que pueden estar condicionadas por un prejuicio (véase, un aprendizaje incompleto que no permite tener una creencia debidamente fundamentada, *ergo* que supone que sea prejuiciosa).

Dos son las principales razones por las que esta opción fue descartada. De un lado, porque la expresa referencia al odio nos sirve para tener presente que es en el debate estadounidense donde surge el *animus model* legislativo de crímenes *de odio* en el que se inserta esta agravante, y que allí se inicia el debate *del odio* acerca de su fundamento. Sin embargo, la propia doctrina estadounidense ha admitido que prima más el prejuicio (*bias*) que la emoción específica que sienta el autor a la hora de delimitar conceptualmente esta clase de crímenes. La mención al "odio" en los *hate crimes* constituye, pues, una suerte de sinécdoque: con la referencia a esta concreta emoción, se pretende representar el conjunto de emociones y actitudes que motivan la conducta del autor, siempre que en las mismas se encuentre un componente prejuicioso y discriminatorio. Puesto que el debate anglosajón ha mantenido esa mención al "odio" a pesar de asumir que se trata de una mera convención, lógico parece mantenerla aquí, a efectos de una institución jurídica que deriva de uno de los modelos legislativos objeto de dicho debate. Pero no es únicamente el reconocimiento hacia su origen histórico lo que aconseja mantener la referencia al *odio* discriminatorio respecto del artículo 22.4ª CP. Con independencia de cuál sea la emoción que concurra realmente en el cerebro del autor cuando actúa debido a estas motivaciones, lo innegable es que existe un componente *emocional*.[463] El deseo de cometer un delito debido al prejuicio hacia un

[463] En psiquiatría forense se admite que lo que incide en "nuestra forma de odiar" – entendido el odio en el sentido en que lo empleamos al hablar de "odio discriminatorio" - es la afectividad; esto es, "*el conjunto de emociones, sentimientos, estados de ánimo e impulsos que impregnan los actos humanos*". Aunque carece de sentido, a efectos didácticos se suele dividir en parcelas la afectividad. Al encontrarse el odio entre los "estados afectivos más elaborados, más duraderos", puede catalogarse como "*sentimiento*" en lugar de cómo "*emoción*" *stricto sensu*. Partiendo de la teoría de las emociones dominante, lo cierto es que no se entienden las emociones, tampoco el odio discriminatorio, como "elementos unitarios", sino como fenómenos dinámicos, compuestos de varios componentes. En nuestro caso, lo que motivaría el delito sería un particular estado afectivo, que venimos denominando odio discriminatorio. Por supuesto, será imposible saber a ciencia cierta si el odio realmente concurría en el cerebro del autor. Lo esencial es que nos encontramos ante una emoción compleja, compuesta de diversos elementos entre los que sobresale el prejuicio hacia un estereotipo. En cualquier caso, este estado afectivo opera a la hora de conformar el acto volitivo. Así, "*el objetivo de un acto voluntario está fundamentado en un interés profundo, que son las motivaciones o los móviles. La motivación es la fuerza y energía interna que activa el comportamiento*". Por ello, no puede negarse que actuar por motivos discriminatorios implica actuar guiado por una determinada emoción. *Vid*. KARSTEDT, "Emotions and Criminal Justice", *TC*, 2002, pp. 299-317 y CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Tratado… op. cit.*, pp. 116-127.

estereotipo representado por la víctima supone *odiar* a la víctima, desde una concepción aristotélica de lo que es "el odio". Y si nos refiriéramos a estas motivaciones aludiendo únicamente al componente cognoscitivo (el prejuicio), estaríamos evitando entrar en un problema adicional derivado de agravar la responsabilidad del autor por sus motivaciones: que ello supone responsabilizarle de un acto guiado por una emoción. Ciertamente, si identificamos esta emoción con el *odio*, será sólo para incidir en su carácter emocional, con independencia de que biológicamente concurra realmente, por ejemplo, asco[464]. Pero ello no obsta para que siga siendo un acto necesariamente emocional. De hecho, desde el comienzo del *hate debate* se asumió por parte de diversos autores que la mención al odio habría de entenderse referida al odio discriminatorio, desde la concepción aristotélica, descartando la ilusión de lograr probar qué reacción química se había realmente desencadenado en la mente del autor[465]. Mas este odio discriminatorio, sea o no biológicamente "odio", es una emoción.

Como cualquier emoción, tiene el inconveniente de que es una realidad subjetiva, que sólo podrá ser contrastada objetivamente a través de indicios. Sin embargo, no podría existir el sistema penal sin atender a las emociones del autor[466]. Ello no supone obviar que la relación entre las emociones y el Derecho penal ha estado tradicionalmente marcada por la polémica. En particular, si

---

[464] Resulta más coherente, en mi opinión, preferir que la emoción de referencia en el caso del artículo 22.4ª CP sea el "odio", al margen de que algún legislador, como el belga, al establecer subtipos penales agravados (última redacción mediante Ley de 10 de mayo de 2007, encaminada a la lucha contra algunas formas de discriminación) hayan decidido aludir también a otras, como el desprecio.

[465] *Vid*. MORAN, "Law and Emotion, Love and Hate", *CLI*, 2001, pp. 747-784.

[466] Como señala GONZÁLEZ LAGIER, "Buenas razones, malas intenciones", *Doxa*, 2003, pp. 32-33 y 93: "*Mis dolores, temores, odios, deseos y creencias son exclusivamente míos, por lo que yo puedo ser consciente de mis estados mentales, pero no de los de otros, ni otros pueden serlo de los míos. En opinión de Searle se trata más de una subjetividad ontológica que epistemológica: "Consideremos, por ejemplo, el enunciado 'tengo dolor de espalda'. Tal enunciado es completamente objetivo en el sentido de que lo convierte en verdadero la existencia de un hecho real y no depende de las actitudes de los observadores. Sin embargo, el fenómeno mismo, el dolor real mismo, tiene un modo subjetivo de existencia"* […] *La atribución de intenciones requiere la atribución de otros estados mentales: las creencias y, en algunos casos, también las emociones. Dado el holismo de lo mental, no es posible la prueba de un hecho psicológico que no requiera la prueba de otro estado mental. Pero si prescindimos de los estados mentales sólo podremos entender las acciones como movimientos corporales y el sistema penal aparecería entonces como un sistema referido a entidades ficticias (las acciones)."*

admitimos que a la comisión de un delito por motivos discriminatorios subyace un componente emocional, pudiera ser que dicha emoción le impidiera haber actuado libremente. Al no derivar su delito de una acción libre, no podría responsabilizársele por ese hecho; al menos, siempre que – partiendo de una teoría mínimamente consensual de la pena, entendida tradicionalmente como "regla universal" por la psiquiatría - admitamos que la responsabilidad penal es consecuencia de una acción voluntaria, entendida como acción no constreñida[467]. ¿Supondría el odio discriminatorio realmente una limitación de esa libertad?

Para empezar, recordemos la clásica distinción entre emociones y pasiones. Empleando el conocido símil del agua, las primeras romperían con violencia los diques de la Razón, mientras que las segundas serían un torrente duradero que excavaría su lecho y discurriría por él. Nuestra práctica jurisprudencial ha atendido tradicionalmente a esta distinción, precisamente para evaluar si podría ser de aplicación o no a un sujeto la circunstancia atenuante de arrebato (hoy artículo 21.3ª CP).[468] Pues bien, lo que venimos denominando "odio discriminatorio", al ser un "sentimiento" duradero, a efectos de la clásica diferenciación se consideraría "pasión", incluso la pasión por excelencia[469]. El hecho de que sea duradera, aunque pueda suponer que sea difícil deshacerse de ella, también implica que un delito motivado por odio no tiene por qué ser irreflexivo y espontáneo. Su carácter emotivo (el deseo de un mal, que induciría al movimiento) no estaría reñido con cierto aspecto pausado, reflexivo, en definitiva: *racionalizado*. Siendo así, el odio discriminatorio podría agravar la responsabilidad penal, ya que el autor podría en gran medida racionalizar su estado pasional: podría controlarlo, podría decidir no cometer el delito por su

---

[467] *Vid*. NINO, *Los límites… op. cit.*, p. 351 y ss. Así se refería a esta "regla universal", como presupuesto de la *mens rea,* el psiquiatra BROMBERG, *La psicología… op. cit.*, p. 29: "*El hombre posee la capacidad de elegir su camino y todo hombre es responsable cuando la elección es desafortunada o, en otras palabras, se convierte en sujeto punible por aquella elección torcida que los códigos penales definen como "crímenes"*".

[468] Ampliamente, PALOMO DEL ARCO, "Los estados pasionales"… *op. cit.*, p. 168 y ss.

[469] *Vid*. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, 2008, p. 196 y ss.

pasión – incluso aunque no pudiera librarse de ella -; sería *libre* si se deja guiar por su pasión.

Aunque en el momento mismo en que cometió su delito estuviera su voluntad "infectada" por el arrebato emocional, esa emoción vendría de antes – al ser duradera -: existirían momentos previos a la propia comisión del delito en el que pudo haber racionalizado su pasión y decidir modular su prejuicio, educarse conforme a las reglas que rigen en Democracia, calmar sus instintos y no cometer por ese motivo el delito. Pero este presupuesto de aplicación del artículo 22.4ª CP quizás no sea plausible.

Los avances experimentados en tiempos recientes en el campo de la Neurociencia no han hecho más que aumentar esa conflictiva relación entre las emociones y el Derecho. Una interpretación de dichos avances ha afirmado que el libre albedrío es una ficción, que los avances experimentados demostrarían que todas nuestras acciones están determinadas, que somos inconscientes esclavos de nuestras pulsiones neuronales: que no somos libres. Así, esta ausencia de libertad, esta incapacidad de acción *realmente* voluntaria, "*tendría consecuencias también a nivel penal, ya que las penas están ligadas a la imputabilidad y culpabilidad. Y, además, la falta de libertad conllevaría la ausencia de responsabilidad y culpa, de manera que se cuestionaría la existencia misma del pecado*". Es decir: la atribución de responsabilidad a un sujeto requiere como presupuesto lógico su libertad de decisión. Si esa interpretación de los avances neurocientíficos está en lo cierto, no deberíamos solamente plantear la imposibilidad de agravar la responsabilidad penal de un sujeto debido a que actuara conforme a una determinada motivación que no controlaba, sino la imposibilidad misma de imponer sanciones a un ser humano.[470] No por ser demasiado apresurada esa conclusión, debe negarse que los avances en neurociencias pudieran afectar a nuestra tradicional concepción de las emociones y la responsabilidad penal.

---

[470] *Vid*. RUBIA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica,* 2009, *passim.*, cit. p. 17.

En particular, para lo que aquí interesa, pueden afectar al fundamento de instituciones jurídicas, como el propuesto para el artículo 22.4ª CP, que justifiquen su razón de ser recurriendo a tesis con algún componente retributivo. Los avances, a decir de algunos neurocientíficos, exigirían cambiar fundamentos retributivos por fundamentos utilitaristas, asentados en la prevención especial y el "tratamiento neurológico" del delincuente. Obviamente, si la conducta del delincuente está predeterminada, los fundamentos retributivos, que "miran al pasado", carecerían de sustento: no puede reprocharse una acción inevitable, sino plantear cómo puede prevenirse en el futuro[471]. Así, no se podría reprochar al autor de un delito que su motivación al cometerlo fuera contraria al principio de igualdad, ya que estaba predeterminada: no podría reprochársele *nada*. Si este fuera realmente el caso, el fundamento anteriormente propuesto para nuestra circunstancia agravante carecería entonces de suficiente envergadura. Retomando una clásica idea expuesta por ANTÓN ONECA, si la responsabilidad consiste en sancionar a quien pudiendo elegir un móvil para su conducta escogió otro, entonces es necesario que el sujeto tenga la posibilidad (el libre albedrío) para cometer un delito por odio discriminatorio, o controlar ese odio y no cometer el delito. Hasta hace bien poco, esta eterna discusión propia de la teodicea podía zanjarse afirmando que "*tan indemostrable como el libre albedrío lo es el determinismo*"[472]. Pero ahora los avances neurocientíficos sugieren que, quizás, el determinismo no sea tan difícil de probar[473].

Nos encontramos en un debate que todavía no tiene visos de conclusión. Son varias sus posturas, si bien podríamos dividirlas en dos grandes bloques. De un lado se encuentran (ROTH, MERKEL) quienes sostienen que los avances

---

471 *Vid*. PÉREZ MANZANO, "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", *InDret*, 2011, p. 4 y ss.

472 *Vid*. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, 1996, p. 90 y ss.

473 Tampoco es esta una nueva cuestión. Al hilo de la anterior referencia a la teodicea, como señalara DORADO MONTERO, *Nuevos derroteros penales*, 1905, p. 74 y ss., la cuestión del libre albedrío y el determinismo era tan oscura que ni siquiera podría concebirse un Ser Supremo, de existir, que fuera realmente libre: sería esclavo de su propia naturaleza, fuera cual fuere ésta (omnipotente, demiurga, etc.).

neurocientíficos demostrarían que la libertad es un autoengaño. A la vista de diversos estudios, concluirían que no existen decisiones voluntarias y racionales que sean libres: no pueden explicarse nuestras acciones sin tomar en consideración los motivos inconscientes que se generan en nuestro sistema límbico. Estas motivaciones, que explican la acción, pueden no ser "queridas" por nosotros, aunque nuestro cerebro provoque en nosotros tal creencia. Se trataría de decisiones, y con ello de acciones, predeterminadas por las partes subcorticales de nuestro sistema. Esto, como puede intuirse, afecta de forma directa a la culpabilidad penal. De otro, autores como PRINZ sostienen que hay que distinguir entre el "determinismo en la realidad" y la "libertad en la percepción". Es decir, que la libertad de voluntad es un constructo social, pero no por ello inexistente: actúa sobre la estructura de la colectividad en la que los individuos se socializan. Sobre esta noción de libertad no tendrían tan radical incidencia los avances neurocientíficos: la libertad - la posibilidad de evaluar los estados personales del sujeto - vendría configurada, como señala SINGER, conforme a percepciones desde el punto de vista de un tercero. Se trataría de "*una dimensión ontológicamente distinta a la material si la entendemos con el estatus de realidades sociales, constructos culturales e imputaciones, que deben su existencia a las interacciones entre seres humanos*"[474].

En este Capítulo, comprobaremos si no es posible sostener el fundamento propuesto para el artículo 22.4ª CP, no ya en estrictos términos de Teoría de Justicia, sino porque no se pueda responsabilizar a nadie de sus emociones. A tal efecto, partiremos de la distinción efectuada por NUSSBAUM y KAHAN en su esencial trabajo sobre el papel de las emociones en Derecho penal, diferenciando los enfoques mecanicista (*mechanistic*) y evaluativo (*evaluative*)[475], con el fin de analizar la afectación al artículo 22.4ª CP que los avances en Neurociencias pudieran plantear.

---

[474] Para un mayor detalle sobre las principales posturas de este debate, *vid*. la brillante exposición de DEMETRIO CRESPO, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal", *InDret*, 2011, p. 2 y ss., cit. p. 12.

[475] KAHAN/NUSSBAUM, "Two conceptions of emotion in Criminal Law", *ChLR*, 1996, pp. 269-374.

2. La concepción mecanicista de las emociones humanas.

Esta perspectiva tiene una larga presencia en nuestra tradición cultural, y a la misma podrían adscribirse, con mayores o menores matices, autores como PLATÓN, GALENO, DESCARTES, HUME, KANT o FREUD. La idea subyacente consiste en considerar la emoción como un impulso irrefrenable, del que no podemos sustraernos. Analizaremos a continuación lo que ello podría suponer para el fundamento del artículo 22.4ª CP. Desde esta concepción mecanicista acerca de la naturaleza de las emociones humanas, no se nos podría responsabilizar por los hechos motivados por odio discriminatorio, al menos desde dos perspectivas[476]:

a. De un lado, desde una óptica "voluntarista": el odio discriminatorio, si fuera lo suficientemente intenso, haría que la razón, sencillamente, se nublara. Este podría ser el caso de un sujeto *skinhead* en el momento mismo en que se encuentra cometiendo un delito de odio, suponiendo que el desenfreno violento le hubiera hecho perder el control. Aquí no se valora si la emoción es "correcta" o no, sino únicamente su intensidad: de ser suficientemente intenso el odio discriminatorio, en tanto que emoción incontrolable, no se podría responsabilizar al autor por la motivación que guió su conducta.

b. De otro lado, añadiendo a la ecuación algún componente evaluativo respecto de la vivencia emocional del autor, tampoco una visión "consecuencialista limitada" permitiría la agravación si lo que provocó la reacción emocional fue una situación inesperada y extraordinaria, que no volverá a repetirse. En esos casos, el sujeto no revestiría peligrosidad y tampoco procedería la aplicación del artículo 22.4ª CP. Por ejemplo: un sujeto racista que, aunque normalmente no cometería un crimen de odio, ni ninguna clase de delito violento, no pudo controlar sus impulsos

[476] *Ibidem*, pp. 270-374.

cuando advirtió que una persona hacia cuya raza tenía muchos prejuicios le estaba robando el coche. Aunque aquí se incluyera cierta visión evaluativa de las emociones (evaluar si la situación fue extraordinaria o no), lo cierto es que respecto de la emoción misma no se pone en duda que si no se responsabilizara al autor sería porque el odio era *irrefrenable*.

La concepción mecanicista de las emociones parte, en definitiva, de que si el autor ha sido incapaz de controlarlas por ser demasiado intensas, no se le puede responsabilizar penalmente por ellas. Por lo tanto, el artículo 22.4ª CP sólo se aplicaría si el autor fue capaz de controlar el impulso emocional que suponía el odio discriminatorio en el momento en que cometió su delito. En el caso de delitos violentos cometidos por odio discriminatorio, normalmente no sería ese el caso, por lo que se excluiría la posibilidad de fundamentar la aplicación de la agravante en un buen número de supuestos. Evidentemente, esta imposibilidad deriva de que esta concepción de las emociones no atiende a ningún criterio mínimamente deontológico. Ahora, veamos si los avances experimentados en el campo de la Neurociencia nos permiten avalar esta concepción de las emociones humanas, como impulsos irrefrenables de los que no podemos ser hechos responsables. Es más: plantearemos si acaso el artículo 22.4ª CP *nunca* podría fundamentar su aplicación, porque las emociones que impulsan la comisión de un delito por motivos discriminatorios *siempre son incontrolables*.

Debemos comenzar reseñando que uno de los experimentos más significativos en el campo de la Neurociencia sobre la imposibilidad de controlar nuestras emociones se centró precisamente en el odio. Se trataba de un estudio sobre el TEI (Trastorno Explosivo Intermitente), una rara enfermedad en la que los pacientes experimentan una súbita emoción de odio (y otras emociones asociadas), lo cual degenera en conductas violentas padecidas por aquéllos en quienes proyectan su emoción. Transcurrido el ataque, la emoción de odio se ha

esfumado por completo y los sujetos muestran un profundo arrepentimiento. Los estudios demostraron que durante el TEI se había producido un comportamiento anormal de la amígdala[477]. Al margen de que en estos casos, al tratarse de una evidente anomalía psíquica, podría plantearse para el autor de un delito violento con TEI la eximente del artículo 20.1ª CP[478], el experimento parece demostrar dos cuestiones. La primera, que el odio en sí no es necesariamente duradero: puede ser una explosión irracional e irrefrenable (lo que perdura es la creencia, el resorte de ese odio), por lo que no necesariamente ha de ser siempre entendido el odio como una "pasión". La segunda, derivada de lo anterior, es que la afectación del odio discriminatorio al cerebro (en tanto que emoción, como mínimo, "asociada" al odio biológico) puede suponer una absoluta pérdida de libertad para controlar las pulsiones. Es decir, parece que quien actúa por odio discriminatorio podría no ser libre en absoluto cuando comete su delito.

Pero los avances neurocientíficos van más allá, llegando, con distintos matices, a plantear que estamos predeterminados a actuar de una determinada manera, y que este determinismo se encuentra en buena medida vinculado a nuestras emociones. A título indicativo, expongamos algunos aportes[479]. El 90 % de nuestras decisiones parecen provenir de las emociones. Las partes prefrontales de nuestro cerebro se desarrollan en la primera infancia y ello determina la forma en que nuestro cerebro reaccionará ante determinadas situaciones. Es decir, determina la forma en que nos dejaremos guiar por nuestras emociones,

---

477 *Vid*. DOZIER, *La haine. Comprendre et éliminer la haine,* 2003, p. 18 y ss.

478 Normalmente, nuestra jurisprudencia admite que el TEI implica la apreciación de la eximente incompleta. Así, la SAP de Barcelona nº 849/2011, Sección 3ª, de 3 de octubre, MP Fernando Jerónimo Valle Esqués y el ATS, Sala 2ª, nº 826/2012, de 3 de mayo, MP Joaquín Giménez García, que la confirma: "*el recurrente sufrió en el momento de los hechos un episodio de descontrol de impulsos compatible con un trastorno explosivo intermitente; pero que éste afectó levemente a su capacidad volitiva, apreciándose en consecuencia una atenuante*." El supuesto de hecho se refería a un sujeto que, tras ser increpado en un bar por la camiseta de un equipo de fútbol que vestía, prendió fuego al mismo. Se estimó la eximente incompleta del artículo 20.1ª CP en relación con el artículo 21.1ª CP. Al margen de la incontrolable emoción, lo que parece claro es que la creencia del autor (que su equipo de fútbol era merecedor del máximo respeto) era anterior a la explosión emocional.

479 *Vid*. PUNSET CASALS, *El viaje a la felicidad… op. cit.*, pp. 71-92; y EL MISMO, *Excusas… op. cit.*, p. 27 y ss.

en tanto que mecanismo para tomar decisiones cuando no tenemos mucho tiempo disponible. No quiere ello decir que un acto guiado por una emoción sea un acto irracional. La Neurociencia sostiene (así, EVANS) que las emociones son racionales: no hay decisiones sin emociones de por medio, así que en puridad lo irracional sería una decisión en la que las emociones no tuvieran ningún papel. Lo que sucede es que las emociones originan los procesos de decisión, en un segundo estadio aparecería la lógica y, para decidir la opción final, reaparecería la emoción para desequilibrar la balanza. Sin embargo, en situaciones en las que tenemos que reaccionar con rapidez, como por ejemplo sucedería si un sujeto racista se encuentra frente a otro de raza distinta a la suya y tiene que decidir si agredirle o no, la emoción "aceleraría" las cosas y – llevando al límite este planteamiento - tomaríamos *necesariamente* la decisión a la que nuestra emoción nos impulsara: no podría ese sujeto "racionalizar" que era preferible no cometer el delito. Desde esta óptica, cuando un sujeto adulto comete un crimen de odio, se vería necesariamente compelido a hacerlo por una emoción que dejó de poder controlar muchos años atrás, cuando concluyó el desarrollo de la parte prefrontal de su cerebro.

De un lado, ya hemos dicho que la forma en que gestionamos nuestras emociones viene determinada por nuestra primera infancia. Ciertamente, ello no obsta para que se hayan desarrollado técnicas de regulación de las emociones (SEL, en su acrónimo inglés): el problema es que parece que las aptitudes necesarias para asimilar correctamente estas técnicas nuevamente se adquirirían en la infancia. Puede que un sujeto cometa un crimen de odio porque su entorno no le permitió ser capaz de no tener esa emoción. Es decir, porque la configuración de sus creencias determinó que, ante ciertas situaciones, se apoderara de él el odio. Desde esta perspectiva, de aplicarle el artículo 22.4ª CP se le estaría responsabilizando por tener una emoción que no pudo controlar y que hace tiempo que dejó de ser capaz de aprender a controlar. Además, conviene recordar que existen muchas más conexiones y circuitos neuronales que van desde la amígdala al córtex prefrontal (gestor de la

lógica) que viceversa. Esto explicaría por qué el control de las emociones es muy difícil. Concretamente, pensemos que la amígdala, para desencadenar las emociones, recurre a la memoria. Pues bien, surge aquí el problema de que nuestra memoria está integrada por falsos recuerdos que el cerebro crea *ad hoc* para tomar una decisión rápida, cuando no tiene tiempo ni información disponible. Si a un sujeto se le acerca un hombre de otra raza, y en el pasado cree haber tenido algún altercado con alguien similar, su prejuicio hacia el estereotipo actuará como un resorte y podría llevarle a una reacción violenta que estaba predeterminada. A la vista de lo anterior, habría que revisar, no sólo la posibilidad de agravar la responsabilidad penal por unas motivaciones predeterminadas por nuestras experiencias pasadas (necesariamente dispares de uno a otro ciudadano), sino la posibilidad misma de imponer una sanción penal.

Si asumimos que nuestras acciones están predeterminadas, que el libre albedrío es una ficción; que, en definitiva, el acto consciente no es la causa del movimiento porque éste ya ha sido previamente fijado por procesos neuronales[480]; entonces debemos asumir que los actos guiados por nuestras emociones implican doblemente la imposibilidad de controlarlos. Si estamos considerando que el odio discriminatorio es el deseo de un mal, podríamos traer incluso a colación un conocido experimento de LIBET. *Grosso modo*, conforme al mismo, la decisión de mover un dedo (el deseo de hacerlo) se genera inconscientemente: la persona sólo lo percibe como un deseo consciente unas fracciones de segundo más tarde. De aquí, no sin polémica[481], se ha pretendido afirmar que la distinción entre conductas voluntarias e involuntarias

[480] Así, ROTH, "Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?", GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 66 y ss.

[481] Siguiendo las críticas ya efectuadas por MORSE, señalan PARDO/PATTERSON, "Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia", *InDret*, 2011, p. 24: "*Es incoherente adscribir la conducta voluntaria a procesos cerebrales.* […] *La tarea de* LIBET *implicaba movimientos de los dedos "al azar" que no suponían ninguna deliberación y sin motivación racional para realizar los movimientos específicos. Esto queda muy alejado de los problemas de comportamiento a los que se enfrenta la ley penal o la moralidad, que se refieren a una conducta intencional en contextos en lo que siempre hay una buena razón para abstenerse de dañar a otro o para actuar beneficiosamente. De hecho, en la actualidad resta abierta la cuestión de si el paradigma de* LIBET *es representativo de las acciones intencionales en general, pues utiliza comportamientos muy triviales*".

en Derecho penal carece de sentido, pues se tratan ambas de la reacción conjunta (y *no consciente*) del cerebro[482]. Siendo así, agravar la responsabilidad por las emociones del autor sería inconcebible: si su deseo no ha sido conscientemente deseado, no puede responsabilizársele por su odio discriminatorio.

Es más, los problemas crecen si nos detenemos y consideramos que la mayor parte de crímenes de odio son, a su vez, crímenes violentos. ¿Qué sucedería con el odio discriminatorio si, además de inconsciente ("involuntario"), derivara de un déficit cerebral? ¿Qué sucedería si esta involuntaria emoción es producto de un *determinado* – valga el término – desarrollo del sujeto, de *sus circunstancias genéticas*, que le impulsan a la violencia, que a su vez se encauza a través de dicho odio? Como señala DEMETRIO, el dilema de responsabilizar por ello al sujeto (de exigir responsabilidad penal por la comisión de delitos violentos y, a nuestros efectos, de agravar las de aquéllos que sean "de odio") es claro:

> "*Lo curioso es que el Derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficit psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga más severamente cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado asimismo empíricamente problemas mentales de considerable importancia. En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbito frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales. Junto a estos déficit cerebrales pueden apreciarse asimismo modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuro-moduladores dopamina y serotonina, que juegan un papel muy importante en el control de los impulsos. Si bien los déficit en el sistema de la serotonina están condicionados en buena medida genéticamente, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc). Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia. Según las tesis expuestas en estos casos se imputa responsabilidad penal por la mera personalidad, por el hecho de haberse convertido en quien se es (So-Gewordensein) ya que aquí no se puede invocar ante los tribunales esta*

[482] DENNO, "Crime and Consciousness: Science and Involuntary", *MLR*, 2002, pp. 269-399.

circunstancia, a diferencia de aquellos casos en los que se observa una variación brusca y repentina del comportamiento debido a una causa externa (por ejemplo, la aparición de un tumor, o un daño cerebral grave como consecuencia de un accidente)."[483]

Si no pudo el sujeto actuar de otro modo, podría entenderse que no puede hablarse de culpabilidad. Es más: si existe la duda acerca de si no pudo actuar de otro modo, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no podría exigírseles *nunca* responsabilidad penal a los delincuentes violentos.

Así las cosas, puede concluirse:

a. desde la concepción mecanicista de las emociones humanas, es la ausencia de intensidad (derivando de ello la capacidad de control de la emoción en el momento de comisión del delito) lo que determina que pueda responsabilizarse por ella a un sujeto;

b. los avances neurocientíficos demostrarían que quien actúa guiado por una emoción no puede actuar de otra manera, no es libre: su emoción, en definitiva, le compelía a realizar el delito que cometió; *ergo*

c. no puede responsabilizarse a quien comete un delito por odio discriminatorio. Si alguien se encuentra en la situación descrita por el artículo 22.4ª CP, sólo podría excluirse o atenuarse su responsabilidad penal (suponiendo que aún fuera posible hablar de imposición de penas). No sería viable establecer imponer la pena prevista en el marco punitivo del delito en la mitad superior debido a esas motivaciones, ya que sencillamente no pudo el autor controlar la comisión misma del delito, que estaba predeterminada.

Este panorama resulta desolador para el fundamento del artículo 22.4ª CP aquí propuesto. Al suponer la comisión de un delito "por motivos discriminatorios"

[483] DEMETRIO CRESPO, "Libertad de voluntad… *op. cit.*, p. 15.

cometerlo guiado por una emoción, no podría responsabilizarse al autor de tal conducta al no ser libre para actuar de otro modo. De hecho, esta perspectiva neurocientífica "dura" implica que el sistema penal de sanciones (agravadas o no) carece igualmente de sentido, pues los sujetos que cometen un hecho típico estaban predeterminados para cometerlo. Sin embargo, pudiera ser que esta óptica esté obviando algún aspecto esencial acerca de la relación entre el Derecho penal y las emociones.

Con el fin de validar la viabilidad de esta hipótesis, efectuaremos a continuación otra aproximación distinta al papel que pueden cumplir las emociones en Derecho penal: una aproximación evaluativa, que no atiende a la intensidad de la emoción sino a su aspecto intelectivo (de conformidad con el fundamento propuesto para el artículo 22.4ª CP: a su valoración conforme a los principios que rigen nuestro Estado liberal democrático). Si asumimos que es la evaluación de la emoción, y no su intensidad, lo que explica que el Derecho penal la tenga o no en cuenta como eximente, atenuante o agravante; podremos entonces efectuar una segunda aproximación sobre la posibilidad de responsabilizar a quien actúa por odio discriminatorio. Esa aproximación no supondrá en modo alguno negar que sólo pueda responsabilizarse por la comisión de un delito motivado por una emoción a quien era libre para no cometerlo. Pero quizás esa *libertad* no tenga que entenderse en términos neurológicos. A mayores, quizás no tenga que ir referida al momento en que se comete el delito, sino al momento en que se configura el resorte de la emoción. Una libertad referida a tener un prejuicio de índole tal que en determinadas circunstancias genere una incontrolable emoción de odio discriminatorio, capaz de suponer por sí misma la comisión de un delito. Hemos dicho que las técnicas de control de las emociones se desarrollan en la infancia. Pero puede que aunque sea muy costoso eliminar totalmente ese prejuicio, sea posible que el sujeto lo module, lo controle de forma acorde con los valores que rigen la sociedad en que se desenvuelve; de modo que, a pesar del sentido en el que apuntan los ya mentados avances neurocientíficos, sea posible responsabilizarle

por la comisión de un delito y aplicar el artículo 22.4ª CP manteniendo su fundamento, aquí propuesto, desde la Teoría de Justicia. Lo anterior, como hemos dicho, partiendo de una concepción no mecanicista de las emociones humanas, que a continuación abordaremos.

3. La concepción evaluativa de las emociones humanas.

No es cuestión baladí la importancia del aspecto evaluativo de las emociones, si de agravación de la responsabilidad penal estamos hablando:

> "*si la motivación juega como agravante, parece más lógico otorgar preponderancia al aspecto intelectual, porque resultaría difícil de justificar un incremento de la reprobación penal únicamente por los impulsos desviados del autor*".[484]

En efecto, frente a la concepción mecanicista del papel de las emociones en Derecho penal, se alza la llamada concepción evaluativa, que otorga una gran importancia al componente cognitivo de aquéllas. Desde luego, no se trata de una concepción surgida de la nada, ya que bebe de la tradición estoica y aristotélica. Conforme a la misma, para valorar la posibilidad de que no se pueda responsabilizar a alguien por sus emociones, afirman KAHAN y NUSSBAUM que habría que contemplar la emoción desde el prisma de un "consecuencialismo extendido". Es decir, la intensidad de la emoción y la excepcionalidad de la situación en que ésta se genera son factores secundarios, frente al análisis de *las creencias* que motivaron la comisión del delito. Sólo si estas creencias eran aceptables conforme a los parámetros que inspiran el ordenamiento en el que se mueve el sujeto, podríamos entender que se trataba de una emoción racional y moralmente aceptable. No sin razón, afirman que la concepción mecanicista sólo ve posible el control de la emoción mediante mecanismos de supresión (del estilo del famoso experimento de PÁVLOV).

La concepción evaluativa parte, por el contrario, de la posibilidad de una educación moral, propia de una Democracia que considera a sus ciudadanos seres racionales y con madurez mínima. Así, a un sujeto racista se le puede exigir que deje de serlo, al menos hasta el grado mínimo de que no cometa delitos guiado por su odio discriminatorio. Se trata de una lógica ya manejada por ARISTÓTELES respecto del ejemplo de un soldado valiente, que podría tener miedo y pese a ello actuar de forma valiente: precisamente por eso era valiente

[484] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit.*, pp. 274-275.

y no imprudente. Así, un sujeto podría tener prejuicios hacia cierta condición personal (lo cual sería irrelevante para el artículo 22.4ª CP, que no toma en consideración la creencia en sí misma), pero sería un buen ciudadano si controlara dicha creencia de forma que no cometiera motivado, por la emoción generada en ella, un crimen de odio.

Lo esencial a la hora de agravar la responsabilidad penal de quien actúa guiado por una emoción no sería analizar si era poco intensa, sino los juicios y evaluaciones que le llevaron a cometer un delito. El Derecho penal, por lo tanto, debe tomar en consideración los aspectos evaluativos de las emociones, independientemente de lo que supongan a nivel neurológico, pues el Derecho es un constructo social. Así, estos dos autores admiten que la agravación de los crímenes de odio puede estar justificada, aunque la intensidad del odio discriminatorio sea muy elevada o pese a que se produzca en una situación que sea especialmente excepcional. Puede que en ese momento (el de la comisión del delito) el autor sea incapaz de controlar sus actos, pero en tanto que ciudadano adulto ha tenido la posibilidad de reformar con anterioridad sus creencias. Su reiterado fracaso al respecto habilita que se le responsabilice por su odio discriminatorio.

A mayor abundamiento, la opción contraria que deriva de la concepción mecanicista, aparentemente "neutra" frente a la "moralista" propuesta evaluativa, realmente incluye un elemento moralista de forma perversa y subrepticia: la visión mecanicista, supuestamente humanista y aséptica al pretender obviar el proceso cognitivo, da lugar a situaciones con un fuerte componente moralista. Si el hombre que mata a su mujer presa de los celos ve atenuada su responsabilidad penal debido a una concepción mecanicista (porque en el momento en que vio que su mujer salía a tomar un café sin él fue presa de una ira real y existente, en una situación extraordinaria, pues normalmente no autorizaba que la misma protagonizara tales correrías), operará la atenuación de su responsabilidad, estructuralmente, como un

elemento de perpetuación de una determinada moralidad (en este caso, de sometimiento de género).

Así, conviene traer a colación el caso de Stephen Carr[485]. Un vagabundo, tras contemplar a dos lesbianas manteniendo relaciones sexuales, las atacó, hiriendo a una y matando a la otra. Pretendió obtener una atenuación de su responsabilidad penal arguyendo que actuó impulsado por el asco, que a nuestros efectos podría identificarse con el odio discriminatorio. No fue estimada dicha atenuación. Partiendo de este pronunciamiento, señala NUSSBAUM que para poder atenuar la responsabilidad penal hay que tomar en consideración lo que haría un hombre razonable; razonabilidad que podríamos entender como aquélla acorde con las reglas de convivencia de la sociedad en la que vive. Analicemos algunas características de la estructura de la emoción propuestas por esta autora[486], a efectos del artículo 22.4ª CP.

Para empezar, la emoción tiene un objeto, una perspectiva de posibilidades: la concreción del deseo de un mal, en el caso del odio discriminatorio. La emoción también involucra creencias (el prejuicio hacia el estereotipo) que son un elemento indisoluble de la emoción misma. Las sensaciones físicas que podría producir el odio biológico no son por ello relevantes desde una concepción evaluativa de la emoción para comprobar si ésta concurre. Así las cosas, la razonabilidad de la emoción, a efectos de plantear una posible atenuación, requiere atender a si el pensamiento subyacente a la misma es pertinente y no trivial. Ese sería el juicio de razonabilidad. Esa razonabilidad no implica únicamente que lo sea como "hecho fácticamente plausible". Es decir, si un sujeto ha vivido en determinado entorno en el que ha sido adoctrinado de forma que considerara que la homosexualidad es el germen de la destrucción de nuestra civilización, es plausible que sienta odio discriminatorio hacia los homosexuales. Si nuestro odio discriminatorio implica el deseo de un mal hacia quienes revisten determinada condición personal, nuestra conducta se ajustará

[485] Commonwealth v. Carr, 580 A., 2d 1362, 1363-65 (Pa. Super. Ct., 1990).
[486] *Vid*. NUSSBAUM, *El ocultamiento… op. cit.,* pp. 13-14, 39-52 y 331-339.

racionalmente a la consecución de este deseo. El problema es que partiría de un conjunto erróneo de normas a la hora de efectuar su valoración, por lo que es un odio irrazonable desde un sentido normativo. Así, no podría plantearse en modo alguno la atenuación de su responsabilidad al actuar guiado por esta emoción, como no se atenuó la de Stephen Carr. Precisamente por ello, concluye NUSSBAUM que el elemento cognitivo del odio discriminatorio (el prejuicio hacia el estereotipo que se encuentra en la base del deseo de un mal) es más grave que el que sólo tendría un "odio a un hermano". Así, admitiendo un fundamento similar al que aquí se propone, no existiría para esta autora ningún problema insalvable para agravar la responsabilidad penal de quien actúa por odio discriminatorio.

Desde una concepción puramente mecanicista, lo que debería plantearse es que una emoción suficientemente intensa, aunque ésta fuera odio discriminatorio, debería atenuar la responsabilidad penal. Pues bien, si se atenúa la responsabilidad penal de quien actúa por odio discriminatorio debido a que su emoción es neurológicamente incontrolable, se promociona la comisión misma de crímenes de odio. El Derecho penal, en tanto que constructo para la convivencia social, no puede obviar la perspectiva evaluativa. Asumamos que los ciudadanos no son únicamente unos peones pasivos ya sea de sus padres o de la sociedad en la que nacen; son capaces de razonamiento crítico y reflexión, y por ello están obligados a cumplir las normas de convivencia incluso cuando aquéllos a su alrededor no lo hacen[487]. Así entendidas, las emociones no serían solo causas para la acción, sino "razones para actuar".[488] Desde luego, esta

[487] Ampliamente, KAHAN/NUSSBAUM, "Two conceptions… op. cit., pp. 270-374, cit. p. 301

[488] *Vid*. GONZÁLEZ LAGIER, "Buenas razones… *op. cit*., p. 86 y ss.: "*Entendemos por emoción aquello que: a) Normalmente es producido por una persona que evalúa un evento, conscientemente o inconscientemente, en tanto que resulta relevante para un objetivo o meta que es importante; la emoción se siente como positiva cuando un objetivo es alcanzable y negativa cuando ese objetivo es impedido. b) El núcleo de una emoción es la facilidad para actuar y para modificar planes; una emoción da prioridad para una o unas pocas líneas de actuación a las que da sensación de urgencia, de forma que pueda interrumpir –o competir con– procesos mentales o acciones alternativas. Diferentes tipos de inmediatez generan diferentes tipos de planificación. c) Normalmente una emoción se experimenta como un tipo característico de estado mental, a veces acompañada o seguida por cambios corporales, expresiones, acciones". Como muestra esta definición, la conducta causada por una emoción no es conducta ciega y sin dirección. La evaluación de una situación bajo cierto punto de vista nos lleva a actuar de una u otra manera para*

concepción de las emociones es plenamente compatible con el fundamento del artículo 22.4ª CP aquí propuesto. La concepción evaluativa, ciertamente, no niega que exista ese factor mecanicista: asume que las emociones pueden ser irrefrenables. Lo que ocurre es que habilita, de cara a interpretarlas jurídico-penalmente, que se responsabilice al autor de un delito cometido por una emoción, con independencia de que fuera físicamente incontrolable o no, porque parte de que la creencia (en nuestro caso, el prejuicio) que provocó el estado emocional durante la comisión del delito sí era controlable. En efecto, simplificando la cuestión, la posibilidad de responsabilizarnos por nuestra emoción parte de la posibilidad de poder haber controlado con anterioridad nuestra creencia, de forma a optar por una línea de actuación que no suponga la comisión de un delito motivado por odio discriminatorio.

Evidentemente, esto plantea el problema de que la interpretación de algunos avances neurocientíficos conciben el acto guiado por una emoción como completamente predeterminado e incontrolable. Ha llegado el momento de matizar alguno de ellos.

Para empezar, debemos señalar que no todos estos avances apuntan en la misma dirección: algunos, incluso, podrían converger con la propuesta efectuada por NUSSBAUM y KAHAN. No debe obviarse que el esencial experimento de SCHACHTER y SINGER que en 1962 dio origen a la llamada *Cognitive Labelling Theory* ha sido empleado con posterioridad para dotar de fundamento científico a la concepción evaluativa de las emociones en Derecho

---

conseguir algo querido o evitar algo indeseado. Por ello, dentro de esta concepción las emociones no tienen por qué ser meras causas de las acciones, sino que pueden constituir razones para la acción. […] *Como señala William Lyons, muchas emociones están estrechamente vinculadas a un deseo de cierto tipo, y la conducta que suele ser causada por esas emociones puede ajustarse racionalmente a la satisfacción de ese deseo*". Así, siguiendo las distinciones de TORÍO LÓPEZ y SANZ MORÁN entre "móvil" y "motivo", resulta interesante una reflexión expuesta respecto del artículo 22.4ª CP en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.) *et al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, 2007, p. 328 y ss. Frente al *móvil* (una suerte de conjunto de deseos y pasiones que "*impulsan*" a la acción), el *motivo* sería "*la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican*". Ese es el sentido en el que debemos entender aquí el componente emocional de los "motivos discriminatorios" mencionados por el artículo 22.4ª CP.

penal[489]. Es decir, que la concepción evaluativa nunca ha dado la espalda a los avances científicos: más bien, fue reforzada gracias a ellos. De hecho, existen teorías causales de la acción que, sin obviar los avances neurocientíficos más "pro-deterministas", han optado por no desechar la idea de que los deseos (las emociones), junto con las creencias, son razones primarias que racionalizan la acción humana. Esto es, que puede ejercitarse por el sujeto un "autocontrol", entendido como "la tendencia a actuar de modo consistente con las razones que se estiman mejores en los casos en los que la motivación favorece un curso de acción distinto al que favorecen las mejores razones". Si el sujeto opta por seguir sus motivaciones cometiendo un delito sólo por el odio discriminatorio que siente hacia el estereotipo de su víctima, se le podría responsabilizar porque no fue capaz de "autocontrol" (encauzando su deseo, su odio discriminatorio, por una vía que no fuera la comisión de un delito).[490]

El proceso mental mediante el cual se asigna a un sujeto un estereotipo debido a sus condiciones personales es automático: es una imagen que todos tenemos en mente, incluso para quienes comparten esas condiciones, aunque sólo sea por las múltiples referencias al estereotipo que constan en nuestra cultura popular. Por el contrario, la asunción del prejuicio (es decir, considerar *cierto* el estereotipo) es fruto de un proceso mental capaz de ser controlado[491]. Es ese

---

[489] *Vid*. SPAIN, *The Role of Emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lessser Evils*, 2011, pp. 66-112. Tras inyectar adrenalina a varios participantes, los dividieron en dos grupos: unos en un entorno desagradable y otros en un entorno de euforia. Los primeros sentían ira y los segundos alegría. Por lo tanto, se estableció así que para experimentar una emoción no bastaba con la reacción fisiológica, sino que era igualmente imprescindible que el sujeto racionalizara ese estímulo.

[490] *Vid*. SERRANO MAÍLLO, "Teoría causal de la acción y teoría criminológica contemporánea", SERRANO MAÍLLO (ed.), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, 2008, pp. 46-85.

[491] *Vid*. ARMOUR, "Stereotypes and Prejudice: Helping Legal Decisionmakers break the Prejudice Habit", PARKS/JONES/CARDI (ed.), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, 2008, pp. 11-32. Un revelador ejemplo de esta dinámica fue el caso del Dr. Sweet, un sujeto de raza negra que se mudó en 1925 con su familia a un vecindario de clase media en Detroit, habitado mayoritariamente por blancos. Se formó una turba para impedirles establecerse en "su barrio", profiriendo insultos y lanzando objetos a su nueva vivienda. Presa del pánico, el Dr. Sweet y su hermano pequeño, atrincherados en su domicilio, efectuaron varios disparos al aire, con la mala fortuna de que uno de ellos acabó con la vida de un "manifestante". En un brillante informe, el famoso abogado defensor Clarence Darrow apeló al prejuicio de los miembros del Jurado, todos ellos blancos. Este informe tenía por objetivo reconducir el prejuicio a efectos de

prejuicio el que generará el odio discriminatorio (como emoción plausiblemente incontrolable) al cometer el delito, pero al poder controlar la asunción del prejuicio, se puede responsabilizar al autor por el hecho que se concreta motivado por el mismo.

Pudiera resultar llamativo que, atendiendo a los avances neurocientíficos descritos al analizar la concepción mecanicista de las emociones, sea posible afirmar que existen teorías que atienden a ellos (a *los mismos* avances) y avalan esta otra concepción, la evaluativa. Esta curiosa circunstancia se debe, primero, a que algunas *interpretaciones* acerca de los principales experimentos neurocientíficos recientes son contradictorias entre sí[492]. De otro lado, a que las *interpretaciones* más deterministas han recibido críticas desde la propia Neurociencia. Comenzando por las supuestas consecuencias de los importantes experimentos de LIBET, que en buena medida sustentan la concepción mecanicista de las emociones humanas, se aduce que las motivaciones del participante en esos experimentos para escoger actuar o no (por ejemplo, mover un dedo) no cuentan con un componente valorativo. Es decir, no son elecciones que dependan de la evaluación "moral" del sujeto. Así, ha sido señalado que lo verdaderamente importante, más que analizar si el participante era libre al mover o no el dedo, sería focalizar el análisis en su elección previa: esto es,

---

la votación, puesto que el estereotipo era inamovible. Los miembros del Jurado absolvieron al Dr. Sweet.

[492] Partiendo de la divulgación efectuada por PUNSET CASALS, *Excusas… op. cit.*, p. 49 y ss.; "la Neurociencia" nos diría que es difícil controlar nuestras emociones. También nos diría que las aptitudes para poder educarnos emocionalmente las tenemos que haber recibido en la primera infancia. Pero, al mismo tiempo, nos diría "la Neurociencia" que con posterioridad a la primera infancia es posible aprender a controlar las emociones. De un lado, se habla de técnicas muy intrusivas (como la estimulación magnética transcraneal) que tendrían efectos respecto de nuestra plasticidad cerebral - otro de los grandes hallazgos, que implica que nuestro cerebro se ve físicamente modificado con nuestras experiencias. Esa modificación física implicaría, obviamente, la modificación a efectos de poder controlar emociones que antes no podíamos controlar -. La plasticidad del cerebro de un niño no exigiría esas técnicas intrusivas, la del adulto parece que sí, al menos para ser modificado físicamente. Pero pasando ya a la educación emocional, existen las ya mencionadas SEL (técnicas de regulación de las emociones) que parece que serían "más eficaces" si se realizan antes de que finalice el desarrollo de la corteza prefrontal (a los veinte años). Bien, veinte años no es la primera infancia. Tampoco se niega que sean "algo" eficaces más tarde. Con lo anterior, pretendo sugerir que "la Neurociencia" no tiene la última palabra. Sus conclusiones no son unívocas: existe incertidumbre en la Neurociencia, porque lo que nos llega no es su voz. Es la de "los neurocientíficos", que tienen voces bien diferenciadas.

saber lo que sucedía en su cerebro cuando decidió si someterse o no al experimento. Entre estas voces se cuenta la de HAGGARD[493], quien a su vez ha realizado interesantes estudios sobre el funcionamiento del cerebro. Concluye que las acciones voluntarias sí existen: a diferencia de los meros reflejos, algunas decisiones implican actividad en el córtex. Es decir: las acciones voluntarias tienen algo de "especial". A los efectos que aquí nos interesan, resulta que la decisión de un sujeto acerca de si realiza o no una acción (lo que el autor denomina "*wether decision*") se basa en motivos. El cómo y el cuándo realizar la acción se encontrarían en mayor medida precondicionados por nuestro funcionamiento neural, pero no así el hecho de que tengamos una "razón para la acción", ni nuestra capacidad predictiva acerca de lo que dicha acción podría suponer.

Por otro lado, algún importante experimento demuestra que el carácter "innato" del prejuicio no implica necesariamente que de él se derive un odio discriminatorio capaz de suponer la comisión de un delito[494]. Más bien al contrario, lo que los más recientes avances admiten es que el prejuicio, y con él el odio discriminatorio, pueden ser controlados e incluso erradicados. Como señala DOZIER, lo que los avances neurocientíficos plantean como idea clave es que nuestras acciones se encuentran dirigidas en un sentido cognitivo y en uno emocional. El aspecto cognitivo opera gracias a nuestro sistema nervioso

---

[493] *Vid*. HAGGARD, "Human volition: towards a neuroscience of will", *Nature*, 2008, pp. 934-946.

[494] *Vid*. PUNSET CASALS, *El viaje al poder… op. cit.*, *passim,* 250 pp. A los sujetos, que manifestaban no ser racistas, se les mostraba una sucesión de rostros de etnias distintas. Reconocían unos milisegundos antes a los de su propia raza que al resto, por lo que aparentemente el subconsciente prejuicioso es inherente al ser humano. Llevado al extremo, esto podría suponer que no se nos puede responsabilizar por un prejuicio como el racial, del cual no podríamos liberarnos. Sin embargo, a continuación se repetía el experimento, sólo que esta vez se mostraba a una serie de individuos que portaban camisetas de equipos deportivos profesionales. La reacción era la misma: se reconocía unos milisegundos antes a quienes portaban la camiseta del equipo del que era aficionado el sujeto observador, perdiendo entonces toda relevancia la etnia de la persona que portaba la camiseta. La discriminación racial había dado paso a la preferencia deportiva. Siendo esto así, parece que nuestro intrínseco carácter prejuicioso merece ser matizado, ya que no somos neurológicamente racistas. Lo que ocurre es que tenemos un resorte que busca afinidades entre nuestros semejantes. En este sentido, parece que los patrones culturales juegan un papel más importante que los neurales para determinar si existe un prejuicio. Y, como hemos dicho, el patrón cultural de nuestro Estado liberal democrático se asienta en la igualdad de todos.

evolucionado, mientras que las emociones pertenecen al primitivo. Debido a la rudimentaria estructura de nuestro sistema límbico, el sistema primitivo puede "arrastrar" al que se encuentra más evolucionado. Pero ello no significa que seamos seres irracionales. No significa, tampoco, que el odio (particularmente, lo que venimos denominando odio discriminatorio) no pueda ser controlado y atemperado; especialmente, para que no sea éste el motivo que nos impulse a cometer delitos. Diversos experimentos han demostrado que la terapia comportamental es capaz de alterar las ideas de los sujetos. De la misma manera que un sujeto que padecía acrofobia puede llegar a subirse a las alturas sin tener miedo, también puede un sujeto racista dejar de sentir odio en presencia de sujetos de otra raza. Ello nos permite[495] afirmar que el prejuicio hacia un estereotipo es modulable. Y cuando hablamos de un delito cometido por odio discriminatorio, no sólo nos referimos a una emoción (el odio) incontrolable. Nos referimos a la concreción de unos hechos debido a un prejuicio, que sin duda puede ser controlado.[496] En definitiva, como señala NUSSBAUM, el odio racial no es sólo un impulso irracional e incontrolable únicamente manejable a través de la represión: las personas pueden cambiar si se deshacen de las creencias y prejuicios en la base de esos odios. Y transformar esas creencias sí es posible.[497]

Es decir, que los avances neurocientíficos no pondrían en jaque, al menos no en la medida que algunos sectores pretenden, la atribución de responsabilidad penal. Lo que se concluye es que no basta para extraer consecuencias en el ámbito de la responsabilidad con analizar los avances neurocientíficos en lo que a los procesos neurológicos de formación de la voluntad respecta. También es preciso analizar la capacidad cognitiva general del individuo para entender cómo la sociedad limita sus motivos e intenciones una vez exteriorizados en acciones. Es decir, la capacidad del sujeto para entender la responsabilidad de

[495] Además de dotar de sentido a la aproximación restaurativa al artículo 22.4ª CP, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.4.
[496] Ampliamente en DOZIER, *La haine… op. cit.*, 279-320.
[497] NUSSBAUM, *El ocultamiento… op. cit.,* p. 50.

sus actos a la luz del constructo social de responsabilidad. La responsabilidad exigible en una sociedad en la cual, y en definitiva, se desenvuelve. Ello implicaría que sí se nos puede responsabilizar por nuestros actos. Concretamente, por los motivos que nos llevan, en su caso, a realizar una acción que contraviene el orden social en el que nos desenvolvemos.

Partiendo de que el odio es una emoción compleja que nace de la combinación de varias emociones, y que es una emoción "fría", en el sentido de duradera, que no estalla en el momento, la agravación por odio discriminatorio debe necesariamente ser analizada admitiendo la concepción evaluativa de las emociones. El odio discriminatorio (en tanto que *deseo* de un mal) no es una mera sensación física: se trata de una emoción necesariamente intencional, que necesita un objeto. Así, es inevitable aceptar que se trata de una emoción con un componente evaluativo, *racional*. El componente evaluativo de esa emoción, si se aparta de lo que nuestro ordenamiento considera admisible, carecerá de fundamento. Parece claro que la creencia de que un sujeto, por revestir determinada condición personal relativa a su raza, orientación sexual, etc., es pernicioso para la sociedad y acreedor de todos los males, como el delito que contra él se comete, carece de fundamento. Así, si una emoción es aberrante, como lo sería el odio discriminatorio - al carecer de fundamento conforme a los principios inspiradores de nuestro sistema (puesto que, *sensu contrario*, sí reviste fundamento el 22.4ª CP) –, se justifica la aplicación del artículo 22.4ª CP.

4. El aparente escollo neurocientífico.

Con lo dicho hasta ahora, aunque consideramos viable sostener la concepción evaluativa de las emociones humanas conforme a los actuales avances neurocientíficos, no pretendemos pasar por alto las consecuencias que para el sistema de justicia penal (incluida, obviamente, la agravación de la responsabilidad por las emociones) supondrían las más radicales interpretaciones de dichos avances. Nos referimos, como puede intuirse, a las ya mentadas que niegan la posibilidad misma de la sanción penal, por la absoluta ausencia de libre albedrío del ser humano. A este dilema dedicaremos las siguientes líneas, considerando como punto de partida que no debemos perder la perspectiva cuando atribuyamos trascendencia al impacto de los avances neurocientíficos en Derecho penal.

De un lado, podemos traer a colación una interesante reflexión de ESTEVE PARDO[498]. Pudiera ser que los juristas siguiéramos concibiendo la Ciencia del mismo modo que era entendida en tiempos de GALILEO, cuando lo cierto es que ahora mismo la Ciencia (y con ella, la Neurociencia) se encuentra lejos de poder ofrecernos *certezas*. Ahora, en efecto, se han acabado las certidumbres: por lo general, la Ciencia reconoce sus propias incapacidades. A la Ciencia pura, ello no le plantea un problema: que los avances en neurociencias nos hayan permitido descubrir importantes cuestiones sobre el funcionamiento de nuestro cerebro, abriendo así la puerta a un sinfín de incertidumbres, no pone en jaque absolutamente ninguno de sus presupuestos. La Neurociencia no tiene que decidir, no tiene que resolver conflictos sociales. Sí tiene, por otra parte, que rentabilizar las costosas investigaciones que han dado lugar a sus descubrimientos, por lo que quizás debiéramos ser algo suspicaces cuando se adentra en el Derecho penal, confiriendo los neurocientíficos una importancia

[498] *Vid.* ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, 2009, *passim*, 211 pp.

tan trascendente a sus hallazgos. El Derecho, por el contrario, sí tiene que resolver conflictos[499].

Aunque el Derecho siempre ha prestado (y sin duda debe seguir haciéndolo) atención a los avances científicos, no aspira a construir con base en ellos toda su estructura, porque no aspira a lograr la "verdad real". La verdad forense se construye de forma más próxima a la creación literaria: de ahí las pruebas nulas, que impiden valorar un hecho. Puesto que la ciencia arroja tendencias, no certezas, justo será conferirles una importancia relativa. Si una de estas tendencias muestra que es posible moldear la plasticidad cerebral mediante costosos tratamientos de *electroshock*, ¿debería someterse a todos los autores de crímenes de odio a los mismos (con gastos a costa del Estado)? ¿Aún cuando no existiera certeza de que pudiera con ello "resetearse" su prejuicio?

El odio discriminatorio, en tanto que emoción, está siendo revisado por las neurociencias. Pero no es un concepto extrajurídico. Asumiendo esta idea, se ha llegado a afirmar que los avances neurocientíficos no son más que un "canto de sirena" para los penalistas, una muestra de arrogancia por parte de quienes, limitados al estudio de su ciencia, pretenden imponer verdades universales y trascendentes sobre el determinismo y la ausencia de libertad humana[500]. Nos encontramos, pues, ante la primera objeción de calado para admitir que los

---

[499] Conviene recordar aquí con JAKOBS, *El Derecho Penal como disciplina científica*, 2008, p. 104, que la ciencia del Derecho penal "*no puede pasar por alto - a diferencia de una ciencia pura de las normas - las condiciones necesarias para la realidad del Derecho, sino que debe tenerlas en cuenta*".

[500] Señala HASSEMER, "Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal", *InDret*, 2011, p. 6: "*Hay un pecado mortal en el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Lo denomino "error categorial" y veo que es frecuentemente cometido por biólogos humanos arrogantes, pero también, en no pocas ocasiones, por penalistas asustados. Los biólogos humanos incurren en este pecado mortal mediante su convicción de que los resultados por ellos alcanzados falsan la posibilidad del libre albedrío y de la responsabilidad; los científicos del Derecho Penal cometen ese pecado mediante su convicción de que los biólogos humanos tienen razón, por lo que habría de remodelar el Derecho Penal y medir ex novo el conocimiento necesario para el proceso penal. El error categorial deriva de la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Este principio es el siguiente: toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y encuentra una respuesta únicamente allí en donde su instrumentario le permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial. Qué es lo que pertenece al instrumentario de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal. Si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; en todo caso, esto último sucederá cuando esa ciencia tenga suficiente prestigio y poder, es decir, cuando se la escucha y se entabla un diálogo con ella, en vez de ponerla en su sitio a tiempo.*"

avances neurocientíficos supongan afectación alguna para el entendimiento del artículo 22.4ª CP que aquí sostenemos.[501]

Por otra parte, como segunda objeción, aunque se ha avanzado mucho en el estudio del cerebro, queda un largo camino por recorrer[502]. Incluso quienes se muestran más permeables a la incidencia de los avances neurocientíficos en nuestra forma de entender el mundo que nos rodea, admiten[503] que el aventurado fin del libre albedrío fue prematuro, que los datos experimentales existentes deben ser confirmados en diferentes niveles de la toma de decisiones y que todo ello no puede aún poner en jaque la idea de que las personas son socialmente responsables de sus actos, que es en lo que se funda la Ley. Por ello, pudiera ser que algunas de las conclusiones a las que ha arribado el peyorativamente denominado *neurolaw* estén, por así decirlo, "infladas".

En este sentido, como señala MORSE, un punto de vista puramente mecanicista de las emociones, que niegue el libre albedrío, pondría en duda no sólo el Derecho penal, sino el conjunto del ordenamiento, empezando por la validez de los contratos (y con ella, los planteamientos de contrato social o velo de la

---

[501] Añade LUZÓN PEÑA, "Libertad, culpabilidad y neurociencias", *InDret*, 2012, p. 4 y ss. que, si hablamos de sujetos sin anomalías psíquicas que cometen un delito "*por motivos raciales, étnicos o religiosos*", la "*gran mayoría de los ciudadanos*" entenderá que "*esos sujetos han decidido y actuado libremente y que por ello merecen un reproche jurídicopenal y ser considerados culpables*". Por lo tanto, sería "*sorprendente que la mayoría de la sociedad y de los humanos estén totalmente equivocados y no se pueda reprochar nada a quienes han cometido*" por tales motivos un delito.

[502] Paradigmático ejemplo de esta afirmación, el experimento de BENNET *et al.*, "Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon: An argument for multiple comparisons correction", *OHBMA*, 2009. Más significativo si cabe que la actividad cerebral del salmón fallecido resultan los experimentos realizados en cubozoos, una especie de medusa venenosa (*vid.* por todos DAWES/GERSCHWIN, "Preliminary observations on the response of Chironex fleckeri (Cnidaria: Cubozoa: Chirodropida) to different colors of light", *Biol. Bull.*, 2008, pp. 57-62). Estos animales tienen ojos muy desarrollados, con retina e iris. El problema es que, como decíamos, son medusas: no tienen cerebro. Los científicos todavía no entienden cómo pueden procesar la información que "ven", pero diversos experimentos demuestran que son sensibles a la luz, pueden cazar, maniobrar alrededor de objetos y son incluso capaces de memorizar recorridos. Si la memoria no se encuentra necesariamente en el cerebro, si es posible percibir el mundo exterior sin cerebro (bastando en el caso de los cubozoos con unos ojos y un sistema nervioso), entonces debemos convenir en que no conocemos "a ciencia cierta" (valga la expresión) los procesos que pueden tener lugar en nuestro cerebro, ni el alcance de sus funciones.

[503] PUNSET CASALS, *Viaje al optimismo. Las claves del futuro*, 2011, pp. 121-122.

ignorancia). Habida cuenta de lo mucho que resta por avanzar, parece que existiría cierta "neuroarrogancia" por parte de quienes plantean respecto del sistema social de atribución de responsabilidades una lógica de *tabula rasa*. Por otra parte, cuando en Derecho penal se habla de "libre voluntad" (*free will*) normalmente se hace alusión a problemas genuinamente vinculados, más que con esa noción, con las de competencia y responsabilidad, conciencia, formación de la voluntad, intencionalidad, conocimiento, comprensión o compulsión. No estrictamente con determinismo o libre albedrío.[504] Las motivaciones, como el odio discriminatorio, no son *únicamente* procesos internos del cerebro, sino que *también* adquieren significado social, en tanto que comportamientos personales, desde el punto de vista intersubjetivo de los terceros que confirman la sociedad (liberal-democrática) en que se desenvuelve el autor del delito.[505]

Si los avances neurocientíficos llegan a demostrar sin ningún género de dudas que no somos *neurológicamente* libres, seguiría habiendo detenidos, y acusados, y jueces que les condenen, y abogados que les defiendan. Y ello porque, aunque no fueran neurológicamente libres, *ninguno de ellos sería libre*. Se podrían seguir estableciendo normas de conducta sociales que les afectaran a todos, porque todos estarían en la misma situación[506].

---

[504] *Vid*. MORSE, "Mental Disorder and Criminal Law", *JCL&C*, 2011, pp. 885-968.

[505] *Vid*. PARDO/PATTERSON, "Fundamentos filosóficos… *op. cit*., pp. 22-27: "*Una persona lleva a cabo una conducta intencionadamente, o a propósito, cuando sabe que la está llevando a cabo y que está actuando por algún motivo (aunque el motivo sólo sea que lo quería hacer). Una acción voluntaria no tiene que ser intencionada, del mismo modo que una acción intencionada puede no ser voluntaria (por ejemplo, actuar bajo intimidación o coacción). Visto en primera persona, las intenciones pueden o no pueden estar formadas por una deliberación anterior y explícita o por un razonamiento (puede ser simplemente que se manifieste en la conducta -como cuando yo contesto una llamada de teléfono). Desde el punto de vista de un tercero, las palabras y otros comportamientos personales proporcionan evidencias criteriales (revocables) de sus intenciones. Esto nos muestra que las intenciones no son procesos internos del cerebro, ni sentimientos, ni tampoco son la actividad neuronal que precede a los procesos cerebrales o a los sentimientos.*"

[506] Cuestión distinta sería que la Neurociencia demostrara que algunos seres humanos son libres, y otros no. Pero salvo para cuestiones muy específicas, como pudiera ser la responsabilidad de los psicópatas, no es ese el núcleo del debate que al artículo 22.4ª CP afecta. Desde un planteamiento similar al que aquí se asume, señala CANCIO MELIÁ, "Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias" (en prensa, amablemente facilitado por el autor) que al ser el sistema penal una institución social, todo aquello que no suponga una afectación a ese constructo no tendrá excesiva relevancia. Desde luego, no la suficiente para

Ahora bien, dicho esto, y aunque a la Neurociencia le quede mucho camino por recorrer hasta llegar a esa afirmación del determinismo, no pueden obviarse de forma absoluta los avances neurocientíficos para el Derecho penal. Evidente resulta que el Derecho se ocupa de conductas humanas, y el cerebro es lo que rige las mismas. Una cabal postura respecto a la incidencia de los avances para el Derecho penal es definida por PÉREZ MANZANO en los siguientes términos:

> "*el Derecho penal no puede vivir al margen de los conocimientos científicos, si bien entiende que la toma en consideración de las aportaciones de la Neurociencia no implica necesariamente la modificación del modelo de fundamentación del Derecho penal; pues, de un lado, los conocimientos científicos son datos brutos que los penalistas valoramos en atención a los fines y funciones del Derecho penal, del sentido del propio elemento del delito en el que inciden y de acuerdo con las pautas valorativas del Estado Constitucional de Derecho; y, de otro, porque existen construcciones teóricas que permiten compatibilizar el determinismo con la noción de responsabilidad penal.*"[507]

No se trata, pues, de poner en duda el concepto de culpabilidad penal, para el que la libertad va referida a la autoconciencia del ser humano de ser libre (aunque biológicamente no lo fuera)[508]. Si la Neurociencia *llegara* a probar que somos presa del fatalismo, que toda libertad es una quimera, tendría que operarse una revolución en nuestro sistema social y político (para empezar, derogando el artículo 10 CE) antes de poder hablar de afectación a los cimientos

---

abolir la noción de responsabilidad, ni la de culpabilidad penal. Ahora bien, ello no significa que deba obviarse cualquier avance neurocientífico. Al menos, no la hipótesis de que los psicópatas carecen de la capacidad de "*comprender emocionalmente lo que está bien*", ya que eso sí les haría *distintos* al resto de ciudadanos y podría tener relevancia a la hora de exigirles responsabilidad penal. Tampoco supondría ello una afectación necesaria a todos los tipos penales. Como señala este autor: "*El razonamiento esbozado hasta aquí sirve, desde el punto de vista aquí asumido, para los delitos del Derecho penal nuclear, en los que existe una clara conexión entre la vivencia de la desviación de la norma penal y la infracción criminal; cuadra con los mala in se, por así decirlo. Parece difícil, sin embargo, aplicarlo también a aquellas infracciones que cabe calificar de completamente formales, como empiezan a abundar en los ordenamientos occidentales. Si una regulatory offense, como sucede en el Derecho penal federal de los EE.UU. (o: un delito de blanqueo de capitales imprudente en España), consiste en rellenar con datos incompletos un formulario de una agencia federal, sin que de ningún modo se atisbe qué daño concreto puede producir tal comportamiento, parece irrelevante la incapacidad específica de los psicópatas.*" Pero debemos convenir en que esta posible afectación al concepto de culpabilidad de los psicópatas sí podría tener repercusión a la hora de aplicarles una circunstancia agravante que opera por "motivos discriminatorios".

[507] PÉREZ MANZANO, "Fundamento y fines… *op. cit.*, p. 8.

[508] *Vid.* MERKEL, "Das Sprachspiel der Schuld", ROTH/HUBIG/BAMBERGER, *Schuld und Strafe: Neue Fragen*, 2012, pp. 19-39.

del Derecho penal[509]. No estamos, obviamente, en esta situación. Además, aunque llegáramos a ella, los cambios no exigen ser tan revolucionarios, porque el Derecho se ocupa de reglas sociales.

Como ya señalara FREUD, la exuberancia de los sentimientos resulta irreconciliable con las relaciones sociales. Gracias a la posibilidad, existente, de control de las emociones pudo el ser humano evolucionar a lo largo de la Historia. Y para lo que importa a efectos jurídico-penales, la responsabilización por una emoción, entendida como responsabilidad por su componente evaluativo, parece perfectamente asumible. Partiendo de estas premisas, señala la neurocientífica MAUSS:

> "*El que las influencias sociales y culturales que recibimos desde la infancia nos enseñen a relacionarnos correctamente con los sentimientos significa que la facultad para emocionarse no se encuentra, en absoluto, anclada de manera firme e inamovible en la personalidad. Todos podríamos aprender, con las estrategias adecuadas, a relacionarnos de una manera saludable con las emociones*".[510]

Se trata, en definitiva, de un extremo ya apuntado por un sector de nuestra doctrina al interpretar de forma genérica la noción de "*motivos*" que menciona el artículo 22.4ª CP. No se trata de atender al concepto desde una perspectiva meramente emotiva o psicológica, sino también como disposición consciente y permanente (el prejuicio que no ha sido capaz de modular el autor) que se refleja en unos actos concretos del individuo (discriminatoriamente motivados por el prejuicio). Es decir, que el odio discriminatorio excedería la noción de odio biológico pues, si bien refiriéndose ambas a actitudes subjetivas, la primera estaría "objetivada"[511], porque se atendería necesariamente a su componente evaluativo conforme a las reglas de convivencia propias de nuestro Estado liberal-democrático.

---

[509] *Vid*. FEIJOO SÁNCHEZ, "Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", *InDret*, 2011, *passim*, cit. p. 48.
[510] MAUSS, "Control de las emociones", *CMyC*, 2012, pp. 24-29.
[511] *Vid*. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación… op. cit.*, p. 59 y ss.

Sin perjuicio de lo anterior, no abogamos aquí por ignorar, como si de los alaridos de una *stultifera navis* se trataran, los avances científicos. Se trata de datos que pueden revestir incidencia a efectos de nuestras preexistentes estructuras dogmáticas. Así, si la Neurociencia llegara a acreditar que los autores de crímenes violentos (incluidos los de odio) deben su conducta estrictamente a cuestiones genético-neuronales, y que existen tratamientos neurológicos capaces de solventar ese déficit, podría formularse como propuesta que a quienes les sea aplicado el artículo 22.4ª CP se sometan a ellos, por perturbador que ello resulte[512]. No habiendo alcanzado aún la certidumbre requerida, resta esperar para evaluar en toda su extensión el impacto neurocientífico en el Derecho penal.

De este modo concluiremos, a los efectos que nos interesan, que el fundamento propuesto desde la Teoría de Justicia para el artículo 22.4ª CP se mantiene válido, partiendo de una concepción evaluativa del papel de las emociones en Derecho penal.

[512] Un temor quizás infundado, pues también otras opciones como terapias educativas y psicológicas actuales afectan a su personalidad – si bien más lentamente -. *Vid*. PÉREZ MANZANO, "Fundamento y fines… *op. cit*., pp. 26-31.

Capítulo V

Algunas implicaciones del fundamento propuesto.

Hasta ahora, hemos dedicado nuestro estudio al fundamento del artículo 22.4ª CP. Ello nos ha exigido adentrarnos en ordenamientos anglosajones y en un debate, centrado en la razón de ser de esta institución jurídica, que se desarrolla en términos de Teoría de Justicia. Desde dichos términos, hemos efectuado aproximaciones filosóficas principialistas y consecuencialistas al artículo 22.4ª CP. Pero lo que aún no hemos hecho es atender a su naturaleza jurídica conforme a nuestra tradición dogmática. Es decir, conforme a los términos más habituales de la discusión jurídico-penal existente en nuestro ordenamiento sobre este precepto. Sin duda, se trata también de una cuestión esencial: para determinar si el límite de la sanción que padecerá el sujeto concreto es aceptable en términos liberal-democráticos, la Teoría del Delito del ordenamiento en cuestión ha de ser capaz de articular debidamente una agravación como la que deriva del artículo 22.4ª CP. Esta articulación no puede obviar el fundamento de la institución jurídica, pero las posibilidades de interpretar conforme al mismo su naturaleza son más bien amplias.

Pues bien, nuestra Teoría del Delito se encuentra fuertemente influenciada por la *Strafrechtswissenshaft*. Por eso, lo cierto es que, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta circunstancia agravante, las conclusiones que pueden extraerse del debate anglosajón (*ad exemplum*, si afecta a la *mens rea*) no son determinantes a nuestros efectos. Ello explica que nuestro análisis del *hate debate* se haya centrado en los distintos fundamentos propuestos, y no tanto en la naturaleza que se le confiere al *animus model* legislativo de crímenes de odio. Principalmente, porque ese debate no parte de *nuestra* Teoría del Delito, y no

nos permite por ello afirmar que, si el fundamento es el que es, de ello derive una afectación a la antijuridicidad o a la culpabilidad del autor[513].

Hemos dedicado hasta ahora nuestro análisis a averiguar el fundamento del artículo 22.4ª CP. Este fundamento parte, ineludiblemente, de que se está agravando la responsabilidad por las motivaciones del autor y ello, porque este precepto reprocha la negación del principio de igualdad entre todos los ciudadanos de una sociedad liberal-democrática, reafirmando la vigencia del mismo. Aunque esto no implique que este fundamento pueda ser transmutado sin más en una determinada categoría conforme a nuestra Teoría del Delito, el haber determinado la razón de ser de esta figura en nuestro ordenamiento tiene de por sí consecuencias prácticas. Concretamente, nos centraremos en la posibilidad de emplearlo para discernir posibles interacciones del principio de inherencia[514]. Como tendremos ocasión de desarrollar, a la hora de determinar estas interacciones juega un papel esencial la prohibición de *bis in idem*. Y esta prohibición se establece atendiendo a un criterio que impide la doble sanción si existe identidad *de fundamento* (con independencia de la naturaleza) entre, en nuestro caso, el artículo 22.4ª CP y el delito que se pretenda agravar conforme a dicho precepto. A estas interacciones dedicaremos, a modo de conclusión parcial, el presente Capítulo. Con el fin de valorar adecuadamente cuándo operará el principio de inherencia, es preciso determinar interpretativamente el

[513] Como ya señalara FLETCHER, "Two kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuassion Practices in Criminal Cases", *Yale LJ*, 1968, p. 915 y ss.; sería un grave error confundir la estructura del delito conforme a la *Verbrechenslehre* con la de "(*actus reus* + *mens rea*) – *defenses*" del *Common Law*, especialmente respecto de figuras que modifican la responsabilidad penal. En este sentido, *vid*. BOHLANDER, "Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre common law y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional", *InDret*, 2012, 22 pp., cuando detalla las lagunas en el supuesto entendimiento entre sistemas anglosajones y continentales de Derecho penal, aconsejando retomar el diálogo en términos más básicos. Desde esos términos, los del fundamento de la circunstancia agravante conforme a la Teoría de Justicia, hemos recuperado el debate anglosajón a los efectos que aquí nos interesan.

[514] Nuestro ordenamiento, como es sabido, reconoce legalmente el principio de inherencia a efectos de individualización judicial de la pena en su artículo 67 CP: "*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*".

alcance del listado de condiciones personales que enumera el artículo 22.4ª CP; recordemos:

> "*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas 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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*"

En lo que respecta a que estas condiciones sean "*de la víctima*", considero que debe entenderse dicha mención como referida a cualquier sujeto que padezca las consecuencias del delito - esto es, al perjudicado por el mismo, aunque no sea necesariamente el sujeto pasivo -, de conformidad con las actuales tendencias victimológicas en el ámbito jurídico-penal[515] y, específicamente, en el de los crímenes de odio.[516]

En síntesis, conforme a la definición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sería "*víctima*" a estos efectos: "*la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro*." O, en similar sentido, como define la CPI en el que ha sido su primer fallo: "*toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales*".[517]

Una vez clarificado este extremo, prosigamos con el análisis del catálogo enumerado por el artículo 22.4ª CP, cuya interpretación también estará vinculada al fundamento que se le confiera al precepto. Entendido como una manifestación del *discriminatory selection model* de crímenes de odio, estaría

---

[515] Con carácter general, BACA BALDOMERO *et al.*, *Manual de victimología… op. cit.*, *passim*. Igualmente, *vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo II.3.

[516] Así, por ejemplo, la Directiva sobre derechos de las víctimas de delitos (también los de odio), aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012, equipara a las víctimas efectivas que padecen el daño con sus familiares. En el mismo sentido se pronuncia el informe del ministro de Justicia de España sobre el Estatuto de la Víctima de Delito propuesto al Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012.

[517] Conforme a un criterio proveniente del *soft law* y asumible a los efectos que nos ocupan. *Vid*. AMBOS, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *InDret*, 2012, p. 4 y ss.

enumerando colectivos vulnerables y/o tradicionalmente discriminados por razón de esas características. Desde nuestro prisma, entendiendo que el artículo 22.4ª CP es una manifestación del *animus model* legislativo, lo que enumera son las *condiciones personales* por razón de las cuales se origina la motivación discriminatoria para cometer el delito.

A) Las condiciones personales del artículo 22.4ª CP.

1. Racismo, etnia y raza.

Iniciaremos nuestro recorrido por las condiciones personales del artículo 22.4ª CP analizando la alusión a los "*motivos racistas*". Teniendo en cuenta que está refiriéndose el precepto a cometer el delito "motivado por el racismo", pudiera entenderse que se trata de un "odio discriminatorio por razón de la raza". El problema es que el propio precepto habla posteriormente de las motivaciones discriminatorias por razón de la raza.

En lo que respecta al racismo, se trataría de una particular manifestación de la amplia noción de xenofobia[518]. Sería ésta, a su vez, la expresión del rechazo a toda identidad ajena por un "*odio irracional hacia lo externo*"[519], aunque a veces parecen solaparse ambos conceptos.[520] Por ello, con el fin de evitar confusiones y conferir a la referencia del artículo 22.4ª CP al racismo un alcance excesivo[521],

---

[518] La fobia, en el sentido que se utiliza al hablar de crímenes de odio, se refiere no tanto al miedo irracional hacia el otro como al odio extremo. Normalmente, el concepto de fobia (como en "claustrofobia") suele relacionarse con un miedo extremo e irracional, pero biológicamente hablando, nuestras reacciones cerebrales son análogas cuando la fobia consiste en un odio extremo (DOZIER, *La haine… op. cit.*, p. 32 y ss.). La noción de xenofobia parte, de hecho, de una emoción primaria de miedo: la que siente, por ejemplo, el lactante cuando algún *extraño* se le aproxima. A partir de ahí, el extraño (como es el *extranjero*) puede pasar a ser conocido (y no generar miedo alguno). Pero también puede persistir ese miedo al otro, desde el momento en que nos "negamos a darle la mano", hasta el punto de desencadenar conductas motivadas por el odio extremo del que hablamos (GARCÍA-ANDRADE, *Crímenes, mentiras y confidencias. Los casos más destacados de mi carrera de forense*, 2001, p. 197 y ss.).

[519] YUBERO, "Aproximación psicosocial al racismo desde el proceso educativo", YUBERO/MORALES (coords.), *Del prejuicio al racismo: perspectivas psicosociales*, 1996, p. 104 y ss.

[520] Así, la definición de racismo que consta en la Recomendación Política General de la ECRI, número 7, CRI(2003)8, parece más bien referirse a la xenofobia: "*la creencia de que en terrenos como la raza, el color, el lenguaje, la religión, la nacionalidad, o el origen nacional o étnico, justifica el desprecio a una persona o grupo de personas, o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas*".

[521] Conviene distinguir entre racismo y xenofobia. De hecho, el artículo 30.6 del Código Penal andorrano, tan semejante a nuestro artículo 22.4ª CP, diferencia estas dos motivaciones para la agravación ("*Són circumstàncies que agreugen la responsabilitat criminal* […] *Cometre el fet per motius racistes, xenòfobs o relatius a ideologia, religió, nacionalitat, ètnia, sexe, orientació sexual, malaltia o disminució física o psíquica de la víctima*"). Resulta interesante que el artículo 22.4ª CP opte por no incluir referencia alguna a la xenofobia. Y ello, en mi opinión, para bien: se trata de un concepto de amplitud excesiva, que incluiría no sólo el odio discriminatorio hacia razas o etnias (que es como deben entenderse los "motivos racistas"). Es por ello deseable que no se incluya esta

me parece acertado partir de la definición de xenofobia que, respecto del racismo, sería en palabras de LANDA:

> "*un concepto más amplio que va más allá aunque engloba el mero racismo en sentido estricto, y que hace referencia a actuaciones o ideologías que contribuyen a asentar valoraciones negativas de jerarquización de grupos en función de caracteres no sólo físicos externos (color de la piel) sino también a prácticas adscriptivas conforme a factores identitarios de grupo según referencias étnicas (color de la piel pero además lengua, cultura, historia, religión, origen nacional…).*"[522]

Pues bien, el racismo no abarca tal cantidad de prejuicios discriminatorios, por lo que la alusión a los "motivos racistas" del artículo 22.4ª CP no puede entenderse referida a todas esas condiciones. El concepto de racismo que a estos efectos importa, vinculado en tiempos modernos[523] a la idea de odio discriminatorio, sería más bien el propuesto por la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales en su artículo 2:

> "*1. Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad. 2. El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de*

---

expresa referencia al odio "a la otredad", que habilitaría vía interpretación literal a ampliar sobremanera el campo de aplicación de la circunstancia. Con la enumeración de condiciones del artículo 22.4ª CP, ya están abarcadas las motivaciones xenófobas hacia condiciones personales que pueden justificar la agravación, en tanto que estrechamente ligadas a la identidad del individuo.

[522] LANDA GOROSTIZA, "Incitación… op. cit., p. 303. En similar sentido, define la xenofobia el *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 134: "*este calificativo se utiliza generalmente para describir la hostilidad frente a personas que proceden de otros lugares o países, a su cultura, valores o tradiciones. Es un prejuicio etnocentrista con antagonismo, rechazo, incomprensión, recelo y fobia contra grupos étnicos a los que no se pertenece.*"

[523] Parece que puede admitirse el origen del concepto de racismo como vinculado a concepciones bíblicas acerca de las razas humanas, que tuvieron su auge en la época colonial. Así, la interpretación de TOYNBEE, al señalar que la idea bíblica de pueblo elegido hebreo fue empleada por los colonos WASP (transmutada ya en el "designio divino" para la supremacía blanca en Norteamérica) para cometer toda clase de conductas que hoy podríamos calificar de crímenes de odio. No obstante, como señala GARCÍA-ANDRADE, *Miedo y Crimen*, 2012, p. 99, esta hipótesis no explica la explosión de racismo en Alemania, que no era una potencia colonial, durante el siglo XX.

sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales. 3. El prejuicio racial, históricamente vinculado a las desigualdades de poder, que tiende a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y los grupos humanos y a justificar, todavía hoy, esas desigualdades, está totalmente desprovisto de fundamento."

En definitiva, como puede apreciarse, quien comete un delito "por motivos racistas" lo hace porque tiene un prejuicio racial o étnico. Ello implica actuar motivado por odio discriminatorio hacia una raza o hacia una etnia, y el artículo 22.4ª CP ya menciona expresamente, como dos de las condiciones personales a las que ha de ir referida la motivación del autor, la raza y la etnia. Debe admitirse, por lo tanto, que nos encontramos ante una innecesaria reiteración. Aunque a efectos interpretativos del artículo 22.4ª CP en su conjunto, sirva esta referencia para recalcar que el fundamento del precepto reside en la motivación del autor (en el motivo *racista* del autor, no en la raza objetivamente considerada de su víctima), no parece que se trate de un argumento suficiente como para justificar que se mantenga la referencia.

Tampoco lo sería admitir que el Legislador pretendía recalcar la principal preocupación existente cuando irrumpió la agravante en nuestro ordenamiento: es decir, la fenomenología de delitos motivados por el odio discrimininatorio hacia la raza o la etnia de los inmigrantes que llegaban a nuestro país. A mediados de los años 90 del pasado siglo existía una importante preocupación por la proliferación de *skinheads* neonazis.[524] La específica mención a una motivación *racista* vendría determinada por la que paradigmáticamente demuestran estos sujetos.

Pero, al margen del simbolismo, el hecho de que el artículo 22.4ª CP "destaque" los "*motivos racistas*" (y también los "*antisemitas*", de los que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe) ha dado lugar a una criticable redacción que, a su vez, ha

[524] *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo I.

habilitado una interpretación[525] alejada del fundamento del precepto. Bien merece la pena analizar esta cuestión.

Para clarificar el problema, ciñámonos a su tenor literal. De un lado, se refiere el artículo 22.4ª CP a "*motivos racistas, antisemitas*", sin más. De otro, se refiere a que el resto de motivaciones discriminatorias vayan referidas a una condición personal "*de la víctima*". Por lo tanto, parece que si se comete un delito por odio discriminatorio hacia una raza o hacia "lo semita", se podrá apreciar la circunstancia con independencia de que ese odio discriminatorio que sentía el autor fuera dirigido hacia una raza que fuera *de la víctima* o no. Sin embargo, para apreciar la agravante en un supuesto de odio discriminatorio hacia una orientación sexual o una discapacidad, sí sería necesario que el odio discriminatorio fuera dirigido hacia la orientación sexual *de la víctima*.

Ejemplificando la cuestión, se aplicaría la agravante a quien mata a una mujer blanca por estar casada con alguien negro, aunque el odio no estuviera dirigido a la raza de la persona que fallece (entendiendo que esta sería la única "*víctima*"), sino a la de su marido, porque el motivo era racista a fin de cuentas. Creo que esta interpretación no es asumible, puesto que supondría privilegiar – paradójicamente - una condición personal, como la raza, sobre las demás: se sancionaría con mayor amplitud la comisión del delito por odio discriminatorio hacia una condición personal que hacia otras, cuando todas ellas se encuentran de igual manera vinculadas al principio de igualdad. Si el fundamento del artículo 22.4ª CP se encuentra vinculado al principio de igualdad sean cuales sean nuestras condiciones personales – todas ellas con análoga incidencia en nuestra identidad -, parece incoherente sancionar los "motivos racistas" siempre y en todo caso; y - por ejemplo - los "motivos homófobos" sólo cuando vayan referidos a la orientación sexual "de la víctima".

[525] De hecho, ya se destacaba al formular esa propuesta interpretativa que "*el precepto hubiera debido redactarse en otros términos*". *Vid*. PUENTE SEGURA, *Circunstancias Eximentes, Atenuantes y Agravantes de la Responsabilidad Criminal*, 1997, p. 512.

De todos modos, a efectos prácticos, no tiene este dilema demasiada trascendencia, especialmente si asumimos la noción de *víctima* que hemos propuesto al inicio del presente Capítulo. Volviendo al ejemplo del matrimonio interracial, lo que motivó la comisión del delito fue el prejuicio hacia condiciones personales: la raza y las creencias. De un lado, hacia la raza negra del marido, que *también* fue víctima y que motivó el homicidio padecido por la mujer (quien no hubiera muerto de ser también negra). De otro, hacia la creencia (política o religiosa) de ambos, consistente en que todos somos iguales y que por lo tanto no existe ningún problema en contraer un matrimonio interracial. Tanto el hombre como la mujer son *víctimas* de un delito cometido por motivos discriminatorios hacia una de las condiciones personales que menciona el precepto tras la expresa mención a los "*motivos, racistas, antisemitas*". Se aplicaría el artículo 22.4ª CP en cualquier caso, aunque se "limitara" el alcance de la interpretación de los "*motivos racistas, antisemitas*", entendiéndolos necesariamente vinculados a la raza o la "condición semita" de la víctima.

En definitiva, desde nuestra interpretación, la expresa referencia a los motivos "*racistas*" es redundante, habida cuenta de la ulterior mención a los motivos discriminatorios por razón de la "*raza*" o la "*etnia*" de la víctima. Así las cosas, lo verdaderamente importante para delimitar el alcance del precepto no es tanto definir el racismo (a estos efectos, odio discriminatorio por razón de raza o de etnia), sino hacer lo propio con la raza y la etnia.

Tampoco es esta una distinción sencilla. Por ejemplo, la Decisión Marco 2008/913/JAI no define de forma inequívoca los conceptos de raza o etnia, más allá de señalar que "*el concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*". Algún intento de interpretación de esta Decisión Marco afirma que

> "*la enumeración es redundante, pues la raza, concepto diferente del de etnia, implica tener un color diferente (blanca, negra, amarilla y cobriza). […] La raza –humana – se define como grupos de seres humanos que se distinguen,*

básicamente, por el color de su piel y otros caracteres anatómicos, diferenciándose así de la etnia, la cual identifica grupos humanos, dentro de una raza o con mezcla de ellas, que se identifican por rasgos culturales (gitanos, kurdos, etc.)"[526]

Siendo discutible la noción misma de raza humana, esta es sólo una de las posibles formas de interpretar el término. Retomando la postura del TEDH al respecto (STEDH, Sección 2ª, Caso Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005, MP A. B. Baka):

> "*La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales.* […] *Una discriminación debido a la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial (véanse las definiciones adoptadas por las Naciones Unidas y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, apartados 33 y 34 supra). La discriminación racial es un tipo especialmente odioso de discriminación y, a la vista de sus peligrosas consecuencias, exige de las autoridades especial vigilancia y una vigorosa reacción. Es por esto por lo que las autoridades deben utilizar todos los medios de que disponen para combatir el racismo, reforzando la visión de democracia de una sociedad en la que la diversidad no sea percibida como una amenaza sino como una fuente de enriquecimiento (véase Nachova y otros, anteriormente citada, ap. 145).*"

Estas condiciones personales, por lo tanto, se encuentran en el núcleo del fundamento aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP: el principio de igualdad, en una sociedad democrática, exige de forma significativa el respeto a los demás sea cual sea su raza o su etnia. Sin embargo, no parece aconsejable admitir una "noción biológica" de raza, pues ello carece de sustento científico alguno (en puridad, se podría hablar de razas humanas para diferenciar a un *homo sapiens* de un *homo erectus*, pero no para distinguirnos conforme a nuestro color de piel). Puede, por el contrario, admitirse una noción amplia de raza que incluiría en buena medida el origen étnico. Esta noción amplia de raza es, además, la que parece compartir nuestro Tribunal Constitucional.[527] Por lo

[526] SANTANA VEGA, "Protección penal de la discriminación… *op. cit.*, pp. 128-129.
[527] *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit.*, p. 299.

tanto, admitiendo que raza y etnia no son sinónimos, pero que resulta difícil diferenciarlos, a efectos del artículo 22.4ª CP podríamos admitir que por raza se entiende la construcción cultural (propia de ideologías racistas) para incluir o excluir a las personas en determinados grupos, en función de su genotipo o de su fenotipo: un criterio esencial sería el color de la piel, aunque también podrían incluirse otras características morfológicas si inciden de forma análoga en la identidad personal[528].

La etnia, que podría entenderse subsumida en la noción omnicomprensiva de raza, pondría el acento en las características culturales como factor de diferenciación[529]. A este respecto, a efectos de aplicación del artículo 22.4ª CP, la SAP de Madrid nº 115/2005, de 28 noviembre, MP Luisa Aparicio Carril, consideró que vascos y castellanos pertenecían a la misma raza. Sin embargo, puede que no pertenezcan a la misma etnia, en tanto que pueden existir divergencias a nivel cultural (como la lengua). Pues bien, si una característica cumple con los requisitos ya expuestos para acceder al listado del artículo 22.4ª CP (causa histórica de discriminación, reconocimiento legislativo como condición vinculada al principio de igualdad, carácter permanente y desvinculado en buena medida de la libre elección), y además se trata de una

---

[528] *Ad exemplum*: "*En lo que va del año 2009 se estima que los llamados "crímenes de odio" han tenido un notable aumento sobre todo al sur de los Estados Unidos donde se establecen los espacios interculturales más notables, todo agravado por la formación fuertemente conservadora de esa región.* […] *en estos días ha surgido una nueva modalidad que sorprende por los aparentes móviles contra un colectivo que aún no había sido objeto de violencia organizada: los pelirrojos. Los detectives del condado de Los Angeles investigan el asalto a un niño de 12 años, estudiante de una escuela media de Calabasas, quien según las evidencias, fue sometido a una golpiza a partir de la aparición de un grupo en Facebook que insta a los estudiantes a golpear a personas pelirrojas. El niño fue pateado y golpeado en dos incidentes ocurridos en el campus A.E. Wright Middle School por al menos 14 compañeros de clase. Los estudiantes que participaron en el ataque estuvieron motivados por un mensaje en Facebook que les recordaba que el viernes era el "Kick a Ginger Day" es decir el día de patear un "Jengibre", que es como se llama a las personas pelirrojas con pecas y piel clara.*", noticia extraída de http://aulasiglo21.com.ar/?p=762; última visita: 12/07/12). Una vez superado el concepto de "raza" como factor biológico diferenciador de grupos humanos, parece evidente que a este supuesto sí podría serle de aplicación el artículo 22.4ª CP.

[529] *Vid*. RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*, nota 54. El concepto de etnia, aquí asumido como aquél al que se dirige el odio discriminatorio del autor, no implica admitir que la humanidad se encuentra dividida en grupos étnicos netamente diferenciados. A estos efectos, asumiremos siguiendo a DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, 2012, p. 65 y ss. que la etnia ha de entenderse como una cultura compartida por un grupo, la cual puede englobar una lengua o una religión.

condición que define nuestra identidad personal desde una perspectiva cultural, puede entenderse subsumida en el concepto de etnia recogido por el precepto.

Esta noción de "*etnia*" es amplia, y puede llegar a abarcar otras condiciones personales que ya menciona expresamente el artículo 22.4ª CP (nacionalidad, religión, etc.). Por lo tanto, si la raza incluye las diferencias de tipo físico, y existen otras condiciones personales enumeradas por el artículo 22.4ª CP que pueden considerarse como manifestaciones *particulares* de la etnia, podemos dotar de sentido a la específica mención a la "*etnia*" (concepto *general*) interpretando que abarca la *lengua*.

Ahora bien, no podrá ser una lengua cualquiera. Para que pueda entenderse que cumple con los requisitos para acceder al listado del artículo 22.4ª CP, deberá ser una lengua estrechamente ligada al concepto cultural de etnicidad (de "pertenencia a un pueblo"). Es decir, un lenguaje como el "klingon" de la interminable serie *Star Trek*, por muchas personas que lo hablen en el mundo real, no revestirá nunca esas características porque deriva de una elección: la de elegir las propias aficiones. El uso de una lengua que pertenece a un pueblo real tiene connotaciones culturales de mayor calado y no reviste un carácter tan discrecional. Por ello, considero que no es necesaria de *lege ferenda* la inclusión del término "lengua" en el listado del artículo 22.4ª CP, ya que podrá aplicarse la circunstancia a quienes cometan un delito por odio discriminatorio a aquéllas que realmente tienen una esencial incidencia en la identidad personal desde la óptica del principio de igualdad.

Así las cosas, mencionando el artículo 22.4ª CP tanto la raza como la etnia, no queda ningún cabo suelto en lo que a condiciones personales "étnico-raciales" se refiere: se aplicará la agravante a quien cometa el delito por odio discriminatorio hacia un color de piel u otra igualmente significativa particularidad fisiológica que pueda definirle personalmente, o bien hacia una

condición personal que incida de la misma forma en su identidad personal desde una perspectiva cultural. Todo ello, siempre y cuando esas características sean verdaderamente *condiciones personales* en el sentido expuesto.[530]

[530] *Vid. supra*, Primera Parte, Capítulo III. 5 y .6.

2. Antisemitismo.

Una de las principales críticas a la redacción del artículo 22.4ª CP[531] se refiere a la inclusión de este concepto. Como ya señalara la doctrina, parece que "*hablándose de racismo, de etnia y de religión sobre la mención expresa al antisemitismo*"[532]. Al menos, esa es la impresión aceptando que los "*motivos racistas, antisemitas*" han de ir referidos a una condición personal "*de la víctima*", en el sentido detallado en el anterior epígrafe. Por otro lado, parece que no constituye una técnica legislativa coherente mencionar el antisemitismo como parte del listado de condiciones personales. Un "motivo antisemita" implicaría un odio discriminatorio hacia "lo semita", lo cual supone descender a una condición que, siendo personal (ser o no ser semita), es demasiado concreta: como el judaísmo, en lugar de la general condición personal "religión". Pero el verdadero problema de esta referencia a los motivos antisemitas es que, si atendemos a que el artículo 22.4ª CP ya prevé su aplicación en supuestos de odio discriminatorio hacia una raza, una etnia (especialmente, si la entendemos como aquí se propone, englobando algunas lenguas) o una religión ya están cubiertos todos los supuestos de "odio discriminatorio antisemita". No obstante, antes de hacer explícita la conclusión que se vislumbra respecto de la pertinencia de esta mención, detengámonos en la interpretación de lo que puede significar.

El término semita se emplea para referirse a un grupo de lenguas oriundas de Oriente próximo, principalmente el acadio, el arameo, el fenicio o el árabe; y por extensión, para designar a los pueblos que las hablaron o las hablan. Habría que esperar al siglo XIX para que el "antisemitismo" cobrara el contenido que hoy se le confiere. En su conocido *Ensayo sobre la desigualdad de las razas*, el Conde de GOBINEAU establecía con pretendido carácter cientificista la inferioridad de los semitas respecto de los arios. Es decir, vinculando el término no tanto a una

[531] Que, con carácter general, ha llegado ha ser tachada de "*ciertamente deplorable en lo gramatical*" (STSJ de Madrid Nº 19/2005, de 21 de octubre, MP Emilio Fernández Castro).
[532] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, p. 138.

lengua o una religión, sino también a una raza. Inspirado en lo anterior, sería MARR quien finalmente acuñara la expresión "antisemitismo", como la ideología – de la cual él mismo hacía gala - que propugnaba la inferioridad y malignidad de - y por ello, el justificado odio hacia - uno de los pueblos semitas en particular: el judío. Sin embargo, MARR se refería no sólo a una cuestión racial, sino también cultural y de creencias propias (incluidas las religiosas) del pueblo hebreo.

Efectivamente, la "semilla del odio" hacia los judíos ha tenido en Europa varios campos en los que germinar, y la doctrina decimonónica antisemita únicamente lo fue adaptando, desde el odio por razón de religión propugnado por LUTERO en "Sobre los judíos y sus mentiras"[533] (proponiendo la quema de sinagogas) hasta odios "justificados" en el peligro que suponía la presencia semita para la nación no judía. Todo ello, con manifestaciones constantes al prejuicio derivado de supuestas diferencias económicas o influencia política de los judíos (ya en el Medioevo se vieron abocados a practicar la usura ante la prohibición legal de ser abogados, agricultores o soldados, entre otras profesiones y oficios). El odio al judío llegó a constituir una suerte de "adoctrinamiento" durante el siglo XIX[534], a pesar de que cualquier aproximación mínimamente seria a la realidad de las comunidades judías apuntaba en sentido contrario al del estereotipo

[533] *Von den Juden und Ihren Lügen* (la edición de Wittenberg, 1543, se encuentra disponible en http://books.google.com, fecha de consulta: 02/10/2012). Muy significativa resulta la undécima parte, en la que también se vislumbra cierta animadversión al pueblo gitano: "en primer lugar, debemos prender fuego a sus sinagogas o escuelas [...] deberían ser alojados bajo un techo o en un establo, como los gitanos. Esto les hará ver que no son los amos de nuestro país, como presumen, sino que están viviendo en el exilio y encarcelados" (traducción libre).

[534] Valga la pena recordar el profundamente antisemita cuento "Der Jude im Dorn" de los hermanos GRIMM, *Kinder und Hausmärchen*, 1850, pp. 142-147. Nótese que se trata de una recopilación de cuentos *populares*, lo cual muestra el carácter ancestral del antisemitismo. Este cuento, planteado como caso real (si bien aceptando sus componentes sobrenaturales) sería un buen ejemplo de conductas constitutivas de coacciones y lesiones, a las que se pudiera aplicar la agravante del artículo 22.4ª CP. Resumiremos este aberrante relato: un muchacho posee un violín mágico que hace que la gente le obedezca. Al cruzarse con un judío que tenía una "larga barba de chivo", con la única finalidad de "divertirse un rato" (sic.), le obliga a bailar entre espinos hasta que se le llena el cuerpo de sangre. El judío le suplica que pare a cambio de su oro, que el joven toma. El judío denuncia un robo y un juez condena al joven porque "los judíos no dan su oro sin más" (el joven había alegado que se lo entregó porque no le gustaba la música de su violín). Finalmente, el joven demuestra los poderes de su violín. Bajo la amenaza de volver a tocar el violín, el judío confiesa que el oro era del joven porque él - en tanto que judío – todo su oro se lo había robado a alguien. Así que el juez ahorca al judío como ladrón.

deshumanizador[535]. Así, se fue alcanzando con la llegada del Siglo XX, y los acontecimientos que desembocarían en el Holocausto, la idea de antisemitismo como paradigma de xenofobia[536]. Como señaló ZOLA, el antisemitismo se nutre de odios ancestrales explotados de forma grosera con finalidades políticas, del cual el odio por razón de religión es únicamente la punta del iceberg[537]. Por lo tanto, bajo el paraguas de "antisemitismo" tiene cobijo el concepto de odio discriminatorio por razón de raza, etnia, lengua o religión semita.[538]

Lo que parece evidente, en cualquier caso, es que el fenómeno de la violencia neonazi hacia los inmigrantes se invocó en el debate legislativo previo a la irrupción del artículo 22.4ª CP en nuestro ordenamiento como una de las causas de mayor preocupación política. Todo movimiento neonazi, en tanto que mínimamente inspirado por el nacional-socialismo del *III. Reich*, propugna dogmas antisemitas. Por lo tanto, pudiera ser que con esta mención se pretendiera conferir un específico carácter simbólico al artículo 22.4ª CP (del estilo: "esta nueva circunstancia se aplicará, entre otros, a *skinheads* neonazis"). Sin embargo, nótese que hoy, en el mundo occidental, no parece ya tan evidente que el antisemitismo sea el paradigma casuístico del odio discriminatorio. Siendo así, se antojaría esta simbólica mención al antisemitismo paradójicamente "discriminatoria" para con otros prejuicios discriminatorios que cada vez se encuentran más arraigados.

---

535 Incluso el estudio de LOMBROSO, *El delito. Sus causas y remedios*, 1902, p. 57, señalaba "*puede afirmarse la menor criminalidad de los judíos en comparación con otras razas*", cuestión que choca con el estereotipo imperante del sistemático usurero.

536 Muy conocida la afirmación del Diario *La Croix*, autodenominado "el periódico católico más anti-judío de Francia", donde en 1894 podía leerse que, "al margen de toda la idea religiosa, sería absurdo pensar que un judío pudiera volverse francés". A la hora de atribuir un significado emocional al antisemitismo del *III. Reich*, sugiere NUSSBAUM, *El ocultamiento… op. cit.*, p. 131, que el miedo de los alemanes a la muerte (exacerbado tras la Primera Guerra Mundial) propició que confirieran características repugnantes a los judíos (cuestión fácil, al asociar su fama de viajeros con la propagación de enfermedades, como después se haría en todo Occidente con los homosexuales). Estas características repugnantes, evidentemente, latían desde tiempos muy remotos en toda Europa: el *III. Reich* habría encauzado, en Alemania, el estallido de esos prejuicios antiguos y atávicos. Así, el germen del antisemitismo como odio discriminatorio se encontraría en emociones próximas al asco.

537 Más cínico el gran autor naturalista en su definición: "*L'antisémitisme n'a été que l'exploitation grossière de haines ancestrales, pour réveiller les passions religieuses chez un peuple d'incroyants qui n'allaient plus à l'église*". *Vid.* ZOLA, *J'accuse… op. cit.*, p. 194.

538 *Vid.* VICH SÁEZ, "Antisemitismo", *HyV*, 2011, pp. 33-55.

En efecto, incluso en Alemania se ha llegado a afirmar que con la llegada del nuevo milenio, el principal prejuicio discriminatorio (y el nuevo "enemigo" desde el punto de vista neonazi) no sería ya el subyacente al antisemitismo, sino a la islamofobia[539]. Huelga señalar que existe actualmente una importante preocupación debido a determinados incidentes en los que, amparándose en una supuesta defensa de la "identidad europea", se han cometido atrocidades con el odio hacia el Islam por bandera[540]. Similares incidentes siguen sucediendo motivados por el odio discriminatorio hacia concretas condiciones personales igualmente atribuibles a colectivos no semitas, como el siempre presente odio a los gitanos[541]. También es preciso señalar que la llamada cristianofobia, como reverso de la misma moneda, se presenta en países de tradición islámica como uno de los principales motivos para la comisión de

---

[539] Así se sugiere en el reportaje "Letzte Ausfahrt Eisenach", *Der Spiegel*, nº 46, de 11 de noviembre de 2011, pp. 66-75; que tiene por objeto el descubrimiento en el año 2011 de la operativa perpetrada durante más de una década por un grupo neonazi, que seleccionaba como objetivos a diversas personas de origen turco para luego asesinarlas.

[540] Por ejemplo, recordemos que el autor de la matanza de la isla de Utoya, el 22 de julio de 2011 en Noruega, era abiertamente islamófobo, justificando así su ataque (*vid*. BONDE, "On the Conditions and Consequences of Anders Behring Breivik's Terrorist Actions", *EUFAJ*, 2011, pp. 5-9). A menor escala, un ejemplo español de esta dinámica lo encontramos en el estallido de violencia el mes de febrero del año 2000 en El Ejido. Como consecuencia de tres muertes de ciudadanos del municipio a manos de inmigrantes magrebíes, se desató una ola de violencia islamófoba (quema de mezquitas, etc.). A raíz de este incidente, se llegó a afirmar en medios europeos (así, el artículo "First strike by immigrants follows racist riots in El Ejido", disponible en http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2000/04/feature/es0004184f.htm [fecha de consulta: 15/11/11]) que España debía dejar de ser considerada como uno de los países menos racistas de Europa. Y ello, por un brote de islamofobia, que como recoge el *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 134: "*Es una de las peores lacras de nuestro tiempo, una expresión de intolerancia extrema hacia los musulmanes. Nuevo concepto que recoge la denuncia de Naciones Unidas sobre el prejuicio que identifica el Islam con amenazas graves conocidas, sentando las bases para un fanatismo que justifica la agresión a los musulmanes por el solo hecho de serlo. La peligrosa y conocida "hipótesis" del choque de civilizaciones está profundamente alimentada de islamofobia; el secretario general de la ONU, Kofi Annan, ha alertado reiteradamente sobre el peligro de la islamofobia para la democracia y la convivencia mundial*."

[541] No sólo no existe el mismo grado de concienciación entre este fenómeno y el antisemitismo (pese a que también fueron exterminados gitanos en el *III. Reich*), sino que hoy todavía surgen brotes de violencia contra los gitanos que sólo encuentran comparación con incidentes similares de islamofobia. Así, por ejemplo, tras la denuncia falsa de una joven (que atribuyó la pérdida de su virginidad a una agresión por parte de gitanos para no enfrentarse a su conservadora familia) se desató una oleada de violencia a las afueras de Turín contra quienes compartían esta etnia. Noticia del diario El País, Pablo Ordaz, "La caza del gitano a las afueras de Turín", Roma, 11/12/11, http:// internacional.elpais.com / internacional / 2011 / 12 / 11/ actualidad / 1323618884_329840.html; fecha de consulta: 11/12/11.

crímenes de odio[542]. De hecho, en ocasiones, una peculiar interpretación del Islam se encuentra en la base de la comisión de crímenes de odio antisemitas, lo cual a su vez desencadena una reacción islamófoba[543]. Lo anterior demuestra que, si se pretendiera justificar político-criminalmente la permanencia de los "motivos antisemitas" por un valor meramente simbólico, no sería de recibo la exclusión de otros concretos prejuicios, como la islamofobia o la "gitano-fobia"[544], que cuentan con una realidad tanto o más contrastable en nuestro país[545].

En definitiva, nos encontramos ante una mención, de conformidad con lo ya manifestado por gran parte de la doctrina, redundante. No parece que pueda conferirse otro valor a la mención al antisemitismo que el de operar como prototipo estereotipado de motivación discriminatoria. Nótese que los supuestos de delitos con motivación antisemita ya estarían cubiertos por el odio discriminatorio a la etnia, raza, nación o religión, condiciones todas ellas ya mencionadas por el artículo 22.4ª CP. Por lo tanto, si la redacción de esta circunstancia agravante quedara reducida a "*cometer el delito por motivos discriminatorios referentes a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia,*

---

542 Así, en Turquía, *vid*. SOKULLU-AKINCI, "Hate crimes", *AFDI*, 2009, pp. 101-117. Precisamente, esta autora propone como política legislativa para luchar contra estos fenómenos de criminalidad del odio (islamofobia y cristianofobia) el establecimiento de una circunstancia agravante genérica, lo cual no exige incluir expresamente esos dos específicos prejuicios.

543 En este sentido, pueden recordarse los crímenes de Mohammed Merah en Toulouse (*vid*. Abdennour Bidar, « Merah, "un monstre issu de la maladie de l'islam" », en Le Monde, 23/03/2012). Ello se insertaría en una dinámica propia del mundo post 11-S. Así, tras estos atentados surgió con fuerza un sentimiento de odio al Islam, al considerar que el "enemigo musulmán" (estereotipado como intrínsecamente terrorista) era responsable de los atentados. Sin embargo, en EE.UU. pudo apreciarse igualmente, alimentado por teorías de la conspiración, un aumento del antisemitismo, por considerar que realmente el atentado fue urdido por una suerte de contubernio siónico, a pesar de que también fallecieron judíos en el mismo (*vid*. LEVIN/RABRENOVIC, *Why we hate… op. cit.*, pp. 19-20).

544 A efectos de contrastar la tradicional existencia de este histórico prejuicio en nuestro país, conviene recordar el delito consistente en "ser gitano", conforme era penado antes de la promulgación de nuestro primer Código Penal: "*Gitanos. Cierta clase de gentes que afectando ser de Egipto, en ninguna parte tenían domicilio, y andaban siempre vagueando, engañando a los incautos* […] *El que use el trage, gerigonza, estilo ó malas costumbres de los que fueron llamados gitanos, y de quienes hasta el nombre se halla abolido, se le deben sellar en las espaldas las armas de Castilla con un hierro ardiente, y amonestarle para que haga vida civil y cristiana, imponiendole despues, en caso de reincidencia, y reconocido el sello, pena de muerte*" (ECHEVARRÍA Y OJEDA, *Manual de Delitos y Penas segun las Leyes y Pragmáticas de España*, 1802, pp. 98-100).

545 *Vid*. RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*

raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad", no variaría su aplicación práctica desde la interpretación del actual artículo 22.4ª CP que aquí hemos asumido.

3. Ideología, religión y creencias.

Dejando por el momento al margen la referencia a las "creencias" igualmente mencionadas por el artículo 22.4ª CP, debemos comenzar señalando que las conductas discriminatorias por causa de religión o ideología (que ha de entenderse como política)[546], nociones ambas mencionadas por el artículo 14 CE, pertenecen al "núcleo duro" de las causas de discriminación[547]. Su legítima inclusión entre las condiciones personales "dignas" de acceder al listado del artículo 22.4ª CP se encuentra fuera de toda duda: del principio de igualdad rector de todo Estado liberal-democrático dimana el necesario respeto a las libertades religiosa e ideológica. Se trata de elecciones con vocación de permanencia que afectan al núcleo duro de nuestra identidad personal, tanto en nuestra concepción de la naturaleza humana como en la de la correcta organización de la *polis*.

Comencemos analizando la referencia a la ideología, que se encuentra vinculada con el llamado "odio político", inspirador a lo largo de la Historia[548] de un sinfín de conductas violentas[549]. Se antoja por ello interesante que nuestro ordenamiento reconociera hasta tiempos bien recientes la circunstancia atenuante de obrar por móviles patrióticos, cuando es en muchas ocasiones un supuesto amor a un determinado entendimiento de la patria lo que como reverso de la moneda genera un odio ideológico hacia quienes no comparten tal

---

546 Como señalan SUÁREZ-MIRA *et al.*, "Agravantes"… *op. cit.*, es aconsejable "*circunscribir «ideología» a la política y reservar «religión o creencias» a dogmas o doctrinas referentes a la divinidad o un sistema ético.*"

547 *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit.*, pp. 301-302.

548 Paradigmático ejemplo, nuestra Guerra Civil. No en vano PRESTON, *El Holocausto Español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, 2011, *passim.*, 768 pp., la plantea como una contienda generada por el odio, ejemplificado en las palabras de Santiago CARRILLO ("*lo que sí había en Madrid era mucho odio a los fascistas*") y Emilio MOLA (reconociendo que su odio en la contienda procedía de su profundo antisemitismo), *vid. ibidem*, notas 29 y 121.

549 En muchas ocasiones, amparadas en la idea del justo tiranicidio (pues el tirano puede revestir la condición de *enemigo*, *ergo* ser objeto de odio): de que "acaso" proceda imponerle a un tirano la pena capital. Sobre esta cuestión, FAIRÉN GUILLÉN, "Una tiranía colegiada en el siglo XX: la de Hitler y los suyos. Una antitiranía profesional: la de miembros del Estado Mayor alemán. El General Von Tresckow, el Almirante Canaris, el Coronel von Stauffenberg y sus compañeros", AA. VV., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios 2011*, 2012, p. 37 y ss.

visión[550]. Esta circunstancia atenuante, de intermitente presencia en nuestra historia legislativa, fue suprimida entre otras cuestiones porque hacía peligrar el principio de igualdad.[551] El hecho de que ese amor a la patria se haya vuelto irrelevante como motivación atenuatoria y su eventual contrapartida, el odio político, devenga agravante, es fiel reflejo del cambio de organización política acaecido en nuestro país, lo cual incide directamente en el fundamento aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP: el principio de igualdad, que antes peligraba al atenuarse sólo la responsabilidad penal de quienes compartían la ideología política imperante, sustenta ahora la agravación pues, en un Estado liberal democrático, un ciudadano puede tener la ideología política que libremente decida ser la más acorde con sus creencias, por repugnante que pudiera resultar para la mayoría.

La casuística nos dice que esta agravante normalmente se aplica a sujetos de extrema derecha, que cometen su delito motivados por el odio político hacia sujetos de tendencia contraria (así, la STS nº 713/2002, de 24 de abril, MP

---

[550] Así, la STS nº 360/2010, de 22 de abril, MP Diego Antonio Ramos Gancedo, que confirmó la aplicación del artículo 22.4ª CP a un *skinhead* de ideología neonazi, que acudía a una manifestación, precisamente denominada "contra el racismo anti-español" y, por odio ideológico, asesinó a un sujeto de ideología contraria en el metro de Madrid.

[551] STS nº 1848/1993, de 21 de julio, MP Gregorio García Ancos: "*De otra parte, aceptar la tesis del Tribunal «a quo» sería tanto como revivir, y aún en mayor medida, la atenuante 7.ª del art. 9 que surgió como tal en el Código de 1928, desapareció en el de 1932, volvió a ser incorporada al de 1944 y fue suprimida por la reforma llevada a cabo el 25-6-1983. Nos referimos a la atenuante que textualmente decía: "La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia". Y es que, aparte de las causas que en su día pudieron impulsar al legislador a crear una circunstancia modificativa de tales características, la verdad es que suponía, y de ahí su derogación, una especie de «cajón de sastre» en que todo podía caber pero de lo que, también, todo podía ser excluido, peligrando así, como hemos indicado, el principio de igualdad.*" La doctrina, reconociendo al patriotismo un extraordinario valor a efectos de la "moral social", entendía que no era necesario un arrebato pasional: bastaría con una emoción sosegada (como pueden serlo el odio y el amor, dado su carácter duradero), propia de quien es consciente de actuar por intereses sociales. También había insistido el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 19 de diciembre de 1945 y de 13 de mayo de 1949, en que "*las diferencias ideológicas que separan al agente y a su víctima no pueden, por sí solas, fundamentar esta atenuante*" (*Vid*. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal… op. cit.*, pp. 535-536 y 545 y ss.): no bastaba con un odio político para que se aplicara la atenuación. Sin embargo, quien cometiera un delito motivado por su amor a la patria y a la moral social por ella representada (pongamos, la de la España nacional-catolicista), podía igualmente (concurriendo un móvil cuyos componentes evaluativos serían reflejos) actuar por odio discriminatorio hacia el estereotipo que representaba una amenaza a la patria (como sería un sujeto comunista).

Joaquín Martín Canivell[552]). Esto incluye agresiones contra sujetos de extrema izquierda, defensores de nacionalismos autonómicos, demócratas y partidarios de cualquier otra clase de ideología de la cual derive una organización del Estado distinta del totalitarismo que ellos propugnan. En sentido contrario, nada obsta sin embargo para que pueda aplicarse a sujetos de esas tendencias si por odio ideológico cometen su delito contra sujetos neonazis. Desde el fundamento aquí propuesto, la "motivación ideológica" a la que hace referencia el precepto se entiende que incluye aquellos casos en los que el autor, partidario de una determinada forma de organización política del Estado español, comete su delito porque su víctima mantiene una convicción diferente al respecto.

Por supuesto, podríamos plantear la posibilidad de que fueran subsumibles algunas de estas motivaciones discriminatorias por "*ideología*" en aquellas referidas a la "*nacionalidad*" de la víctima (si entendiéramos que incluye las llamadas nacionalidades autonómicas). No obstante, la jurisprudencia del

---

[552] Más recientemente, en similar sentido, STS, Sala 2ª, nº 815/2011, de 11 de julio, MP Carlos Granados Pérez: "*Ciertamente, en el relato fáctico se dice que los agresores eran simpatizantes con la ideología skinhead y que el agredido presentaba una estética punk consistente en corte de pelo con cresta e indumentaria con lemas antinazis, y eso fue exclusivamente lo que determinó la agresión de que fue víctima, es decir fueron razones de discriminación ideológicas las que motivaron a los acusados con grave vulneración de los principios de igualdad y tolerancia.*" Otro ejemplo de este odio ideológico entre "tribus urbanas" lo encontramos en la STS nº 360/2010, de 22 de abril, MP Diego Antonio Ramos Gancedo: "*el acusado se dirigía en metro a la estación de Usera para participar en una manifestación convocada con el lema: "contra el racismo anti-español" por Democracia Nacional, partido vinculado a la extrema derecha, ideología que compartía el acusado, quien portaba una navaja monofilo de, al menos, siete centímetros de hoja, y un puño americano. Sobre las 11:55 horas, al llegar a la estación de Legazpi, anterior a la de su destino, el acusado al observar que en el andén se encontraba un grupo superior a cien de jóvenes, que por su apariencia externa identificó como de ideología antifascista, los cuales iban a tratar de boicotear la referida manifestación, y antes de que el tren se detuviese, sacó su navaja al tiempo que bostezaba, yendo tranquilamente a situarse junto a una de las puertas del vagón, ocultando la navaja abierta y con la hoja hacia arriba en la cara posterior del antebrazo, esperando a que entrasen algunos de los citados jóvenes para agredir a cualquiera de ellos con el menor pretexto por su enfrentada divergencia de pensamiento. Entre los jóvenes, se encontraba el menor Teodoro , nacido el 3 de mayo de 1991, quien al acceder al vagón y percatarse que la estética de Fermín se correspondía con la de un skin neonazi, le preguntó sobre su sudadera en la que visiblemente figuraba: "Three-Stroke", marca que habitualmente usan personas de dicha ideología, a la vez que se la tocaba, ante lo cual el acusado inmediatamente le asestó una fuerte puñalada en el tórax, entre el tercer y cuarto espacio intercostal izquierdo, con trayectoria de arriba-abajo, que penetró unos siete centímetros alcanzando el ventrículo izquierdo del corazón, y que le produjo la muerte poco después por un shock hipovolémico* […] *ya es suficientemente ilustrativo que nada más clavar la navaja en el corazón de Teodoro , el acusado -dice el factum- "se quedó en el interior del vagón que fue desalojado por sus oponentes ideológicos ante el temor de ser agredidos, recorriendo el mismo de un lado a otro blandiendo la navaja y profiriendo contra ellos las siguientes frases: "guarros de mierda, os voy a matar a todos" y "Sieg Heil", mientas saludaba al modo nazi extendiendo el brazo y mano derechos.*"

Tribunal Supremo suele reconducir estos supuestos al término "ideología"[553]. Por ejemplo, si un sujeto comete un delito por motivos discriminatorios hacia un ciudadano vasco, existirán dos opciones para aplicar el artículo 22.4ª CP. Si el componente evaluativo de su emoción surge a consecuencia de la dicotomía "nacionalismo independentista"/"nacionalismo españolista", se aplicará atendiendo al término "*ideología*". Cuestión, por otra parte, lógica, ya que ese tipo de convicciones se compadece con la noción de "ideología política": se trata de creencias relacionadas con la organización de la *polis*, ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes, o cualesquiera otras formas de organización política. Si, por el contrario, el odio derivaba de que su víctima estaba comunicándose en euskera (y ello la identificara como integrante del pueblo vasco), sería igualmente posible aplicar la circunstancia agravante amparándose en el término "*etnia*".

Ahora bien, el concepto de ideología se encuentra determinado, conforme hemos señalado, por la forma en que la víctima cree que deba ser la organización del modelo político: no es un laxo concepto, y por ello la STS nº 1160/2006, de 9 noviembre, MP Siro Francisco García Pérez se planteó y descartó que pudieran tener cabida por esta vía en el artículo 22.4ª CP los supuestos de aporofobia[554]. Tampoco entraría aquí el odio discriminatorio hacia la condición de sindicado en sí misma, estrictamente considerada (que a pesar de ser una causa de discriminación tradicionalmente reconocida por el Tribunal

[553] En la STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, se concluyó que concurría la agravante, pues: "*Diego actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir que tenía D. Eloy, entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación "Gurasoak Lanean"*". O, como más explícitamente había señalado el TSJ de Navarra en su Sentencia nº 3/2005, de 14 de diciembre: "*en el supuesto de autos su aplicación no ofrece dudas* [...] *se evidencia la imposibilidad de prescindir de las razones de orden ideológico o político en el actuar de Valeriano, quien actuó movido por la creencia de que el fallecido era «un etarra», en los propios términos empleados en la redacción de los hechos objeto del veredicto*".

[554] "*Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía.*"

Constitucional[555] es una elección no permanente y por lo tanto no cumple los requisitos para acceder al catálogo de condiciones reconocidas por el listado del artículo 22.4ª CP). Todo ello a salvo de que, como sucederá en muchos casos, pueda ser la ideología política del sindicado lo que originó el prejuicio del autor, y su afiliación a un determinado sindicato un indicio de que tenía una determinada ideología[556]: en esos casos, si podría hablarse de odio ideológico.

Pasando ya a la mención del artículo 22.4ª CP a la religión, existen varias opciones interpretativas. Con el fin de delimitar de forma estricta el objeto de esta clase de odios discriminatorios, en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, se ha propuesto que opere la circunstancia agravante sólo si se trata de un credo identificable, que fundamente su doctrina de forma distinta a otras concepciones. Conforme a ese planteamiento, la "*religión*" implicaría una creencia en una suerte de divinidad, una concepción del mundo en clave espiritual y trascendente (lo cual excluiría a aquellos cultos que, tras ese velo de espiritualidad, ocultan un interés económico o sexual). Por último, habría de ser una religión en cuya Iglesia se ingrese, y se continúe, de forma voluntaria. Es decir: habría que entender el término religión en sentido normativo, lo cual excluiría del ámbito de aplicación de la agravante los supuestos de odio discriminatorio hacia una religión cuya Iglesia no se encuentre inscrita en el

---

[555] Así la STC nº 168/2006, de 5 de junio, MP Manuel Aragón Reyes, con base en el siguiente razonamiento: "*Desde nuestra temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos venido subrayando que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero , F. 3; 127/1989, de 13 de julio, F. 3; 94/1995, de 16 de junio, F. 2; y 145/1999, de 22 de julio , F. 3). Y que, asimismo, como recordábamos en la STC 17/2005, de 1 de febrero, F. 2, este derecho garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquellos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, F. 5; 74/1998, de 31 de marzo, F. 3; 173/2001, de 26 de julio, F. 5; y 79/2004, de 5 de mayo, F. 3).*"

[556] Dada la estrecha vinculación entre la pertenencia del trabajador a una organización sindical y el ejercicio de su libertad ideológica; *vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit.*, p. 304.

Registro de Entidades Religiosas[557]. El problema de esta interpretación es que las razas, las etnias o las ideologías políticas no se encuentran tasadas ni registradas. Restringir sólo[558] el concepto de religión no parece que pueda justificarse con un argumento definitivo, máxime cuando la ideología se entiende de manera tan amplia. Si admitimos que el artículo 22.4ª CP sea de aplicación, atendiendo al fundamento aquí propuesto, a quien comete su delito por odio discriminatorio hacia ideologías contrarias a la liberal-democrática (como el nacional-socialismo), tampoco parece que pueda justificarse ahora excluir a aquellas religiones más o menos sectarias, aunque no estén reconocidas por el ordenamiento. Por otra parte, si la "religión" ha de ser la de una Iglesia inscrita en el Registro, ello excluiría los supuestos de odio discriminatorio hacia el ateísmo, que también supone una concepción del mundo en clave trascendente: la negación de la divinidad. No estamos hablando aquí, como no nos cansaremos de repetir, de *efectos* discriminatorios sobre una determinada confesión religiosa necesitada de protección penal. Hablamos de los motivos, del odio y el prejuicio del autor, hacia una condición personal consistente, en este caso, en la creencia en una determinada concepción del mundo desde un prisma ético y trascendente.

Por todo ello, considero que el concepto de religión que menciona el artículo 22.4ª CP no ha de ser entendido como necesariamente perteneciente a una confesión inscrita en el precitado Registro. Más bien, como cualquier creencia vinculada al general reconocimiento del Derecho a la libertad religiosa derivado

---

557 Siguiendo los criterios de BORJA JIMÉNEZ, en este sentido se pronuncia RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*

558 Bien es cierto, como veremos a continuación, que el concepto de "*nación*" que menciona el artículo 22.4ª CP será aquí entendido de forma normativa, en tanto que la perteneciente a un Estado. Sin embargo, ello obedecerá a nuestra voluntad de no "discriminar", cosa que sucedería al no incluir en el término "nación" los supuestos de odio cultural por la pertenencia a una región que no tenga reconocido el título de "nacionalidad autonómica". No supone ello ninguna laguna de punibilidad, ya que como hemos visto el odio discriminatorio hacia nacionalidades autonómicas encontraría cabida en el artículo 22.4ª CP a través de las menciones a la etnia o la ideología. Sin embargo, no puede afirmarse con igual rotundidad que la interpretación normativa de "religión" propuesta por un sector de la doctrina sortee ese problema.

del principio de igualdad[559]. Ello deberá incluir creencias espirituales y trascendentes hacia determinadas formas de divinidad, sea cual sea ese Ser Superior[560], y por supuesto la convicción atea o agnóstica.

Al inicio del presente epígrafe, habíamos afirmado que no existían dudas acerca de que la ideología política y la religión son condiciones personales, pues afectan al núcleo duro de la personalidad. Resulta evidente que, en ocasiones, es incluso posible que se combinen las razones por las que surge el odio discriminatorio como motivación para cometer un delito. Por ejemplo, en el caso de Yigal Amir, que asesinó a Isaac Rabin, ex Primer Ministro de Israel, en 1995, concurría un odio ideológico (hacia Rabin, su víctima) y un odio religioso (hacia los palestinos, que no sufrieron directamente su acción).

Igualmente, sería un error considerar que el odio religioso necesariamente implica que se odie a quien no comparta la misma religión. Un ejemplo evidente serían los asesinatos de muchos médicos abortistas (en ocasiones cristianos) por parte de antiabortistas, también cristianos[561]. Lo mismo puede decirse del odio ideológico: puede generarse por entender que determinados sectores no cumplen con el "canon" de la ideología en cuestión, considerándoles ya enemigos odiados por su supuesto carácter cismático. Pero

---

[559] Una similar interpretación del término "religión" como referido a motivaciones en el ámbito penal ya fue mantenida por RODRÍGUEZ RAMOS, "Discriminación punible", COBO DEL ROSAL (dir.), *La reforma del Código Penal de 1983. Tomo V – Vol. 2º.*, 1985, p. 638. Se trata, por otro lado, de un entendimiento acorde con la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1805 (2007), de 29 de junio; relativa a la blasfemia, los insultos religiosos y el discurso del odio contra las personas por razón de su "religión". En ella, remitiéndose a la Recomendación 1720 (2005), sobre educación y religión, se refiere que la tolerancia en este ámbito no sólo ha de ir referida a otras "Religiones" *stricto sensu*, sino también a las "sensibilidades religiosas" (*religious sensitivities*) de cada persona. Lo cual parece claramente desvincular el odio hacia la "religión" de alguien del hecho de que esa religión se encuentre institucionalizada a través de una Iglesia.

[560] Nótese que en nuestro ordenamiento podría considerarse discriminación por razón de religión credos que no fueran una *religión* "en sentido estricto": por ejemplo, el caso de los masones. Siguiendo la doctrina del TEDH, especialmente del asunto Gran Oriente de Italia del Palacio Giustiniani c. Italia, de 31 de mayo de 2007, *vid*. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Minorías Religiosas", AA. VV., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios 2011*, 2012, pp. 170-171.

[561] Sobre estas cuestiones, *vid*. ALEXANDER, "Religiously Motivated Murder: The Rabin Assassination and Abortion Clinic Killings", *ALR*, 1997, pp. 1161-1208.

en estos casos, de forma independiente o conjunta, parece claro que lo que inspira el odio es una condición personal de la víctima: su supuesta creencia en una ideología política o en una religión. Lo que sucede es que, excluidas esas dos creencias (política y religiosa, con su correspondiente proyección a efectos de principio de igualdad y de libertad ideológica y religiosa), no parece que existan otras que puedan encontrarse en pie de igualdad con ellas: elecciones permanentes, capaces de una similar incidencia en la identidad de la persona. Considero, en efecto, que esa mención a las "*creencias*" que efectúa el artículo 22.4ª CP exige interpretar que deben ser de similar envergadura a la ideología política o la religión[562]. Así lo interpretó la jurisprudencia en el trágico "caso Aitor Zabaleta", descartando que un delito motivado por odio discriminatorio hacia un equipo de fútbol rival pudiera suponer la aplicación de la circunstancia agravante, si no se probaba (extremo que no se consideró entonces acreditado) que ello derivaba de un odio político (o referido a alguna de las demás condiciones personales que sí enumera el precepto).[563]

Por ello, no parece descabellado afirmar que la mención al término de "*creencias*" sea redundante, si se entienden las nociones de "*ideología*" o "*religión*" en el sentido previamente expuesto. Si se recondujeran sin más las "*creencias*" a "concepciones personales de naturaleza no política", con el fin de que éstas fueran de la misma envergadura que la ideología, sólo podrían encuadrarse en la religión. Lo mismo podría decirse, a la inversa, si entendiéramos que se refiere a "actitudes éticas" no religiosas: normalmente estaremos ante ideologías políticas. Desde que asumimos que la mención del

---

562 Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas... *op. cit.*, p. 378.

563 SAP de Madrid nº 115/2005, de 28 noviembre, MP Luisa Aparicio Carril: "*la agresión la dirigen contra un grupo de personas, vascos unos pero otros no, que lo único que tiene en común, que les identifica y que determina la actuación de los acusados es que se trata de aficionados del equipo de fútbol con el que se va a enfrentar ese día aquel del que ellos son hinchas. Durante todo el acto del juicio se ha querido dar a los hechos ya de por sí graves que se produjeron y que se han declarado probados un contenido que este Tribunal no aprecia. Seguramente aficionados de la Real Sociedad llevaban no solo banderas que les identificaban con su club, sino también la bandera que les identificaba como procedentes del País Vasco, y así se ha admitido que algunos llevaban ikurriñas; también en los vídeos que se vieron en el acto del juicio se apreció que algunos aficionados del Atlético de Madrid que se colocaban en el fondo sur llevaban banderas de España con el águila que la identifica con la bandera oficial anterior a la aprobación de la Constitución Española, pero no por ello puede afirmarse que fuera ese el motivo que llevó a los acusados a actuar.*"

precepto a la religión abarca el ateísmo o particulares concepciones sobre nuestra posición trascendente (o intrascendente) en el universo, también es posible interpretar que nos encontraremos ante un odio a las creencias "religiosas" en delitos cometidos por motivos discriminatorios hacia algunas "creencias científicas"; como por ejemplo la creencia en el "evolucionismo" de la víctima (que asume los postulados de DARWIN, frente al judeo-cristiano "creacionismo"). Una interpretación menos restrictiva del vaporoso concepto de "*creencias*" aumentaría la inseguridad jurídica, una interpretación conforme al principio de taxatividad nos reconduce a las ya mencionadas creencias religiosas o políticas[564] (o a aquéllas intrínsecamente vinculadas a estas dos).

Sin embargo, esta referencia a las creencias reviste utilidad a efectos interpretativos y prácticos respecto de las menciones a la "ideología" y a la "religión". En lo que atañe a esta última, la mención a las creencias refuerza la idea de que no han de ser necesariamente las religiones con Iglesia inscrita en el Registro, o que también puede entenderse subsumido el ateísmo: de "*creencias* religiosas" estamos hablando. De la misma manera, piénsese en supuestos de *odio horizontal*: dos personas comparten la que, *formalmente*, es la misma *ideología* política o la misma *religión*. Una de ellas considera que la otra mantiene una versión "adulterada", inaceptable, no canónica de esa misma ideología, y por ello decide cometer un delito[565]. No existe, literalmente, un odio discriminatorio por razón de ideología o religión, ya que ambas personas serían igualmente "católicas", "musulmanas", "comunistas" o "fascistas". El odio iría referido a las *creencias* religiosas o políticas. Por lo tanto, considero aconsejable no abogar de *lege ferenda* por la supresión de ese término.

---

[564] En este sentido, RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*

[565] *Vid.* la noticia del diario El País de 21/09/12, Carolina García, "Un jurado federal de Ohio condena a 16 amish por crímenes motivados por el odio": "*Tras casi cinco días de deliberación, un jurado federal de Cleveland (Ohio) ha determinado este jueves que Samuel Mullet, obispo de una comunidad separatista amish, y otros 15 de sus seguidores son culpables de conspiración, secuestro y crímenes motivados por el odio tras cortar la barba y el pelo a varios miembros de su comunidad. Este hecho es considerado una humillación dentro de las normas de su fe. Para este grupo religioso, dejarse la barba en los hombres tras el matrimonio es símbolo de la identidad masculina, de la misma forma que su Biblia obliga a las mujeres a dejarse el cabello largo. Las condenas podrían acarrear penas de prisión de diez años o más.*"

4. Nacionalidad.

También señala el artículo 22.4ª CP que se aplicará la agravante si concurren motivos discriminatorios por razón de la "*nación a la que pertenezca la víctima*". Es decir, que se trata de un odio discriminatorio motivado por la *nacionalidad* - igualmente, tradicional causa de discriminación[566] - de la víctima, interpretando el término "*nación*" en su sentido político.

No obstante, una forma de entender esta referencia a la "*nación*" sería forzando una peculiar interpretación etimológica, sobre la que conviene detenerse. En efecto, entre las condiciones enumeradas por el artículo 22.4ª CP no se encuentra el "*nacimiento*", que sí cita expresamente el artículo 14 CE. Pues bien, no podemos obviar que una de las acepciones de "*nación*" es, precisamente, la de ser sinónimo de "*nacimiento*".[567] La discriminación por nacimiento ha sido entendida, tanto por el TEDH como por el TC, en relación al trato desigual conferido a hijos legítimos e ilegítimos[568]. No es descabellado imaginar a un sujeto que detente un prejuicio hacia quienes han nacido dentro o fuera del matrimonio (por ejemplo, un hermano "legítimo" a uno "ilegítimo", o viceversa). Parece, no obstante, que no se trata de condiciones personales análogas a las demás enumeradas por el artículo 22.4ª CP. Y, en cualquier caso, resulta evidente que no se refiere a ello el precepto: la redacción ayuda a

---

566 Por todas, la STC nº 5/2007, de 15 de enero, MP Pablo Pérez Tremps. De forma muy significativa, el TJUE ha reconocido como principio general del Derecho de la Unión, específicamente, "*el de no discriminación en función de la nacionalidad*", situado en el mismo estadio que el de proporcionalidad o el de solidaridad. *Vid*. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, 2011, p. 249.

567 Acepción cuarta, Avance de la 23ª edición del Diccionario de la RAE: "*nacimiento (‖ acción de nacer). Ciego de nación.*"

568 *Vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit*., pp. 298-299 y 302. Por todas, STC, Pleno, nº 200/2001, de 4 de octubre, MP Vicente Conde Martín de Hijas: "*…dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, F. 3.b; 74/1997, de 21 de abril, F. 4; 67/1998, de 18 de marzo, F. 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (STC 7/1994, de 17 de enero, F. 3.b)*".

interpretar correctamente el término de "nación", pues se refiere a aquella a la que "*pertenezca la víctima*" (que no puede "pertenecer" a un nacimiento).

Asumiendo que el artículo 22.4ª CP está remitiéndonos a los motivos discriminatorios por razón de la nacionalidad de la víctima, la pregunta que ahora se plantea es si debe ello entenderse en un sentido más normativo (como perteneciente a un Estado regido por el mismo gobierno, como en "nación andorrana") o cultural (como perteneciente a un mismo origen, con el mismo idioma y una tradición común, como en "nación catalana"). De ello dependerá que se entiendan incluidas en esta referencia las nacionalidades autonómicas.

En lo que respecta a los nacionalismos autonómicos, el artículo 2 CE consagra tanto el carácter indisoluble de la "*nación*" española como la autonomía de las "*nacionalidades*" y regiones que la integran. Surge así la posibilidad de entender que se aplicará el artículo 22.4ª CP a quien actúe guiado por odio discriminatorio hacia una nacionalidad autonómica. Sin embargo, si se admitiera que el precepto se refiere a un concepto de nación "cultural", habida cuenta de la ya analizada mención a la "*etnia*", se vaciaría de contenido la referencia a la "*nación*"[569], añadiendo redundancias a un precepto ya criticado por no carecer de ellas. Además, como señala LAURENZO[570], incluir sólo las nacionalidades autonómicas "discriminaría" a las regiones del Estado español, equiparadas a las nacionalidades por la Constitución. Considero por ello que debe entenderse que sólo se agravará por odio discriminatorio hacia la "*nación*" (término, en singular, que mencionan tanto el artículo 2 CE como el 22.4ª CP) entendida como la propia del Estado (como el español, el marroquí o el estadounidense) al que pertenezca el sujeto[571]. Todo ello, además, partiendo de que por la vía de la ideología o la etnia puede aplicarse el artículo 22.4ª CP a supuestos de odio a nacionalidades autonómicas.

---

[569] Así RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit*.
[570] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit*., pp. 245-246.
[571] En sentido negativo, sería posible la aplicación del artículo 22.4ª CP si el autor cometiera el delito por un extraño odio discriminatorio a los apátridas, esto es, a los que no tienen nacionalidad ninguna.

Conviene destacar que el odio discriminatorio hacia la nacionalidad formal de la víctima puede motivar la comisión de un buen número de delitos si atendemos a la violencia *entre* "bandas latinas"[572] – que, no en vano, suelen autodenominarse "naciones" - (*Latin Kings*, *Ñetas*, *Dominicans Don't Play*, etc.). Muchos de estos grupos están integrados por sujetos de nacionalidades determinadas, y de hecho sus colores "tribales" pueden representar los de la bandera de un determinado país (como sucede con los *Ñetas* y la de Puerto Rico). No debiera descartarse que, en la comisión de un delito por parte del miembro de una de estas bandas contra el miembro de otra, sea un odio discriminatorio hacia una nacionalidad concreta lo que motiva el hecho.[573]

No obstante, muchas "bandas latinas" cuentan con miembros de distintas nacionalidades, por lo que la anterior hipótesis no siempre será viable. Del

---

[572] Por ejemplo, a la que dio lugar al "caso Latin Kings", STS nº 378/2009, de 27 de marzo, MP Luciano Varela Castro: *"se hace una referencia específica a "derramar nuestra sangre y dar la vida si es necesario para luchar en contra de los que nos nieguen y defender nuestra querida y poderosa nación". Y más adelante, después de relacionar algunos de los grupos enemigos, entre ellos los ñetas y los vatos locos, se afirma que "ellos son nuestros enemigos y nunca los dejaremos crecer porque por manos de ellos han muerto muchos hermanitos. Nosotros tenemos que aprender a reconocerlos y someterlos o tumbarlos con todo nuestro rencor".- En los dos o tres primeros años de su existencia no se conocen actos especialmente violentos de los Latin Kin's, o cuando menos no constan fehacientemente acreditados en la causa. Sin embargo, a partir del año 2004 sí se aprecian actos violentos e intimidatorios de la organización, tanto en el ámbito interno como en el externo, enfrentándose con cierta asiduidad con algunos otros grupos, especialmente con los llamados ñetas."*

[573] Conviene atender a algún testimonio sobre la fenomenología de estas bandas: "*Sobre los grupos latinos piensan que brotaron naturalmente a partir de una situación en que primero se juntaban los latinos porque se sentían distintos de los españoles, luego, al aumentar en número, los latinos se dividían por naciones, y ahí, al producirse rivalidades, vino el interés por ser unos más que otros y empezaron a surgir los grupos duros y las bandas. Los latinos uniéndose por naciones y los españoles por ideologías. Lo expresa muy representativamente un muchacho colombiano de 17 años: "*[...] *los dos últimos años, ya que es cuando más inmigrantes han llegado, ya se han ido colocando por nacionalidades o sólo los latinos. Bueno, al principio éramos todos un conjunto de latinos, entonces los latinos a un lado y los españoles por libre en otro. Pero claro, ya los latinos también van como aquí en España independentistas, entonces ya se iban independizando por países. Entonces ya no éramos todos los latinos, sino ya los dominicanos allí, los ecuatorianos allí, los colombianos en otro lado... por peleas o por tonterías. Entonces así nos fuimos dividiendo y tal vez quizás ahí fue cuando empezaron a surgir las bandas porque, yo que sé, a lo mejor uno se sentía inferior que otro, entonces quería sentirse superior y formar parte de algo. Entonces se fueron creando las bandas. [E.: ¿Los españoles también formaban grupos...] Sí, pero, pero ya los españoles son más por, dejándose llevar por ideologías, ideologías de estas nazis y raras, sin ningún sentido*" (APARICIO/TORNOS/CABALA, *Aproximación al estudio de las Bandas Latinas de Madrid*, 2009, p. 57). Así, si identificara a una de estas bandas con una determinada nacionalidad, podría el miembro de otra banda (caracterizada por una nacionalidad distinta) cometer un delito al que se le aplicara el artículo 22.4ª CP por razón de un odio nacional.

mismo modo, tampoco se aplicará el artículo 22.4ª CP siempre que un miembro de una banda latina cometa un delito contra un sujeto español; pues puede que su acción no esté motivada por un odio discriminatorio hacia la nacionalidad, ni hacia la raza o la etnia, de su víctima.[574]

[574] *Ibidem*, p. 55: "*En cuanto al trasfondo de conflicto étnico que pudiera influir en la cosa expresan un cierto escepticismo, muy crudamente expresado por una encargada de programas de familia cuando nos decía que el asesinato de Manu, el muchacho de San Cristóbal que fue apuñalado por un dominicano, fue en realidad un altercado juvenil más, el cual podría haberse producido más o menos lo mismo entre dos nativos españoles. El racismo subterráneo existiría, pero más entre los adultos que entre los jóvenes, los cuales se mezclan muy a menudo entre ellos, aunque a la vez haya quienes racionalizan sus problemas atribuyéndolos a racismo*". Como puede apreciarse, las motivaciones de estos sujetos a la hora de actuar parecen confusas.

5. Sexo.

El sexo se refiere a la condición de hombre o mujer, al margen de su orientación o identidad sexual. Es decir, que se aplicará la circunstancia agravante a quien cometa un delito motivado por el odio discriminatorio a la condición biológica de hombre o mujer[575]. Dicho de otra manera: a supuestos de delitos misóginos o de aquéllos motivados por el odio al sexo masculino. Aparentemente evidente la interpretación de esta condición personal, el caso de la misoginia merece sin embargo ser sucintamente matizado, con el fin de recalcar que el artículo 22.4ª CP se refiere a una condición personal que no se elige, es duradera y ha sido tradicional fuente de discriminación: el sexo y, de forma significativa, que este sexo sea el de la mujer.

Pues bien, en el concepto de sexo de la mujer entrarían, además del hecho de tener unos determinados atributos sexuales, aquéllas cuestiones estrechamente vinculadas con los mismos, que determinan esa condición personal. Así, podría ser de aplicación el artículo 22.4ª CP a quien afirmara haber cometido un delito contra una mujer encinta porque "odia a las embarazadas", pues ello pudiera suponer que actuó por motivos discriminatorios hacia el sexo femenino[576].

---

[575] O a la más rara condición biológica de hermafrodita.

[576] Extrapolando al caso la reflexión de la STC nº 182/2005, de 4 de julio, MP María Emilia Casas Baamonde: "*Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, F. 2; 136/1996, de 23 de julio, F. 5; 20/2001, de 29 de enero , F. 4; 41/2002, de 25 de febrero, F. 3; o 17/2003, de 30 de enero, F. 3)*". No obstante, es necesario limitar la interpretación de "sexo" en el artículo 22.4ª CP a aquellas condiciones necesariamente vinculadas de forma "directa e inequívoca" al sexo biológico. En efecto, en ocasiones, podría hablarse de un concepto "expansivo" de discriminación por razón de sexo. Por ejemplo, el artículo 9 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece: "*También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*", con su consiguiente reflejo en la práctica. Así, en la resolución de 28 de marzo de 2012 de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, expediente nº Q20110064, se consideró que se había producido "una *discriminación por razón de sexo, ya que ha despedido* [la empresa] *por motivos disciplinarios a la trabajadora, como represalia por haber acudido a Emakunde a interponer una queja por una presunta discriminación por razón de sexo*". Es decir: una trabajadora denunció una discriminación por

Sin embargo, no incluye el artículo 22.4ª CP referencia alguna al *género*[577], un rol que no tiene necesariamente que ver con el sexo biológico[578], y que no es una de las condiciones personales que pueden suponer la agravación. Del mismo modo que la alusión al *género* que efectúa la LO 1/2004, de 28 de diciembre, no puede entenderse como inclusiva de la noción de sexo[579], en sentido contrario, tampoco dentro de la noción de sexo del artículo 22.4ª CP se puede entender subsumida la de género. En definitiva: no es lo mismo un delito machista (especialmente, en el ámbito de la pareja[580]) que un delito motivado por

---

razón de sexo, iniciándose un procedimiento. Con independencia de que lo que hubiera denunciado fuera o no constitutivo de discriminación por razón de sexo (o de que existieran o no razones para dicho despido), afirma este organismo autónomo del Gobierno Vasco que el hecho de despedirla, por haber presentado su queja, es en sí mismo considerado una discriminación por razón de sexo. Esto vendría a significar, extrapolado al artículo 22.4ª CP, que a quien comete el delito debido al odio que siente hacia las personas que presentan quejas ante organismos que promueven la igualdad entre mujeres y hombres podría serle de aplicación la agravante, ya que actúa guiado por un odio discriminatorio por razón del sexo de su víctima. Se trata de una interpretación demasiado expansiva, que desde luego no guarda una conexión "directa e inequívoca" con el sexo (por lo que no se cumpliría el criterio de la precitada STC nº 59/2008, de 14 de mayo). Considero por ello que hay que extremar las cautelas y, a diferencia de lo que sucede con el embarazo, excluir estos supuestos del concepto "sexo" a efectos del artículo 22.4ª CP, sin perjuicio de que entendida como "indemnidad frente a represalias" pueda cumplir su función la consideración de "discriminación por razón de sexo" de estos supuestos en otros ámbitos.

[577] En el debate estadounidense, existe una importante presión por parte de grupos feministas para la inclusión del "género" (como condición personal diferenciada del "sexo") en el listado de condiciones personales que justifican la agravación conforme al *animus model* legislativo de crímenes de odio. *Vid*. PETERSEN, *Murder, the Media*… op. cit., p. 153 y ss.

[578] La característica esencial del género sería encontrarse sometido o sometiendo en "*relaciones de dominación*" de pareja, lo cual ha habilitado que se apliquen delitos de violencia de género a sujetos transexuales. Siguiendo la SAP de Málaga de 3 de mayo de 2010, rollo 206/10, *vid*. DE LA CERA GALACHE, "Protección de la mujer víctima de violencia de género en el derecho español", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, p. 208.

[579] STC, Pleno, nº 59/2008, de 14 de mayo, MP Francisco Javier Delgado Barrio: "*Como el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología.*"

[580] Como señala CRUZ BLANCA, "Igualdad, Control Social y Derechos Humanos", *Panóptica*, 2010, p. 144, la violencia de género puede ser considerada como tal sin requerir la presencia del odio discriminatorio.

misoginia[581]. Es a esta segunda noción a la que hace referencia el artículo 22.4ª CP.

Ejemplificando la cuestión: es posible que un sujeto *machista* acose sexualmente a una mujer. Sin embargo, un sujeto que odia profundamente a las mujeres no querrá, normalmente, mantener con ellas relaciones sexuales: el sujeto *misógino* puede acosarlas, pero no lo hará *sexualmente*, sino *por razón de sexo*. En este sentido, el propio artículo 54.2.g del Estatuto de los Trabajadores hábilmente distingue entre "*acoso sexual*" y "*por razón de sexo*"[582]. El hecho de que en un acto concurran componentes machistas (véase, en una agresión sexual[583]) no

---

[581] Así, RENART GARCÍA, "La agravación… op. cit., ya entendía con acierto que el artículo 22.4ª CP, en lugar de habilitar la agravación automática para todos los supuestos de violencia conyugal, iba más bien vinculada a "*casos de ataques indiscriminados a mujeres en atención al carácter misógino del sujeto activo*".

[582] "*Se considerarán incumplimientos contractuales:* […] *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*" Conscientes de esta distinción, señalan MARTÍNEZ GONZÁLEZ/MENDOZA CALDERÓN, "El acoso en derecho penal: "Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso"", *RP*, 2006, pp. 188-216: "*debemos recalcar que en ámbito penal no hay que confundir discriminación con acoso, puesto que no todo acoso tiene por qué estar promovido por motivos discriminatorios, al igual que no toda discriminación tiene por qué implicar un acoso* […] *cuando la conducta acosadora no parta de ninguna intención sexual, sino que simplemente sea una actuación en la que a través del hostigamiento se busque la destrucción profesional de la persona, afrontaremos un delito contra la integridad moral, que en el caso de producirse por motivos de discriminación por el sexo, podrá ser agravado por la agravante genérica del art. 22.4 CP.*"

[583] Debemos traer a colación que en EE.UU. surgió un debate contrario a incluir el sexo como condición en las agravaciones de los crímenes de odio, cuyos postulados se ejemplifican en la frase "*rape is not an act of bias*". En efecto, el sujeto heterosexual que agrede sexualmente a una mujer comete el delito *porque su víctima es una mujer*. Pero no concurre en su psique odio discriminatorio por razón de sexo: comete el delito por su apetito sexual hacia el sexo de su víctima. No se tratará normalmente de un sujeto misógino. Para que pudiera aplicarse el artículo 22.4ª CP a un hombre que comete una agresión sexual contra una mujer, debería tratarse de un sujeto cuya única motivación al cometer el delito fuera expresar ese odio, concretar el deseo de un mal hacia el sexo femenino que detesta a través de ese delito. Se trataría de un sujeto para el cual el placer no derivaría del acto sexual: cometió el delito de agresión sexual como pudo cometer un homicidio o un delito de daños. Su motivación era el odio hacia el sexo femenino, no la obtención de placer sexual ni la prolongación de roles de dominación en la pareja. No significa ello que deba rechazarse de plano la aplicación del artículo 22.4ª CP a supuestos de agresiones contra la libertad sexual, sino que serán casos raros. Así se pronunciaba ya BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación… op. cit.*, p. 70, añadiendo que también es posible que se cometa el delito contra la libertad sexual por odio discriminatorio racista, en lugar de por misoginia: es decir, violar a una mujer negra, sin odio discriminatorio por razón de sexo, pero considerando que los sujetos de esa raza son "infraseres" merecedores de todo mal y humillación. Estaríamos hablando de un supuesto similar al que fue objeto de la SAP de Madrid, Sección 4ª, nº 136/2011, de 29 de noviembre, MP Javier Mariano Ballesteros Martín ("*el acusado dijo a la víctima* [una prostituta cuyos servicios había previamente

implica necesariamente que se trate de una conducta misógina a la que pueda aplicarse el artículo 22.4ª CP.

Como la etimología puede llevar a confusiones innecesarias, y no es éste el lugar de delimitar el campo de lo que abarca el machismo, diremos que no se aplicará la circunstancia agravante cuando el sujeto *solamente* pretenda perpetuar unos determinados roles de género, sino cuando además con ello pretenda consumar su deseo de causar un mal a su víctima por el sólo hecho de ser biológicamente mujer[584] (u hombre). Lo anterior podría explicar por qué algunas resoluciones en las que se ha invocado el odio discriminatorio por razón de sexo del artículo 22.4ª CP han declinado aplicar la agravante, al no probarse la concurrencia de móviles "*misóginos*"[585] por razón del sexo femenino,

---

contratado] *que deseaba experimentar la muerte de una persona de color, y precisamente aquélla resultó ser una mujer de raza negra, y dado que lo que deseaba experimentar con relación a la misma era precisamente acabar con su vida*", estimó la concurrencia de la agravante). En estos casos, al ser el prejuicio motivador del delito ajeno al sexo de la víctima, no existiría problema alguno en aplicar el artículo 22.4ª CP.

[584] Ya apuntalaba esta idea GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal y la Discriminación*, 2003, p. 302, cuando afirmaba que no debía aplicarse el artículo 22.4ª CP a todo supuesto de agresión sexual o feminicidio: "*con independencia de que la mujer ocupe todavía hoy una posición deficitaria en la sociedad, su marginación en el momento presente no tiene que ver con su existencia física, sino más bien con su desarrollo personal en otros ámbitos*". Pues bien, es a la "existencia física" del sexo "mujer" a la que iría referido el motivo discriminatorio del artículo 22.4ª CP.

[585] Así, SSAP de Cuenca, Nº 49/1998, de 7 de julio; o de Madrid Nº 215/2005, 5 de mayo. La SAP de Tarragona Nº 74/2000, de 9 de junio, aunque tampoco aplicó la agravante debido a que no se consideró probado que se cometiera el delito por motivación discriminatoria, ofrece una definición del odio discriminatorio por razón de sexo acorde con la que aquí exponemos. Es decir, no se trata de un supuesto de machismo, sino de misoginia, como en la hipótesis del caso de autos: haber quemado una vivienda debido al odio hacia el sexo femenino (a *todas* las mujeres, no a una en concreto). Por otro lado, en el supuesto de hecho que dio lugar a la SAP de Valencia, nº 237/2001, de 15 de octubre, MP José Manuel Megía Carmona, los responsables de una cofradía de pescadores fueron condenados como autores de un delito de desobediencia, ya que no admitieron a unas mujeres como miembros tras requerimiento judicial. Finalmente, no se aplicó el artículo 22.4ª CP con el extraño argumento de que no había sido probado que todos los magistrados que dictaron la resolución requiriéndoles fueran mujeres. Evidentemente, ello resulta irrelevante si el motivo por el que no la cumplieron fue debido a un odio discriminatorio por razón del sexo de las mujeres que querían ingresar en la cofradía. Sin embargo, el razonamiento muestra que no basta con el simple machismo, en tanto que promoción de desigualdad de género en el ámbito de la pareja, para que pueda entenderse que concurre el artículo 22.4ª CP: "*Que se sepa ningún varón ha tenido que recorrer ese largo camino. Es por ello que en el actuar de los recurrentes se aprecian elementos ideológicos y conductuales especialmente repugnantes en una sociedad moderna democrática, basada en los principios de igualdad y de dignidad personal. Lo hecho por los apelantes pone de manifiesto un indolente sexismo, una injustificable ideología de dominación hacia la mujer, gravemente negadora de su dignidad como persona, que les lleva a una postura absolutamente incompresible y además delictiva, pues no se intuye otra razón que la sexual para explicar la cavernaria postura de la Comunidad y sus gestores.*" Es decir, les hubiera dado igual que

si bien los supuestos de hecho quizás podrían haberse catalogado objetivamente de "machistas" por razón del género de la esposa o pareja concreta.

De hecho, al no contar el catálogo del artículo 22.4ª CP con una referencia al género (lo cual impediría que se aplicara a supuestos de violencia de género) fue propuesta por el Grupo Mixto (UPyD) en el Congreso la enmienda nº 398, justificando en una mejora técnica la inclusión en la LO 5/2010, de 22 de junio de una nueva circunstancia agravante[586]:

> *"9.ª Ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.".*

Esta enmienda sería rechazada por la Ponencia[587] y no tendría mayor recorrido en la tramitación parlamentaria, siendo defendida con escasa convicción[588]. Lo que parece evidente es que, como ya señalara BOLEA[589], esa nonata agravante por machismo ya sugerida por un sector doctrinal (QUERALT I JIMÉNEZ, COMAS

---

fueran esas mujeres (sus esposas, sus hermanas, etc.) u otras las que pretendieran haber accedido a la cofradía: nunca habrían permitido la admisión de ninguna por razón de *su sexo*.

[586] BOCG de 18 de Marzo de 2010, Nº 52-9, Serie A, p. 180.

[587] BOCG de 21 de Abril de 2010, Nº 52-110, Serie A, p. 2.

[588] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Nº 160 de 2010, Sesión Plenaria nº 151 de 29 de Abril de 2010, p.13: "*Empezaré por explicar el bloque de enmiendas que tiene como objetivo suprimir la asimetría penal que se introdujo en el Código Penal a partir de la aprobación de la Ley 1/2004, que se sostiene en la enmienda número 398, que es en la que proponemos que se añada una nueva circunstancia 9ª al artículo 22 del actual Código Penal, que quedaría redactada de la siguiente manera: 9.ª Ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La ley orgánica que antes he citado en su artículo 1 establece que esta ley tiene como objetivo actuar contra la violencia como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, este elemento finalista —actuar por motivos machistas— no se llegó a incorporar finalmente en los preceptos del Código Penal. Esta falta de identidad entre el tipo penal y el propósito declarado por la ley que lo introduce genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que por sí misma es incompatible con el principio de legalidad penal que se deriva del artículo 25.1 de la Constitución y contrario con el derecho de presunción de inocencia de nuestra Carta fundamental, artículo 24.2. Sé que el Tribunal Constitucional se pronunció favorablemente sobre el contenido de la Ley de Violencia de Género, pero las consecuencias de la misma son profundamente injustas, por muy constitucional que la ley sea, y creo que el hecho de que se condenen de forma diferente los actos violentos según sean cometidos por un hombre o una mujer es algo profundamente injusto —insisto—, aunque sea constitucional; aunque sea legal es una injusticia que en algún momento deberemos abordar. También sé que no es políticamente correcto este discurso que estoy haciendo, pero —insisto—, el que sea incómodo no significa que no tengamos que poner sobre la mesa lo que creemos que es injusto, porque en cualquier momento habremos de abordar esta cuestión.*"

[589] *Vid*. BOLEA BARDÓN, "En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", *RECPC*, 2007, p. 23.

D'ARGEMIR CENDRA) sería *diferente* a la agravante por razón de sexo del artículo 22.4ª CP.

También abarcan distintos supuestos el artículo 22.4ª CP y la circunstancia mixta de parentesco operando como agravante. Centrándonos en esta última, conviene recordar su aplicación a un sujeto homosexual, que degolló a su pareja, en la STS nº 1699/2012, de 6 de marzo, MP Joaquín Jiménez. Nos encontramos ante un supuesto, en nuestro ordenamiento, de agravación por motivaciones. Y, sin embargo, no sería de aplicación a ese supuesto el artículo 22.4ª CP pues no se cometió el delito por odio discriminatorio "por razón de orientación sexual" ni "de sexo". Se trató de una motivación referida a la imposición de una relación de supremacía en el ámbito de la pareja.[590]

En definitiva, conviene tener presentes dos cuestiones. La primera, que el artículo 22.4ª CP se refiere al *sexo biológico* de la víctima y no a su *género*. Su ámbito de aplicación se ciñe a motivaciones *misóginas*, no necesariamente consistentes en la imposición de una determinada cultura machista de sometimiento de la mujer por su *género*. La segunda cuestión[591] es que los delitos de violencia de género no sancionan las *motivaciones* del autor, sino determinados *efectos* en el contexto de las relaciones de pareja. Estas dos

[590] Señala esta resolución sobre los requisitos para que se aprecie la circunstancia mixta como agravante: "*Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas -- STS 216/2007 --, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.* […] *Pues bien, resituado el debate en la circunstancia de parentesco, estimamos la relación que mantenían agresor y víctima responde a la nota de estabilidad: a) al compartir domicilio , b) llevar una vida en común, aunque no se precisa desde cuando ni los proyectos de futuro que tuvieron, siendo también dato relevante --también incluido en la sentencia de primera instancia, aunque deslizado indebidamente en la fundamentación--, c) el de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor. Por lo demás, está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 Cpenal incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del Ccivil que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual. Hay que recordar la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres no entre homosexuales y heterosexuales , por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual. Como consecuencia de todo lo razonado, debemos estimar el recurso del Ministerio Fiscal y con revocación parcial de la sentencia de apelación, aplicar la circunstancia del parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Felix, lo que se acordará en la segunda sentencia.*"

[591] Sobre la cual volveremos más adelante, *vid. infra*, B).3.

consideraciones, como acertadamente señala ALONSO ÁLAMO, debieran conducir a afirmar que el ámbito de aplicación del artículo 22.4ª CP no se encuentra circunscrito, ni abarca en toda su amplitud, los supuestos de violencia de género:

> "*La expresión violencia de género tiene, pues, un radio de acción bien definido: se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia; por tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico. El «género» es «el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres».* [...] *la discriminación por razón de sexo del artículo 22.4 del Código penal es insuficiente* [como técnica legislativa de sanción de la violencia de género] *si se acepta que tal circunstancia se apoya en los motivos del autor*".[592]

Aclarada la difícil interacción práctica del artículo 22.4ª CP en supuestos de violencia de género, concluiremos el análisis de la mención al sexo como condición personal afirmando con RODRÍGUEZ MOURULLO:

> "*la nueva agravante nada tiene que ver con la antigua de desprecio de sexo, que suprimió la reforma de 1983, precisamente en aras de la igualdad entre hombre y mujeres. El fundamento de la agravación no se puede hacer radicar, como antaño, en el "mayor respeto" que el hombre debe a la mujer, puesto que ambos son iguales ante la ley (art. 14 de la CE). La agravación deriva ahora de que el móvil que, en definitiva, ha conducido al delito ha sido el sexo o la orientación sexual de la víctima*".[593]

Esta circunstancia agravante de desprecio de sexo era una "*agravante de tipo caballeresco, fundada en la delicadeza y debilidad de la mujer, que aspira a amparar ésta y a asegurarla las debidas consideraciones*".[594] Y este fundamento no podía seguir operando en un Estado liberal-democrático, que se articula precisamente con base en el respeto al principio de igualdad con independencia del sexo, no en la desigualdad y desvalimiento biológico de la mujer. Siendo este principio de igualdad el fundamento del artículo 22.4ª CP, difieren diametralmente la actual

---

[592] ALONSO ÁLAMO, "Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género", *CPC*, 2008, pp. 19-52.

[593] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, p. 138.

[594] CUELLO CALÓN, *Derecho Penal… op. cit.*, cit. p. 569. Sólo se aplicaba esta agravante, conforme a una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, si la mujer no había "provocado" el delito y el sexo no era inherente al delito cometido.

agravante de odio discriminatorio por razón de sexo y aquella de desprecio de sexo[595], por mucho que alguna discutible resolución haya pretendido interpretar que el artículo 22.4ª CP, en su referencia al sexo, es la derogada circunstancia rediviva[596]. De hecho, la reforma de 1983 suprimió del artículo 10.17 ACP[597] la referencia al desprecio del sexo de la víctima porque, en palabras de la STS de 30 de abril de 1990, MP Fernando Díaz Palos,

> "*si el legislador estima que la norma de cultura que está tras de la norma jurídica, insuflándole su aliento, tiende a la igualación de sexos, es lógico que así sea proclamado en la Constitución y derivadamente se haya eliminado de la agravación genérica del artículo 10 del número 16*".

---

[595] Como señala el Voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la STC del Pleno de 22 de julio de 2010 que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2755-2007 y 7291-2008, sobre el art. 148.4 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre: "*Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de "desprecio de sexo", justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de "acabar con el mito de la debilidad de la mujer" porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial -diría que de "orden público"- en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico.*"

[596] Así, el Juzgado de lo Penal nº 8 de Valencia, en sentencia nº 151/2005, de 21 de abril, MP Luis Tomás Zapater Espí: "*En la realización de los hechos concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de agravante de desprecio de sexo (art. 22.4a del Código Penal), también denominada más recientemente de discriminación sexual , agravante que había desaparecido del Código Penal tras la reforma del texto legal de 1973, y que ahora, curiosamente, reaparece de la mano de las mismas voces que en su día abogaron por su desaparición, si bien acompañada por una variedad de circunstancias posibles que se engloban en la citada circunstancia del art. 22.4a (ahora además del sexo también es agravante el desprecio o discriminación racial, ideológica, religiosa, etc.). El CP de 1973, recogiendo la redacción dada en 1944, establecía la fórmula del agravante de la siguiente manera: «ejecutar el hecho con ofensa de la Autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido...» Actualmente, como se ha aludido, la fórmula establece la penalización agravada de todo un abanico de posibilidades discriminativas, si bien la forma de su redacción ha motivado polémica doctrinal: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca». La circunstancia, de larga tradición jurídica en España, se fundamenta en «la necesidad de otorgar a la mujer el respeto y la consideración que por serlo es acreedora» (STS de 8 de abril de 1927). La circunstancia consta de dos elementos: a) Objetivo: realización de acto delictivo de hombre contra mujer. b) Subjetivo: ánimo o intención de despreciar o discriminar al sexo femenino, de desprecio de lo que la mujer es y representa en la vida social y familiar. Debe tenerse en cuenta también para justificar la imposición de la pena en grado máximo que como establece nuestra tradición jurisprudencial, «La protección de la Ley es más acentuada cuando la mujer se halla en período de gestación, en que debe inspirar del hombre los máximos respetos» (STS de 19 de diciembre de 1960, ponencia de D. José María G. D), 4 siendo que el acusado llevó gran parte de su comportamiento discriminativo contra la perjudicada por la irritación que le causaban las pérdidas de tiempo en el puesto de trabajo de ésta debidas a sus embarazos, bien por sus bajas o bien por sus prolongadas estancias en el servicio de la empresa por necesidad.*"

[597] Rezaba hasta entonces esta circunstancia agravante: "*Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso.*"

Esa es precisamente la "norma de cultura", el fundamento liberal-democrático, que inspira el artículo 22.4ª CP. Como ya señaló la doctrina, el artículo 22.4ª CP no supone la "*recuperación de viejos atavismos*", sino todo lo contrario[598]. Una y otra agravación no hacen sino dar muestra del cambio de valores experimentado en el seno de nuestro Estado de Derecho.

[598] PRATS CANUT, "Cometer el delito… *op. cit.*, p. 324 y ss.

6. Orientación e identidad sexual.

Los delitos motivados por odio discriminatorio hacia una orientación o identidad sexual han sido una triste constante en nuestro ordenamiento.[599] Valga el ejemplo de que la primera "orden de alejamiento por homofobia" que se acordó en España se refería a un supuesto de hecho - por el que se condenó aplicando la circunstancia agravante – en el que unos jóvenes proferían insultos y amenazas a un homosexual[600]. En cuanto a la identidad sexual, es tristemente famoso el caso de José Rescalvo, conocido como Sonia, muerto a golpes por un grupo de neonazis. Aunque los hechos ocurrieron en 1992 (por tanto, cuando aún no existía la circunstancia agravante de motivos discriminatorios), suele citarse como el primer crimen de odio cometido en nuestro país contra un transexual[601]. Por otra parte, fue una paliza contra un homosexual la que supuso la primera aplicación con relevancia mediática del artículo 22.4ª CP (SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 13 de marzo de 2000, MP Planchat Teruel, confirmada por la STS nº 1341/2002, de 17 de junio, MP Joaquín Martín Canivell). Debemos señalar que en aquél supuesto, realmente no quedó probado que la víctima fuera realmente homosexual. Entendida la agravante desde un fundamento análogo al aquí expuesto, se consideró que lo relevante para la aplicación de la circunstancia fue probar que el móvil de los autores consistió en un odio discriminatorio por razón de orientación sexual.

Dicho lo anterior, no plantea excesivos problemas la interpretación de estas dos circunstancias personales. El concepto identidad sexual se refiere al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, al margen del sexo biológico: "*esto es, el sujeto se reconoce como hombre o mujer, como uno y otro, o como ninguno*", con

---

599 *Vid*. AI, *Crímenes de odio, conspiración del silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*, 2001, *passim* y p. 10.

600 Noticia del Diario El País de 16/03/10, EFE, "Un juez de Sabadell dicta una orden de alejamiento por homofobia".

601 "*Su terrible muerte* [la de Sonia] *al menos ayudó a concienciar sobre los crímenes relacionados con el odio. En Cataluña, los Mossos contabilizan específicamente este tipo de denuncias (179 hechos delictivos en 2010, la mayoría por homofobia). Aunque queda mucho por hacer. "No hay estadísticas de delitos de odio en España. Y solo hay un fiscal especializado en Barcelona", lamenta el magistrado Pérez.*" "Morir por ser transexual", reportaje del Diario El País de 09/10/11, Jesús García/Rebeca Carranco.

independencia de su efectiva realidad biológica[602], por lo que se aplicará el artículo 22.4ª CP a casos de transfobia, o delitos cometidos por odio discriminatorio hacia transexuales. Dado el fundamento aquí propuesto, también se aplicaría en sentido contrario a raros supuestos en que se cometa el delito debido a un prejuicio hacia quienes no son transexuales (es decir, hacia quienes tienen una identidad sexual coincidente con su sexo biológico). En cuanto a la orientación sexual, la doctrina ha entendido que estarían excluidas de este término, a efectos del artículo 22.4ª CP, la forma de ejercer la sexualidad (un odio hacia las prostitutas[603]), incluyendo por el contrario todas las tendencias sexuales imaginables[604] (desde la heterosexualidad a la homosexualidad, de la asexualidad a la promiscuidad, pasando por orientaciones zoófilas o pederastas[605]). Así, un delito cometido contra un sujeto por odio discriminatorio hacia la heterosexualidad, homosexualidad o cualquier otra orientación sexual.

---

602 IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas… *op. cit.*, p. 119.

603 RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*, aboga de *lege ferenda* por una reforma que permitiera aplicar la agravante a supuestos de odio a las prostitutas. Al margen de que quizás alguno de ellos se vea ya abarcado por la mención al sexo (admitamos la misoginia de un sujeto que obrara como Jack el Destripador), lo cierto es que no parece que la prostitución sea una condición personal en el sentido requerido por las condiciones que enumera el precepto y fundamentan su agravación. Se trataría de una condición más bien vinculada a la profesión, a lo que se hace, y no a lo que se es.

604 LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit.*, p. 247.

605 Nuevamente, aquí se muestra que el fundamento del artículo 22.4ª CP es consagrar la igualdad de los ciudadanos sea cual sea su orientación sexual, por repugnante que resulte, y por supuesto sin pretender proteger la efectiva realización de conductas zoófilas o pederastas. Tener esas inclinaciones no es censurable: lo censurable es cometer *actos*, por ejemplo, pedófilos. Se trataría, por ejemplo, de aplicar la circunstancia a quien, tras ver publicada en prensa una lista con los datos de posibles pederastas, se desplazara a sus domicilios y disparara contra ellos por su odio discriminatorio hacia esa orientación (sería irrelevante, desde el fundamento aquí propuesto, que realmente tuvieran las víctimas tales inclinaciones). En sentido contrario, si un sujeto ingresa en prisión tras agredir sexualmente a un infante, y un compañero de celda le mata para "vengarse" por lo que le hizo al niño, el motivo determinante no sería el odio hacia la orientación sexual "pedofilia", sino el odio a ese sujeto concreto debido a los hechos que cometió: no se aplicaría el artículo 22.4ª CP.

7. Enfermedad o discapacidad.

Concluimos ya nuestro análisis de las condiciones personales enumeradas por el artículo 22.4ª CP con las menciones a la enfermedad o la discapacidad. Como ha sido señalado, se trata de causas de discriminación que han fraguado como tal recientemente[606] en nuestra doctrina constitucionalista. Tanto es así que no las menciona el artículo 14 CE. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, define ésta en su artículo 1:

> "*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*".[607]

Así, a efectos del artículo 22.4ª CP, esta noción incluirá toda enfermedad o discapacidad, también aquéllas de índole psíquica[608]. Sin embargo, será preciso restringir el término, para dotarlo de significado en tanto que condición personal[609], a aquellas discapacidades o enfermedades[610] que tengan un carácter

---

[606] *Vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición… *op. cit*., p. 302 y ss.

[607] Conforme a la redacción del artículo 25 CP propuesta por el Anteproyecto de reforma del Código, de octubre de 2012, la noción de "discapacidad" mencionada por el artículo 22.4ª CP vendría a estar legalmente definida en términos cuasi-idénticos: "*A los efectos de este Código se entiende por "discapacidad" aquella situación en que se encuentra una persona que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás*."

[608] DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas... *op. cit*., p. 378. Así, aplicó el artículo 22.4ª CP la SAP de Burgos, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2005, MP José Luís López del Moral Echeverría, al siguiente supuesto de hecho: "*diagnosticada de retraso mental desde la infancia, con una buena integración, desde septiembre de 1999 continuadamente en un ambiente laboral tenso y exigente vino soportando públicamente el epiteto puntual de "subnormal", "tonta", siendo gritada y atemorizada con ser agredida y despedida*".

[609] No cabe duda de que el Estado liberal democrático reconoce la igualdad de los ciudadanos sea cual sea su discapacidad o enfermedad, revistiendo así estas condiciones la naturaleza "personal" que habilita su inclusión en el listado del artículo 22.4ª CP. Sin embargo, dadas las vinculaciones entre las nociones de igualdad y dignidad humanas, considero conveniente aclarar que no deriva de la aceptación del carácter *personal* de estas condiciones, a efectos del artículo 22.4ª CP, la conclusión, entre otras, de que el diagnóstico genético preimplantatorio "*sería equivalente a los más horribles crímenes del régimen nacionalsocialista, al presentar rasgos propios del «programa eutanásico» dirigido por dicho régimen para eliminar a los discapacitados*". Siguiendo a PEÑARANDA RAMOS ("Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal", *Humanitas*, 2006, pp. 11-27 y EL MISMO, "Bioética y Derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías", *AFDUAM*, 2006, pp. 75-106, cit. p. 102) aceptar la exclusión de la responsabilidad penal, en determinadas condiciones, incluso del aborto por enfermedad o discapacidad grave del feto, no reflejaría más que la plausibilidad de establecer ciertas

duradero[611], de forma a incidir en la identidad del sujeto (por ejemplo, odio discriminatorio a enfermos de SIDA o de cáncer). Así, la agravante no se aplicará a quien sienta odio discriminatorio hacia quienes padezcan resfriados (sin perjuicio de que en estos casos estaríamos hablando, de producirse el delito, probablemente de un autor inimputable).

Un último problema interesante que merece ser tratado es el supuesto de que alguien, por *compasión*, decida quitarle la vida a un discapacitado. De un lado, podría entenderse que estamos ante un caso de eutanasia; de otro, si el componente motivacional del autor implicara que "merecen morir" *todos* quienes sean discapacitados, ante un crimen de odio. La línea que separa[612] ambos escenarios es, sorprendentemente, delgada. Diferenciarlos será una cuestión muy compleja, especialmente si el discapacitado no solicitó al autor auxilio para acabar con su vida.[613]

---

limitaciones a la vida humana conforme al estadio en que se encuentre (implantación en el útero materno, especialmente nacimiento, etc.). No se trata de un debate vinculado a la idea de no discriminación de los discapacitados en el ámbito público, sino a los límites de la injerencia estatal en el ámbito privado; del mismo modo que no podría afirmarse que cuando una mujer blanca decide casarse con un hombre blanco se esté produciendo una "discriminación" para los sujetos de otras razas.

[610] Del mismo modo que la referencia a la religión habilita la aplicación del artículo 22.4ª CP a supuestos de odio discriminatorio a los ateos, podría aplicarse de *lege ferenda* – sustituyendo la actual redacción, en aras de un debido respeto al principio de legalidad, por el concepto de "estado de salud", más acorde con el fundamento del precepto - a surrealistas casos de odio discriminatorio hacia quienes se encuentran en buen estado de salud, y no tienen enfermedad o discapacidad alguna. Un prejuicio del que hacían gala los protagonistas del film *Acción Mutante* (España, 1993, Dirección: Álex de la Iglesia, Guión: Jorge Guerricaechevarría/Álex de la Iglesia).

[611] Así, por ejemplo, la propuesta de interpretación de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ *et al.*, "Agravantes"… *op. cit.*: "*la expresión de discapacidad se refiere a quien padece una deficiencia permanente en su capacidad física, psíquica o sensorial, que le provoca una disminución de sus posibilidades de integración en cualquier ámbito, sea educativo, laboral, o social*".

[612] Partimos aquí de que un "*contexto eutanásico*" viene definido por "*una actuación pietatis causae, con exclusión de motivos espurios*" (ALONSO ÁLAMO, "La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)", *RP*, 2008, cit. p. 51). Si un sujeto cometiera un delito por motivos discriminatorios, no estaríamos ya en dicho contexto.

[613] La delimitación conceptual de los crímenes de odio por razón de discapacidad plantea especiales problemas – si se pretende asimilarlos a otros, como los cometidos por odio racial -, cuyo estudio detallado está dando sus primeros pasos; *vid. passim* ROULSTONE/MASON-BISH (ed.), *Disability, Hate Crime and Violence*, 2013.

Desde nuestro planteamiento (puesto que no necesariamente ha de actuar el autor motivado por un "odio" biológicamente concurrente[614], pudiendo ser "compasión discriminatoria" la motivación que guíe su conducta) es potencialmente aplicable el artículo 22.4ª CP a quien mata a un discapacitado alegando que actuó por "compasión", por entender que quien tiene una discapacidad es un ser "deficiente" en comparación con las personas "sanas". Parece evidente, sin embargo, que si alguien mata a *un concreto discapacitado* (aún sin su consentimiento) porque está padeciendo sufrimientos evidentes y quiere acabar con su dolor, no lo hace *necesariamente* porque considere que *todo* sujeto que revista esa condición personal "merece morir" (porque *desee ese mal – odie* - a *todos* los discapacitados, por razón de su condición personal). Puede que no haya actuado por "compasión discriminatoria" (sino, llanamente, por compasión) y no le sea de aplicación el artículo 22.4ª CP.

Por otra parte - desplazándonos a un escenario en el que el enfermo o discapacitado hubiera pedido al autor de forma "*seria, expresa e inequívoca*" que acabara con su vida -, se antoja muy dudosa la aplicación del artículo 22.4ª CP a unos hechos constitutivos del delito tipificado en el artículo 143.4 CP. A la vista de esa conducta típica, la motivación para cometer el delito no habría radicado en el prejuicio discriminatorio del autor, sino en la súplica de la eventual víctima. Ciertamente, la atenuación del apartado 4º del artículo 143 CP no descansa "*en los motivos piadosos o altruistas o compasivos o humanitarios que hayan podido impulsar a la acción*", sino en la existencia de esa petición expresa del enfermo grave.[615] Ahora bien, si existe una petición expresa, ello implicará que el autor y la víctima se conocían (siquiera circunstancialmente), lo cual puede constituir ya un indicio de que no nos encontramos ante un crimen de odio.[616] El sujeto no habría actuado por motivos discriminatorios hacia *la discapacidad* de su

[614] *Vid. supra*, Primera Parte, Capítulo IV.1.
[615] V*id.* ALONSO ÁLAMO, "La eutanasia hoy... *op. cit.*, pp. 24-52, cit. p. 51.
[616] Precisamente, uno de los principales indicios para la prueba de la motivación discriminatoria es la "fungibilidad de la víctima": al autor le daría igual matar a uno u otro discapacitado, pues su motivación iría referida a *la condición personal* de la víctima, no a la víctima concreta. *Vid. infra*, Segunda Parte, Capítulo IV.2.

víctima, sino por compasión hacia un *concreto discapacitado* que le estaba pidiendo que actuara.

En cualquier caso, estas hipótesis nos remiten a complejos problemas de prueba, en los que la operatividad del principio *in dubio pro reo* conducirá muchas veces a la inaplicación de la agravante.

B) Interacciones y observancia del principio de inherencia.

1. Principio de inherencia: *non bis in idem* e insignificancia.

Tras analizar el listado cerrado de condiciones personales enumeradas por el artículo 22.4ª CP[617], encontrándose ya delimitado en todo punto el fundamento de este precepto, ha llegado el momento de analizar las consecuencias del planteamiento aquí mantenido a efectos del principio de inherencia.

Como es sabido, el artículo 67 CP reconoce expresamente en nuestro ordenamiento el principio de inherencia, como criterio ineludible a la hora de individualizar judicialmente la pena. Se trata del principio conforme al cual no puede tomarse en consideración una circunstancia agravante cuyos requisitos

[617] No queremos pasar por alto que el hecho de que, al tratarse de un *numerus clausus*, podría surgir un hipotético problema a efectos de inherencia, consistente en que el catálogo de condiciones personales del artículo 22.4ª CP no es enteramente coincidente con los catálogos que contienen algunos de los delitos respecto de los cuales podría plantearse la inherencia de esta circunstancia agravante (*vid*, con referencias a LANDA GOROSTIZA y BERNAL DEL CASTILLO, GÓMEZ MARTÍN, "Discurso del odio… *op. cit*., pp. 100-101). Así, por ejemplo, los artículos 314, 510, 511 y 512 CP aluden a la discriminación "por situación familiar", los artículos 511 y 512 CP omiten referencias al antisemitismo y el racismo, y el 314 añade la discriminación por "ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores" o "por el parentesco con otros trabajadores de la empresa". Cabe por ello plantearse si pueden estas divergencias incidir para que no opere el principio de inherencia. Creo que la respuesta es negativa. Las menciones al racismo y al antisemitismo son redundantes. La ausencia de referencia en los delitos referidos a la identidad sexual no debería tampoco plantear problemas, ya que puede entenderse subsumida en la orientación sexual - STC, Sala 1ª, nº 176/2008, de 22 de diciembre, MP Manuel Aragón Reyes -; como tampoco el hecho de que mantegan la referencia a la minusvalía, en lugar de a la discapacidad, pues se trata de sinónimos. De *facto*, todas las condiciones personales del artículo 22.4ª se encuentran recogidas por los listados de dichos delitos. Ello implica que a efectos de inherencia, si se comete por motivos discriminatorios hacia una de las condiciones personales del artículo 22.4ª CP uno de los delitos referidos anteriormente, aunque la conducta típica consista (como en el artículo 314 CP) en producir *efectos* discriminatorios, operará el principio de inherencia. Es decir, si por odio racial se comete un delito que consista en producir efectos de discriminación por razón de raza operará la inherencia, aunque sólo sea tácita. Lo que esta divergencia entre listados acarrea es, por ejemplo, que a quien comete un delito motivado por el odio discriminatorio hacia la afiliación sindical (sin odio ideológico mediante) no se le aplique la agravante, lo cual no plantearía excesivos problemas, ya que como hemos visto, no toda circunstancia personal tiene una vinculación lo suficientemente estrecha con la identidad personal como para poder acceder en pie de igualdad con las ya presentes en el listado de condiciones del artículo 22.4ª CP.

concurrirían en un mismo hecho y para un mismo autor, si la conducta típica cometida por éste contempla "de forma inherente" la circunstancia agravante en cuestión. Concretamente, distinguiría el artículo 67 CP dos vertientes del principio:

a. De un lado se encontraría el principio de inherencia expresa: esto sucede, por ejemplo, en el caso de la alevosía, que al preverla el asesinato en esos términos para ser calificado como tal (artículo 139.1ª CP) impide considerarla también respecto de ese delito como circunstancia agravante genérica (artículo 22.1ª CP).

b. Sin embargo, también opera el principio en su vertiente de "inherencia tácita", igualmente reconocida por el artículo 67 CP. En estos casos, el tipo penal no mencionaría directamente la circunstancia agravante, aunque tampoco podría aplicarse debido a que la *ratio legis* que inspira ambos preceptos es análoga.[618]

Ambas vertientes se encuentran fuertemente vinculadas al principio *ne bis in idem*; tanto que podría considerarse el principio de inherencia una concreta manifestación del anterior: se prohíbe la doble sanción al concurrir la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento. Sin embargo, la identidad de fundamento ha de determinarse atendiendo a la *ratio legis*, no sólo a la literal redacción de los preceptos, y ello implica efectuar algunas valoraciones previas sobre el alcance de la inherencia.

Con el fin de ilustrar el entendimiento que del principio de inherencia efectuaremos, conviene desplazarnos al debate existente sobre la naturaleza del

[618] Un todavía reciente análisis jurisprudencial y doctrinal en GOYENA HUERTA, "Artículos 65 a 68", GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2010, pp. 336-359. Considera este autor que operará el principio de inherencia expresa entre el artículo 22.4ª CP y los artículos 170, 314, 510, 511, 512, 515.5º y 607 CP; mientras que operará la inherencia tácita respecto de los delitos de violencia de género. Si bien no coincidimos plenamente en el razonamiento, se trata de una conclusión con resultados prácticos similares a los que a continuación expondremos.

concurso de leyes. Como punto de partida, recordaremos el criterio propuesto por MATUS para determinar si nos encontramos ante un concurso (aparente) de leyes o ante un concurso de delitos: si de considerar que nos encontramos ante un concurso de delitos, condenando conforme a los dos tipos penales en concurso, se produjera una vulneración de la prohibición de *bis in idem* o del principio de insignificancia, significaría que nos encontramos ante un concurso de leyes.[619] Evidentemente, cuando opera en puridad el principio de *non bis in idem*, se antoja palmario que todo el desvalor ha sido abarcado por una figura (en nuestro caso, significaría que no podría estimarse la concurrencia del artículo 22.4ª CP porque el delito en cuestión reviste *idéntico* fundamento que la circunstancia agravante)[620]. Pero en supuestos donde no sea exactamente *el mismo* fundamento, sino uno asimilable, es donde entra en juego el principio de insignificancia.[621]

---

[619] *Vid.* MATUS ACUÑA, "La influencia del Profesor Enrique Gimbernat Ordeig en el desarrollo de la teoría del concurso aparente de Leyes en España hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995", AA. VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, 2008, pp. 1285-1294; y más ampliamente, EL MISMO, *El Concurso aparente de Leyes*, 2008, *passim* y pp. 389-408. Empleando un criterio similar, MOLINA FERNÁNDEZ, "Concursos de leyes y de delitos", MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, 2010, p. 329 y ss. Además de aludir al principio *non bis in idem*, se refiere este autor a la interacción del principio de punición suficiente a la hora de resolver concursos de leyes: existe un "límite de saturación" que, si se alcanza con la aplicación de un tipo, impediría que se aplicara el segundo.

[620] Así, REBOLLO VARGAS, "Los delitos de discriminación… *op. cit.*, p. 225, vincula la operatividad del principio de inherencia en estos supuesto a la interacción de la prohibición de *bis in idem*: "*no voy a detenerme en analizar la agravante genérica de discriminación, en primer lugar porque el objeto de este trabajo es otro y por ello me referiré a algunos tipos penales específicos, en particular, a aquéllos que se agrupan bajo la Sección 1ª de la rúbrica de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, capítulo 4º, título 21º, artículos 510 y ss. Y, en segundo lugar, porque el principio de inherencia previsto en el artículo 67 del Código penal establece la imposibilidad de contemplar las circunstancias agravantes en aquellos tipos en los que éstas son inherentes al ilícito dado que de lo contrario se incurriría en una vulneración del principio non bis in idem*".

[621] *Vid*. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1999, p. 31 y 71 y ss. y, más concretamente sobre la cuestión que nos ocupa, EL MISMO, "Prólogo", MATUS ACUÑA, *El Concurso aparente de Leyes*, 2008: "*Tres de los cuatro criterios de solución del concurso de leyes (los de especialidad, subsidiaridad y alternatividad) se basarían en el principio material de non bis in idem: en ellos quedaría excluida la apreciación de un concurso de leyes porque la apreciación conjunta de las normas concurrentes supondría necesariamente considerar más de una vez para el castigo del hecho realizado una misma propiedad jurídico-penalmente relevante del mismo. A partir de ese rasgo común, la diferencia específica entre tales criterios radicaría en la clase de relación lógica subyacente: de subordinación en el caso de la especialidad; de interferencia, en el de la subsidiaridad; y de identidad, en el de la alternatividad. El cuarto criterio, el de consunción, que como el de subsidiaridad operaría en casos de interferencia, se basaría en cambio en el principio de insignificancia: se trataría de hipótesis en las que concurren preceptos que se encuentran entre sí en una relación de interferencia sin mostrar ninguna propiedad jurídico-penalmente relevante en común, pero afectan a hechos (o fragmentos de hechos) en una*

Pues bien, considero que el anterior razonamiento sobre el concurso de leyes ha de ser análogo si, en lugar de encontrarnos ante un concurso entre dos preceptos que tipifican delitos, nos encontramos ante un concurso igualmente aparente entre un precepto que tipifica un "delito de odio y/o discriminación" y una circunstancia agravante "por motivos discriminatorios". Si el delito en cuestión prevé expresamente como uno de los elementos del tipo el que se cometa por los motivos discriminatorios enumerados por el artículo 22.4ª CP, no podrá aplicarse la circunstancia agravante dada la inherencia expresa: de lo contrario, se vulneraría el principio *non bis in idem*. Si no se encuentra expresamente prevista la circunstancia por la conducta típica, pero el fundamento de la agravante es análogo al del delito en cuestión, tampoco podría tomarse en consideración el artículo 22.4ª CP debido a la inherencia tácita. En este segundo caso, nos encontraríamos ante una concurrencia "defectuosa" de la prohibición de *bis in idem*, ya que no existiría una identidad matemática de fundamento: lo que supondría la operatividad de la inherencia tácita no sería únicamente la posible doble sanción de los mismos hechos, sino que la hipotética "laguna" que existiría en caso de no aplicar la circunstancia sería de escaso calado (porque la ley la hubiera "tenido en cuenta" de manera significativa al tipificar el delito). Por ello, se entendería concurrente la inherencia, puesto que la identidad de fundamento sería tácitamente análoga.

Así entendido el principio de inherencia, nos encontramos en un ámbito donde el principio de de insignificancia[622] debe jugar un papel igualmente relevante al

---

"relación empirica" tal que la intensidad criminal de uno de ellos predomina sobre la de los restantes hasta el punto de relegar estos al papel de "actos meramente acompañantes en sentido amplio" de aquél y hacer innecesaria su sanción independiente. [...] *muchos de los resultados por él* [MATUS ACUÑA] *alcanzados tienen ya un valor permanente. En particular, "la obsesión por la íntegra valoración del hecho" y "la aplicación formalista y esquemática del derecho", a las que con razón aludiera otro gran monografista del tema (Ramón García Albero, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, p. 382, n. 216) como defectos de los que se ha visto aquejado habitualmente su tratamiento, reciben aquí a mi juicio un golpe de gracia."*

[622] El principio de insignificancia, tal y como lo entiende la jurisprudencia, consiste en excluir el ejercicio del *Ius Puniendi* estatal en aquellos supuestos en los que el desvalor sea nimio o de muy baja intensidad (SSTS, Sala 2ª, nº 165/2006, de 22 de Febrero; nº 216/2002, de 11 de Mayo o nº 1441/2000, de 22 de Septiembre, o Auto de la AP de Málaga, Sección 2ª, nº 425/2007, de 3 de

de *non bis in idem*[623], como viene entendiéndose a efectos de los concursos (aparentes) de leyes.

Nótese que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo rema en esta dirección, al admitir que el artículo 67 CP puede operar aunque el delito en cuestión no contemple como elemento típico la causa de agravación conforme a la redacción literal de la circunstancia que fuere. Tampoco vincula por ello la operatividad del principio de inherencia a una coincidencia en los bienes

---

Diciembre). Suele limitarse la aplicación del principio de insignificancia al ámbito de los delitos contra la salud pública (*vid*. GALLEGO SOLER, "Droga en cantidad de notoria importancia. Criterios jurisprudenciales", *RJC*, 1999, pp. 133-170), si bien nada impide su aplicación como principio inspirador de nuestro ordenamiento penal (en este sentido, NAVARRO MASSIP, "La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima", *RAD*, 2011, pp. 49-62). Con base en lo anterior, supongamos que de aplicar el artículo 22.4ª CP a una determinada conducta delictiva no se estuviera produciendo una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que el fundamento de la circunstancia y del delito en cuestión no fueran *exactamente* idénticos (pudiendo ilustrarse con el manido ejemplo de los círculos secantes). Pues bien, aún así podría operar el principio de inherencia, si la erosión del ordenamiento al no aplicar la agravante fuera nimia, por estar mayoritariamente cubierta la debida sanción con la sola condena conforme al delito en cuestión.

[623] Esta prohibición fue enunciada por GAYO, más como un criterio ético abstracto que como principio vinculante, al referir que "no es conforme a la buena fe reclamar dos veces lo mismo" (*Digesto* 50, 17, 57). A día de hoy, nuestro ordenamiento otorga al principio relevancia constitucional, si bien no se encuentra explícitamente reconocido en la Constitución de 1978 (sí se encontraba plasmado, no obstante, en el artículo 9.3 del anteproyecto constitucional). El mentado carácter constitucional sería reconocido por vez primera en la STC nº 2/1981, de 30 de enero, MP Manuel Díez de Velasco Vallejo, al entender que la prohibición del *bis in idem* se encuentra en estrecha relación con el contenido del artículo 25 CE. No obstante, han sido numerosas las críticas que esta interpretación ha suscitado, pues el principio podría igualmente estar implícitamente englobado por las previsiones del artículo 24 o el 10.2 de la Norma Fundamental. En cualquier caso, conviene recalcar que de las llamadas dos vertientes del principio - procesal y material - la que nos interesa es esta última. Es decir: el Derecho a no ser doblemente sancionado por unos mismos hechos; vinculado a la dignidad del individuo y a los principios básicos del Estado de Derecho, particularmente al Derecho a la tutela judicial efectiva - artículo 24.1 CE - y a la legalidad y tipicidad de las infracciones - artículo 25.1 CE – (esencial PÉREZ MANZANO, *La prohibición Constitucional de incurrir en Bis in Idem*, 2002, *passim*. y p. 79 y ss.). Evidentemente, a efectos de interacción del principio de inherencia, nos interesa analizar si *en el mismo proceso* puede vulnerarse la prohibición de *bis in idem* (material) de agravar *ex* artículo 22.4ª CP la sanción prevista para un determinado delito. Por otra parte, para la invocación de una vulneración del principio, es necesario que concurra el llamado triple requisito de identidad de hecho, sujeto y fundamento. Esto es, a nuestros efectos: que exista una identidad subjetiva entre quien es condenado por un determinado delito y a quien se pretende aplicar la agravante, una identidad objetiva entre el hecho constitutivo del delito y el que supondría la aplicación de la circunstancia, e identidad de fundamento entre el delito en cuestión y el artículo 22.4ª CP. En definitiva, el principio impide que por la comisión de unos mismos hechos que puedan ser susceptibles de sanción estatal, se condene a un ciudadano dos veces, como podría suceder cuando no se respetara el principio de inherencia, aplicando la agravante del artículo 22.4ª CP a un sujeto a quien ya se hubiera condenado por un delito cuyo fundamento sea análogo al de esta circunstancia.

jurídicos vulnerados (a que la circunstancia implique la agravación porque se esté vulnerando el mismo bien jurídico tutelado infringido por el delito en cuestión), sino a la coincidencia en el fundamento de ambas instituciones jurídicas[624]. Un fundamento como el aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP, que deriva del principio de igualdad mismo, es ciertamente amplio, por lo que las posibilidades de inherencia desde esta concepción serán, igualmente, amplias; operando si el fundamento del delito en cuestión guarda una significativa identidad con el principio de igualdad.

En definitiva, la inherencia ha de determinarse atendiendo a cuál es el fundamento de ambos preceptos, agravante y delito en cuestión (como proyección del requisito de identidad de fundamento de la prohibición de *bis in idem*) e incluso, de no ser exactamente el mismo, también operaría la inherencia si esa diferencia en el fundamento no se antoja lo suficientemente relevante, por encontrarse intrínsecamente ligada la agravación al hecho típico que ya se está sancionando (anclándonos en la literalidad del artículo 67 CP: porque la ley "*la haya tenido en cuenta*" en buena medida) y ser poco relevante la laguna punitiva que surgiría en el caso de no ser aplicado el artículo 22.4ª CP. Desde esta perspectiva, analizaremos los delitos respecto de los cuales la doctrina ha planteado si ha de operar la inherencia de la circunstancia agravante que nos ocupa.

---

[624] Así se explica el razonamiento que, para un caso concreto, efectuó la STS nº 51/2008, de 6 de febrero, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre: "*En este sentido el art. 67 CP establece la prohibición de doble valoración de las circunstancias típicas en el momento de la individualización de la pena. La razón de este precepto es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia determinada, también ha considerado su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica del delito. En este punto la doctrina es prácticamente unánime. De la ratio legis del art. 67 CP. se deduce rápidamente que la edad de la víctima no es un elemento del tipo penal del art. 179 CP. En este sentido se debe señalar que, en principio, no es posible considerar que la edad de la víctima sea un elemento típico implícito en la violencia o en la intimidación. Sin embargo, cuando en el caso concreto la edad haya sido un elemento esencial, entre otros, que el tribunal "a quo" ha tenido en cuenta para establecer la intimidación, es preciso admitir que existe una vinculación tan estrecha entre el elemento típico y la circunstancia agravante que la situación es materialmente idéntica y una mera consideración de la edad como circunstancia agravante, vulneraría el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias (STS 507/98 de 8.5).*" Por supuesto, no podemos analizar aquí todos los casos concretos en los que operará el principio de inherencia respecto del artículo 22.4ª CP. Sin embargo, con carácter general, sí podemos enumerar algunos delitos respecto de los cuales operaría el principio de inherencia, ya fuere en aras de evitar una vulneración del de *non bis in idem*, ya fuere del de insignificancia.

2. Delitos de odio y discriminación

Una vez definido el principio de inherencia, cabe ahora preguntarse cuáles son los delitos tipificados por nuestro Código Penal en los que puede operar, con carácter general, a efectos del artículo 22.4ª CP. Tendrían que ser delitos en los que, de aplicarse la agravante, se produciría una vulneración de la prohibición de *bis in idem*, o en los que, aunque estrictamente no fuera idéntico el fundamento, fuera tan semejante su *ratio legis* que el principio de insignificancia aconsejara la no agravación por encontrarse el tan mentado fundamento del artículo 22.4ª CP en buena medida justificando la existencia de ese delito. Intuitivamente, parece que existe una "clase" de delitos cuyo fundamento se asemeja al del artículo 22.4ª CP. Como ha señalado algún autor:

> "*se plantea si esta agravante es compatible con tipos penales que contemplan alguna forma de discriminación. Parece claro que si esa forma de discriminación responde a la misma ratio legis que la del art. 22.4, no serán compatibles y que habrá que aplicar* [sólo] *el tipo*"[625].

Pues bien, estos tipos penales que "contemplan alguna forma de discriminación" vendrían a ser los llamados "delitos de odio y/o discriminación"[626] tipificados en nuestro ordenamiento. Sin duda es complejo delimitar cuáles pueden ser estos "delitos de discriminación"[627]; y aún más,

---

[625] IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas… *op. cit.*, p. 120.

[626] No nos explayaremos sobre la idoneidad de esta "etiqueta". Se muestra contrario a denominar "delitos de odio" cualquier precepto de nuestro Código a efectos jurídico-penales LASCURAÍN SÁNCHEZ, ¿Cómo prevenimos… *op. cit.*, pp. 29-35. Señala este autor que podrían denominarse a lo sumo "delitos de intolerancia", prefiriendo en todo caso denominar a todos "delitos de discriminación".

[627] Conviene recordar la apreciación de LANDA GOROSTIZA, "El modelo político-criminal… *op. cit.*, p. 159: no sólo no existe consenso doctrinal acerca de cuáles pueden ser estos delitos de discriminación o "anti-discriminatorios", sino tampoco acerca de cuál es la interpretación que permite atribuir un sentido de tutela básico y común a todos ellos. Podríamos recurrir a tal efecto a la clasificación de RODRÍGUEZ YAGÜE, "Una propuesta de clasificación… *op. cit.*, cit. p. 21. Conformarían este listado: (i) los del "núcleo duro" de la discriminación, esto es, en la prestación de servicios y el ámbito laboral (artículos 511, 512 y 314 CP); (ii) los delitos construidos en torno a un elemento colectivo, propios de la expansión del Derecho penal (artículos 510.1, 510.2, 515.5 y 607.2 CP), (iii) delitos que como ya señalara BERNAL DEL CASTILLO no serían de discriminación en sentido estricto, pero que indirectamente podrían tutelar el Derecho a la no discriminación (artículos 160.3, 174.1, 197.5 y 170.1 CP) y (iv) los delitos contra la Comunidad Internacional, que supondrían la "sublimación de la discriminación" (artículos 607.1, 607 bis y 611.8 CP), si bien el entendimiento de los delitos de genocidio como "delitos de discriminación" parece un tanto excesivo, pues reviste una lógica propia y ha sido objeto de un

establecer una diferencia entre los "delitos de discriminación" y los "delitos de odio", si es que hubiera alguna[628]. A los efectos que nos ocupan, más que elaborar una lista inequívoca de cuáles pueden ser esos delitos de "odio y/o discriminación", lo que haremos será analizar los diversos tipos penales respecto de los que se ha planteado la inherencia del artículo 22.4ª CP. Si tomamos como referencia el catálogo de delitos que determinaría las atribuciones del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía de Barcelona y respecto de los cuales se plantearía la inherencia del artículo 22.4ª CP[629], a salvo de ulteriores reformas legislativas que pudieran afectarles[630], serían los siguientes:

---

particular tratamiento por parte del Derecho internacional (así, LANDA GOROSTIZA, *La política criminal… op. cit.*, p. 4). Más bien, se antoja preferible considerarlos "delitos de odio", en tanto que probablemente motivados por el deseo de exterminar a un colectivo.

[628] La distinción entre "delitos de odio" y "delitos de discriminación" fue efectuada tanto por la OSCE como por el informe RAXEN del año 2009 (*Informe Raxen. Asociación Ilícita, Crímenes de Bandas y Memoria de las Víctimas*, nº 43, Septiembre de 2009, p. 39), que influyó directamente en la creación del Servicio de Delitos de Odio de Barcelona (así se afirma, citando expresamente este informe, en AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, pp. 48-49): "*Las leyes antidiscriminación, que existen en muchos pero no en todos los estados de la OSCE, usualmente abordan la discriminación en el lugar de trabajo, o la discriminación en el suministro de bienes y servicios. Aunque en la mayoría de las jurisdicciones la discriminación es materia de la ley civil, en algunas acarrea infracciones penales. De cualquier forma, las leyes de delitos de odio no se incluyen en las leyes que castigan la discriminación, porque no hay, necesariamente, una infracción penal base. El primer elemento esencial del delito de odio no existe.*" Los delitos de odio se encontrarían en mayor medida vinculados a la exigencia de una motivación prejuiciosa, mientras que los delitos de discriminación lo estarían a la protección de determinadas minorías. Parece que se trataría de las respectivas manifestaciones en nuestro ordenamiento del *animus model* y del *discriminatory selection model* legislativos de crímenes de odio. Desde esta óptica, en puridad, puede que sólo sean delitos de odio en nuestro ordenamiento aquéllos a los que sea de aplicación el artículo 22.4ª CP.

[629] Una "*reducida lista de preceptos protectores del derecho fundamental contemplado en el art. 14 CE*" esencialmente coincidente con la propuesta por GÓMEZ MARTÍN, "Discurso del odio… *op. cit.*, p. 96: artículos 22.4ª, 314, 510.1, 511, 512 y 607.2 CP. También RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, p. 139: "*En virtud del principio non bis in idem, no resulta aplicable en aquellos delitos cuyo tipo se estructura en torno a conductas discriminatorias. Por ejemplo, los previstos en los artículos 314, 510, 511, 512 y 607*".

[630] El Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012, propone un nuevo artículo 510 CP que sustituiría (y ampliaría) el actual, "absorbiendo" al 607.2 CP. También propone un subtipo agravado (artículo 510 bis CP) si los hechos se cometieran a través de una organización, previendo la RPPJ (artículo 510 ter CP) y desplazando el delito de asociación ilícita para promover el odio al ordinal 4 del artículo 515 CP. A los efectos que nos ocupan, estas hipotéticas reformas no afectarían a la inherencia del artículo 22.4ª CP, pues no varía el fundamento de los precitados tipos respecto de los que actualmente se encuentran vigentes. Si operara la inherencia en la actualidad, operaría igualmente tras esa hipotética reforma.

a. El delito de amenazas dirigidas a atemorizar un grupo étnico, cultural o religioso, o un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas (artículo 170.1).
b. El delito de discriminación en el ámbito laboral (artículo 314 CP).
c. El delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación y el delito de difusión de informaciones injuriosas (artículo 510 CP).
d. El delito de denegación de una prestación por el particular encargado de un servicio público o por el funcionario público (artículo 511 CP).
e. El delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales (artículo 512 CP)[631].
f. El delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación (artículo 515.5 CP).
g. Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (artículos 522 a 525 CP).[632]
h. Los delitos de genocidio y lesa humanidad (artículos 607 y 607 bis CP).[633]

---

[631] Traeremos a colación la SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 15 de enero de 2010, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, de 20 de julio de 2009. Se trató de una condena a varias personas por un delito de lesiones del artículo 147 CP con la agravante del artículo 22.4ª CP y a una de ellas por el delito de denegación de prestaciones del art. 512 CP, sin la concurrencia de la agravante. Los hechos consistieron en una brutal agresión a dos personas por parte de unos porteros de discoteca después de prohibirles el acceso al establecimiento. La inaplicación de la agravante al delito de denegación de prestaciones en este supuesto, en el que sí fue aplicada al de lesiones, muestra la operatividad del principio de inherencia.

[632] Niega RODRÍGUEZ YAGÜE, "Una propuesta de clasificación… *op. cit.*, cit. p. 21 la inherencia del artículo 22.4ª CP respecto de los artículos 522 a 526 CP. Afirma que la discriminación puede jugar un papel importante (por ejemplo, que pueden existir connotaciones discriminatorias en el delito de profanación de cadáveres), pero ello no determinaría que deban ser siempre considerados "delitos de discriminación" a efectos de que opere el ptincipio de inherencia: "*la concurrencia en ocasiones de una motivación discriminatoria no es razón suficiente para convertir a estos tipos penales en delitos antidiscriminatorios* […]. *En consecuencia, de constatarse que la conducta es realizada por alguno de los motivos discriminatorios contemplados por el artículo 22.4, habría que apreciar la concurrencia de la agravante de discriminación.*" Sin embargo, aunque ciertamente las motivaciones del autor pueden ser dispares, y no necesariamente será el odio discriminatorio el que inspire la comisión de esos delitos ni discriminatorios hacia un colectivo los efectos que produzcan, aquí partimos de que el artículo 22.4ª CP encuentra su fundamento en el principio de igualdad: entre otras cuestiones, por razón de religión (todos somos iguales independientemente de nuestra religión). Pues bien, son éstos delitos contra la libertad religiosa: esa similitud entre su fundamento y el del artículo 22.4ª CP es suficiente como para plantear la inherencia.

[633] Así, FEIJOO SÁNCHEZ, "La reforma de los delitos de genocidio… *op. cit.*: "*En caso de propósito de destrucción o persecución de grupos o colectivos de discapacitados no será de aplicación en ninguna de las dos figuras delictivas la agravante de cometer el delito por motivos de discriminación referentes a la*

i. Por último, no mencionados expresamente por el Servicio, podríamos añadir al catálogo a los efectos que nos ocupan, como parte de la "*normativa penal protectora del principio de igualdad*", los delitos de clonación para selección de la raza (artículo 160.3 CP), descubrimiento y revelación de secretos de datos que revelen condiciones personales (artículo 197.6) y de prácticas de segregación racial (artículo 611.6 CP)[634].

El planteamiento de este Servicio corta el dilema del principio de inherencia por la tangente: afirma que en todos estos delitos concurre la motivación de odio discriminatorio. Por lo tanto, cabría plantear respecto de todos ellos, sin mayores disquisiciones, la inherencia expresa del artículo 22.4ª CP[635].

Bien es cierto, como señala CANCIO, que algunos delitos de discriminación incluyen expresamente en su conducta típica una referencia a "*las motivaciones que deben guiar la conducta del sujeto activo*", como el artículo 510 CP[636]. En esos

---

enfermedad que padece la víctima o su discapacidad para evitar la infracción del principio ne bis in idem. La situación en la práctica es que hasta el momento la jurisprudencia nunca se ha planteado apreciar esta circunstancia agravante en este tipo de supuestos."

[634] LANDA GOROSTIZA, "Racismo, xenofobia… *op. cit.*, pp. 63-64.

[635] Memoria 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona, p. 22: "*El denominador común de estos tipos penales y también de la circunstancia agravante del art. 22 es el elemento especial motivador de la conducta: el ánimo o el móvil específico.*"

[636] CANCIO MELIÁ, "Comentario a los artículos 510 a 543 CP", RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1276. Una vez admitido que operará el principio de inherencia respecto del artículo 510 CP, podemos adentrarnos en otras consideraciones concursales, derivadas de la regla del artículo 18.2 CP (considerar inductor al provocador del delito ulteriormente perpetrado), de las que se ocupa ampliamente JERICÓ OJER, "El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?", *RP*, 2006, pp. 153-175. Imaginemos un primer supuesto: un sujeto provoca para que se cometa, por odio discriminatorio, un delito de aquéllos cuya provocación se sanciona penalmente (artículo 141, 151 o 168 CP), por ejemplo, unas lesiones. Es decir, una provocación del estilo: "hay que pegarle una paliza a X, porque es homosexual". En ese caso, parece que lo más lógico sería aplicar el artículo 151 CP, agravado *ex* artículo 22.4ª CP (estaría provocando un delito de lesiones contra un individuo, no contra un grupo – "los homosexuales" -, por lo que no sería de aplicación el artículo 510.1 CP). Esta será la situación mientras no prospere la propuesta del Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012, que modifica el tenor literal del artículo 510 CP ("*Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél...*"), pues entonces sí se aplicaría el artículo 510 CP (ya fuera la provocación al odio dirigida contra un grupo o contra un individuo). Volviendo a la legislación vigente, ahora supongamos que el delito de lesiones efectivamente se perpetra: en aplicación del artículo 18.2 CP, se castigaría al sujeto como inductor de un delito de lesiones, aplicando igualmente el artículo 22.4ª CP. Pasemos ahora a un segundo escenario, en el que la

casos, el hecho de que literalmente se recoja lo mismo en el tipo penal y en la circunstancia agravante sugiere que nos encontramos ante un caso de inherencia expresa: el fundamento de una y otra institución jurídica ha de encontrarse intrínsecamente vinculado, de forma que la aplicación del artículo 22.4ª CP al artículo 510 CP vulneraría la prohibición de *bis in idem* o, como mínimo, el principio de insignificancia. El problema surge respecto de otros delitos de ese catálogo, que no incluyen en su redacción referencia a motivación alguna.

Paradigmáticamente, y muy útil para ejemplificar lo que estamos exponiendo, el artículo 314 CP exige *efectos* discriminatorios objetivamente considerados ("*Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de …*"). Si entendemos que - a pesar de que la redacción parece sugerir que la tipicidad radica, no en los motivos, sino en los *efectos* - se exige la concurrencia del móvil discriminatorio, operaría sin duda el principio de inherencia desde la óptica del precitado Servicio[637]. Ahora bien, si se planteara esa referencia típica a la discriminación en términos mucho más objetivos (creación de una situación de desigualdad, objetivamente

---

provocación a la violencia por odio discriminatorio no iba dirigida contra un sujeto concreto, sino contra un grupo: "hay que darle una paliza a los homosexuales que se reúnen en el barrio". Ahí se aplicaría el artículo 510.1 CP, sin que pudiera aplicarse ya el artículo 22.4ª CP, al ser inherente. Llegamos así a la parte problemática de ese segundo escenario: las posibilidades de castigo en aquellos casos en los que la provocación a la violencia por odio discriminatorio va seguida de perpetración de un delito (seguiremos con el ejemplo de las lesiones). Si al artículo 510.1 CP le aplicamos la regla del artículo 18.2 CP, habría que sancionar al sujeto como inductor de un delito de lesiones, con aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP. El problema es que, en algunos casos, esta solución supondría que se castiga más levemente al inductor del delito de lesiones agravado *ex* artículo 22.4ª CP, que al provocador del artículo 510 CP (JERICÓ OJER, *idem*, p. 166 y ss.): "*El hecho de que en algunos supuestos (así, por ejemplo el art. 147.1 CP), la pena resultante de castigar por la inducción sea menor que la sanción a través de la provocación del art. 510 CP, muestra, otra vez más, la excesiva carga punitiva que lleva aparejada este precepto y que cuestiona ampliamente el principio de proporcionalidad*".

[637] Esta parece ser la postura de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona, que en su Memoria 2010 señala (p. 75): "*El delito de discriminación en el ámbito laboral del Art. 314 cp está sometido a tantas condiciones que su aplicación es casi imposible en la jurisdicción penal ya que exige:* [...] *2) concurrencia de uno de los móviles discriminatorios descritos en la ley y que de la misma manera que el Art. 22.4 no abarca todas las formas de discriminación* [...] *Sólo cuando se cumplan todos y cada uno de los citados requisitos la conducta es penalmente reprochable. La redacción actual del art. 314 no ha permitido detectar en este servicio ni una sola sentencia condenatoria*". En similar sentido, sobre la necesaria concurrencia de móviles discriminatorios para aplicar el precepto, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho Penal I. Parte general*, 2005, p. 250.

considerada, al margen de las motivaciones del autor[638]), al vincular la inherencia de la agravante a la exigencia típica del móvil, nos encontraríamos con que sí podría aplicarse el artículo 22.4ª CP al delito del artículo 314 CP.

Evidentemente, como ya hemos dicho, creo que desde un correcto entendimiento del principio de inherencia no es tan relevante que la conducta típica en cuestión exija o no la concurrencia de determinadas motivaciones para que opere dicho principio. Puesto que lo esencial es determinar si existe identidad de fundamento entre uno (el artículo 22.4ª CP) y otro precepto (el delito en cuestión), lo importante es atender a que el aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP se vincula al reproche por negar el *principio de igualdad* estructurador del Estado liberal-democrático (artículo 14 CE) y, secundariamente, a la reafirmación de su vigencia. Cualquier delito que sancione conductas discriminatorias (por sus efectos o por los motivos del autor), cualquier delito cuya razón de ser directa gire en torno al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE tendrá un fundamento idéntico (con la consiguiente vulneración de la prohibición de *bis in idem* de aplicarse la agravante) o un fundamento asimilable (*idem*, vulnerando ahora el de insignificancia) al del artículo 22.4ª CP.

De hecho, este entendimiento del principio de inherencia a efectos del artículo 22.4ª CP, parece ser acorde con la visión del legislador comunitario. La Decisión Marco 2008/913/JAI afirmaba:

---

[638] El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, nº 522/2003, de 30 de diciembre, parece sugerir esta interpretación del artículo 314 CP: "*Que no se acredita que respecto de él exista una grave discriminación por ostentar el cargo sindical; y respecto del mantenimiento de la situación hasta el agotamiento de la vía judicial se señala que dicha actuación no se llevó a cabo por los dos querellados, Sr. Julián y Sra. Paula, y ello al margen de que fuese la asesoría jurídica externa la que hubiera asesorado el tema. En este sentido se ha de sostener por este Tribunal que de lo actuado no se desprenden tales maniobras de discriminación grave realizadas al querellante, ya que la dilación en el cumplimiento, hasta agotar la vía judicial laboral, no implica una desobediencia a la resolución judicial, ni por ello puede decirse que durante ese tiempo estuviera sometido a la desigualdad grave que alega y que no puede ser atribuida al querellado, Sr. Julián ni a la querellada Sra. Paula, todo ello de conformidad con el art. 314 del Código Penal, ya que este precepto hace referencia expresa al no restablecimiento de la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa.*"

> "*En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante*."

Recordemos que esos delitos eran 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; la comisión de uno de esos actos mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra o de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, así como las formas de incitación y la complicidad a/con todas esas conductas. La primera consecuencia de todo ello es que, al margen de interpretaciones sobre el principio de inherencia *ex* artículo 67 CP, la incidencia directa de esta Decisión Marco en nuestro ordenamiento (desde el esencial vuelco operado por el "caso Pupino") implica que no podrá ser aplicado el artículo 22.4ª CP (o, como mínimo, que ello no es querido por el legislador comunitario) a delitos equivalentes a aquéllos cuya inclusión se proponía a los Estados miembros. La segunda es que esta exclusión, que se explica por el respeto de la Decisión Marco al principio de inherencia, no establece la operatividad de este principio atendiendo a que el delito en cuestión haga referencia a "motivos discriminatorios".

Las propuestas de redacción de los delitos que enumera la Decisión no hacen referencia a los *motivos* (se mencionan en sentido genérico delitos "de carácter racista" o dirigidos contra grupos "por razón de la raza", además del "genocidio": delitos cuyas conductas, una vez tipificadas por los legisladores estatales, podrían únicamente exigir la concurrencia de *efectos* discriminatorios). Sin embargo, afirma que no debe aplicarse a esos delitos la agravante genérica por motivos discriminatorios, que también propone. Ello podría deberse a que el fundamento de esos delitos y el de la circunstancia agravante son similares, y que por eso opera el principio de inherencia. Esa similitud vendría dada porque

los motivos discriminatorios son factores "típicamente" acompañantes (*id quod plerumque accidit*) de esos delitos.

Por la misma razón, entendemos que operará con carácter general respecto de los delitos enumerados en el catálogo expuesto al comenzar este epígrafe ese mismo principio, no siendo posible aplicar en esos casos el artículo 22.4ª CP.

3. Otros supuestos.

Nos hemos centrado hasta ahora en analizar la problemática que a efectos de inherencia planteaba el artículo 22.4ª CP respecto de algunos delitos que se consideran incluidos en el catálogo de "normativa penal antidiscriminatoria": los "delitos de odio y discriminación" o, sencillamente, aquéllos cuyo fundamento se encuentra más claramente vinculado al del artículo 22.4ª CP. No quiere esto decir que sólo respecto de esos delitos pueda operar esta inherencia o que no existan otros delitos que merezcan ser igualmente considerados "de odio" o de "discriminación"[639]. Tampoco implica lo anterior que en casos concretos no se den situaciones que aconsejen entender inherente esta circunstancia agravante, a pesar de que con carácter general los delitos por los que se condene no guarden análogo fundamento al artículo 22.4ª CP. La complejidad de algunos supuestos puede dar lugar a soluciones interesantes, en las que opere la prohibición de *bis in idem* respecto de delitos en los que, a priori, no habría problema alguno para aplicar la agravante.

Podemos traer a colación el conocido caso de un magistrado que fue condenado por retrasar maliciosamente la adopción de una niña por parte de una pareja homosexual. El Ministerio público había considerado que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de prevaricación, concurriendo la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP. La acusación particular, por su parte, entendía que eran constitutivos de un delito de retardo malicioso del artículo 449.1 CP o, alternativamente, de un delito del artículo 511 CP. Como puede comprobarse, conforme a lo que aquí hemos expuesto, el único de estos

[639] Por ejemplo, alguno de los delitos mencionados en el epígrafe anterior podrían ser considerados "*ofensas fetichistas*" (CANCIO MELIÁ, "Comentario a los artículos 510 a 543 CP"… op. cit., pp. 1336-1337) a condiciones personales como pudiera ser la ideología, recogida en el listado del artículo 22.4ª CP. Pues bien, existen otros tipos penales de constitucionalidad discutible que podrían ser definidos en similares términos y respecto de los cuales, por ende, quizás sería igualmente aconsejable estimar la inherencia del artículo 22.4ª CP. *Ad exemplum*, sanciones a manifestaciones de odio ideológico consistentes en "*vilipendiar, deshonrar o vejar a lo que representan ya sean las instituciones, ya sean sus símbolos*" como en el caso del delito de ultrajes a España (ampliamente, NAVARRO MASSIP, "El delito de ultrajes a España y la libertad de expresión", *RAD*, 2009 (www.westlaw.es, fecha de consulta: 29/04/12)).

tipos respecto del cual operaría el principio de inherencia era el del artículo 511 CP. Pues bien, este magistrado fue condenado por la STSJ de Murcia nº 5/2008, de 23 de diciembre, MP Julián Pérez-Templado Jordán como autor del delito de retardo malicioso, concurriendo la circunstancia agravante. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 1243/2009, de 30 octubre, MP Siro Francisco García Pérez consideraría que la aplicación del artículo 22.4ª CP, cuya concurrencia no se discutía, supondría una doble sanción por los mismos hechos. Y ello, teniendo en cuenta que entendió que existía un concurso de leyes entre el delito de retardo malicioso y el de prevaricación del artículo 449.1 CP, que resolvió a favor de este último. El alto Tribunal no obvió que, con carácter general, no existiría inconveniente en aplicar el artículo 22.4ª CP a un delito de prevaricación, pero que en este "*particular caso*", resolviendo los sucesivos concursos de leyes, resultaba que existía identidad de fundamento, pues el fundamento del artículo 511 CP estaba siendo ya considerado a efectos de esa calificación conforme al 449.1 CP.[640] No parece tratarse de una solución enteramente satisfactoria, puesto que el fundamento del artículo 449.1 CP no se encuentra vinculado al principio de igualdad, por muchos sucesivos concursos que se hubieran resuelto. Quizás debiera haberse planteado la posibilidad de que el artículo 22.4ª CP "volviera a la vida", pues el artículo 449.1 CP, aunque captase otros desvalores derivados del fundamento del artículo 511 CP, no haría lo propio con aquél vinculado al principio de igualdad.

Al margen de que pueda discutirse si realmente estaba ya abarcado el desvalor del artículo 511 CP en la anterior condena, lo que queremos señalar es que lo hasta ahora expuesto respecto del principio de inherencia son parámetros

[640] "*La sentencia delimita la agravante en que el acusado cometió el delito por motivos discriminatorios en razón a la orientación sexual de la víctima. Ciertamente que el bien jurídicamente protegido con el art. 449.1 CP guarda relación con la Administración de Justicia en la faceta del derecho al proceso público sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 CE, y que la agravante 4ª del art. 22 trata de evitar la realización de cualquier delito con motivación discriminatoria, que implica negar el principio de igualdad reconocido en el art. 1º CE. Mas ocurre en el presente y particular caso que, en la enjundia de la conducta constitutiva del delito que se sanciona, es elemento constitutivo la discriminación frente a homosexuales. Es decir tal discriminación carece, en el caso que nos ocupa, de sustantividad separable de la conducta típica. La acumulación de la penalidad por agravación a la correspondiente al tipo básico implica penar doblemente unos mismos elementos fácticos.*"

generales, que no descartan que en la práctica puedan darse situaciones en las que opere este principio respecto de tipos penales distintos a los del catálogo transcrito al inicio del anterior epígrafe. Por lo tanto, y una vez descartado todo ánimo exhaustivo, parece conveniente prestar atención a dos supuestos respecto de los cuales también se ha planteado doctrinalmente la inherencia del artículo 22.4ª CP: los delitos de terrorismo y los de violencia de género.

La aplicación del artículo 22.4ª CP en materia de terrorismo ha sido interpretada como una hipótesis que "*de confirmarse, constituiría una flagrante transgresión del principio non bis in idem*"[641]. Pues bien, no hace mucho, la SAN, Sala Penal, Sección 3ª, nº 50/2006, de 26 de julio, MP Félix Alfonso Guevara Marcos, sugería con una farragosa redacción que sí era posible entender que sería inherente la circunstancia del artículo 22.4ª CP en estos casos:

> "*la Sala entiende no aplicable la agravante del artículo 10 número 17 de dicho texto que propugnaron en sus conclusiones la acusación particular y la acusación popular ejercida por el PSOE., dado que si bien consta acreditado en Autos que el fallecido D. Eloy era Presidente del PSE.-PSOE. en Guipúzcoa y como tal estaba significado públicamente y por ello entre otras razones fue elegido por los directivos de ETA. […] es precisamente el fundamento del artículo 517 bis a) ya aplicado: un mismo hecho no puede integrar una doble agravación por ser contrario al principio bis in idem.*"

Podría entenderse que jurisprudencialmente se cerró así un debate abierto por la sentencia del caso "Ortega Lara" (SAN, Sala Penal, Sección 1ª, nº 38/1998, de 29 de junio, MP Siro Francisco García Pérez) en la que se rechazó la aplicación de la agravante aduciendo únicamente problemas probatorios[642], alejándose así de la inicial postura de la SAN, Sala Penal, Sección 1ª, nº 73/1997, de 27 de noviembre, MP Manuela Fernández Prado. Esa inicial postura optaba por la incompatibilidad entre estos delitos y el artículo 22.4ª CP. Sin embargo, no lo hacía porque operara el principio de inherencia:

---

641 *Vid.* LANDA GOROSTIZA, "El modelo político-criminal… op. cit., p. 159 y ss.

642 "*No es de apreciar la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos de discriminación referente a la ideología -pertenencia al Partido Popular de la víctima-. Pues baste tener en cuenta que no se entiende probado que en la elección de la víctima fuera determinante tal índole de pertenencia; porque las declaraciones de los procesados no aludían a esa faceta ideológica*".

> *"Tampoco se estima la de cometer el delito por motivos racistas o discriminación referente a la ideología... raza o nación a la que pertenezcan, del art. 22.4.º, pues en su actividad criminal están actuando contra sus vecinos y conciudadanos, y contra toda la sociedad, sin distinción alguna."*

Es decir, lo hacía porque dada la naturaleza del criminal terrorista, nunca podría cometerse uno de estos delitos por un odio discriminatorio específico hacia alguna condición personal, sino siempre por un odio genérico e indiscriminado, impropio de un ser racional[643]. Desde ese planteamiento acerca del perfil terrorista, no se aplicaría el artículo 22.4ª CP, ciertamente, aunque genera importantes dudas la posibilidad de extrapolar ese argumento a todos los casos[644]. Sin perjuicio de que producir un indiscriminado terror social pueda ser la motivación de algún autor de un delito de terrorismo o que en esos efectos intimidatorios radique su tipicidad, con carácter general, considero que sí es posible estimar la inherencia del artículo 22.4ª CP. Difícilmente puede imaginarse un delito de terrorismo en el que no concurra la motivación de odio discriminatorio por razón de ideología, de religión, de nacionalidad, etc. Se antoja por ello asumible que haya sido tomado en consideración este extremo a la hora de tipificar esa clase de conductas[645]. Nótese que si una organización es

---

[643] Siguiendo esta lógica, las SSAN nº 35/2003, de 6 de noviembre, MP Fernando Bermúdez de la Fuente ("*la Sala no aprecia que en la actuación delictiva haya existido ningún tipo de discriminación hacia una concreta persona, siendo el móvil que se pretendía por los autores el atentar contra el orden democrático y llevar el temor a la ciudadanía en general*") y nº 22/2002, de 7 de junio, MP Rosa María Arteaga Cerrada ("*La de actuar por motivos racistas del art. 22 núm. 4 CP no sería aplicable en este supuesto, en el que lo que tuvo lugar fue un delito de terrorismo, cuyo claro objetivo fue recabar medios económicos para una banda armada que tiene entre sus fines subvertir el orden constitucional, y no una acción motivada por razones de discriminación racial, ideológica u otra condición personal de la víctima*").

[644] Estas dudas son un reflejo de la dualidad de perfiles criminológicos del terrorista (*vid*. GARCÍA-ANDRADE, *Miedo… op. cit.*, pp. 85-90): de un lado, existen sujetos que actúan por la fascinación que les produce generar terror, por la sensación al descargar su agresividad contra un objeto indeterminado y que, en síntesis, puede que ni siquiera hayan interiorizado una determinada ideología. Sin embargo, este sujeto actúa en la organización bajo el liderazgo de un terrorista con un perfil mucho más ideologizado y caracterizado por el odio político.

[645] Partiendo de la definición de terrorismo propuesta por la legislación federal estadounidense, *conditio sine qua non* de estas actividades es que estén "políticamente motivadas" (*vid*. DOZIER, *La haine… op. cit.*, p. 26). Es decir, que serían necesariamente delitos cometidos por una clase de odio discriminatorio ideológico. Como reseñaba el voto particular de Andrés Martínez Arrieta a la STS, Sala 2ª, nº 259/2011, de 12 de abril, MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca respecto de la apología del terrorismo: "*En estos preceptos el odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje.*"

terrorista por "subvertir el orden constitucional" o "alterar la paz pública" (artículo 571.3 CP), necesariamente parece que inspira su actuación un motivo discriminatorio, necesariamente vinculado a propósitos políticos. Creo que, efectivamente, nos encontramos ante un supuesto de inherencia por la propia definición típica del terrorismo.

Esta inherencia se explicaría porque la razón de ser de la incriminación de estos delitos, estrechamente vinculada con la conservación del Estado (de ahí la consideración del terrorista como "enemigo")[646], se asemeja en buena medida a la de la agravación del artículo 22.4ª CP. Si, como señala la SAN nº 73/1997, el delito terrorista genera un determinado efecto intimidatorio "en la sociedad", ello se debe a que niega la vigencia del principio de igualdad por razones que tienen que ver con la forma de organización del Estado. En lugar de emplear la libertad de expresión, los autores de delitos terroristas cometen unas conductas (típicas) que no respetan la igualdad de los ciudadanos en lo que a creencias sobre organización de la *polis* se refiere. Ciertamente, el fundamento último de estos delitos (de su carácter agravado) reside en otras cuestiones (el desafío al monopolio estatal de la violencia) [647]; pero producen una intimidación masiva que no puede entenderse sin el propósito terrorista (necesariamente político), lo cual a su vez implica la selección de una víctima "fungible": el atentado contra "una clase de personas" (los infieles, los españoles, etc.: esto es, un estereotipo) definida conforme a una condición personal, lo cual les asemeja sobremanera, en términos conceptuales, a los crímenes de odio. Es decir, que al establecer la sanción de los delitos terroristas, el legislador "ha tenido en cuenta", a la vista de la definición legal vigente, que concurre habitualmente en estos casos una motivación discriminatoria hacia una condición personal de la víctima. Parece un fundamento suficientemente vinculado al del artículo 22.4ª CP (en su

[646] En tanto que fuente de "peligro" excepcional o, como señala SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*… op. cit., p. 163, como fenómenos que "*amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado*".

[647] Sobre el concepto de "terrorismo" conforme a nuestra actual regulación penal, *vid*. CANCIO MELIÁ, "The reform of Spain's antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision", GALLI/WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislations and case-law?*, 2012, pp. 99-116.

vertiente de odio ideológico) como para plantear la inherencia. Todo ello, al margen de que las concretas motivaciones de un particular terrorista pudieran no estar dirigidas hacia ninguna condición personal en concreto (por ser su odio indiscriminado: un delito cuyo motivo fuera sembrar el caos y el terror por el mero placer de hacerlo), y por ello no pudiera ser tampoco de aplicación en la práctica por cuestiones probatorias.

En cuanto a la violencia de género, podemos comenzar refiriendo que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de mayo de 2011, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se refería a delitos "*de odio racial o de género u otros delitos motivados por prejuicios*"[648]. Conforme a esa apreciación, los delitos de violencia de género serían "delitos de odio" (delitos motivados por un odio discriminatorio hacia el género de la víctima). Así, como crímenes de odio, se ha introducido también la idea de violencia de género en nuestro ordenamiento:

> "*La afirmación más extrema del odio contra la mujer es el homicidio o asesinato por razón de su género. Esto es lo que se ha denominado en otros países como Femicidio o Feminicidio.* […] *este concepto* […] *viene siendo utilizado para definir aquellos crímenes que se cometen contra las mujeres ocasionándoles la muerte con motivo de su género femenino*."[649]

En esta línea, el fundamento de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sería conforme a su artículo 1, "*actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*"

---

[648] Considerando (13). Sin embargo, la Directiva finalmente aprobada por el Consejo el 4 de octubre de 2012 diferencia de forma más nítida los delitos de violencia de género ("*gender-based*", *vid*. Considerandos (16) y (17)) y los crímenes de odio ("*hate crimes*", asimilados a aquéllos cometidos por motivos discriminatorios, *vid*. Considerando (56)).

[649] LLOP CUENCA, "La violencia contra las mujeres en el ámbito internacional", GARCÍA GARCÍA/D. DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, p. 221.

El CGPJ, en su polémico informe al Anteproyecto de la ley[650], afirmaba que era posible que, en materia de violencia de género, "*la agravación se fundamentase*" en que los delitos "*se realizan con ánimo de discriminación o dominación del hombre sobre la mujer*", pues en el precitado precepto[651] se concretaba "*el ánimo del agresor*", que sería el expuesto. Por lo tanto, nos encontramos con un fundamento claramente vinculado al principio de igualdad, y en ese sentido podría operar la inherencia del artículo 22.4ª CP para evitar la vulneración de la prohibición de *bis in idem*. Sin embargo, la cuestión radica en que es un fundamento vinculado a la igualdad sea cual sea nuestro *género*, condición personal más mutable que el sexo y que no se encuentra recogida por el *numerus clausus* de la circunstancia agravante: el artículo 22.4ª CP no habla de "género", sino de "sexo"[652]. No prevé su aplicación a delitos machistas en el ámbito de la pareja, sino misóginos con carácter general[653]. Conviene, pues, detenerse en esta cuestión antes de afirmar tajantemente que operará respecto de estos delitos el principio de inherencia.

Lo primero que debemos admitir es que, para poder hablar de un "delito de violencia de género" conforme a su regulación en nuestro ordenamiento, el hecho de que el autor actúe con una u otra motivación (machista, misógina, etc.) no es lo esencialmente relevante[654]. Se trataría más bien de unas conductas

---

650 Disponible en www.poderjudicial.es (fecha de consulta: 20/01/12). *Vid*. pp. 43 y 53.

651 Realmente, en el artículo 1.2 del Anteproyecto: "*A los efectos de esta Ley, se entenderá por violencia ejercida sobre la mujer la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.* […]"

652 "*…para cualificar este tipo de atentados sea la de discriminación que contempla el art. 22.4 CP, sin embargo, debe tenerse en consideración que la idea de discriminación tiene que ver fundamentalmente con la diferencia de trato propiciada, en este caso, por el sexo, y de lo que aquí se trata es de calificar los atentados violentos contra las mujeres que tienen por objeto su dominación*", *vid*. VILLACAMPA ESTIARTE, "El maltrato singular cualificado por razón de género: Debate acerca de su constitucionalidad", *RECPC*, 2007, cit. p. 19.

653 *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo V.A).5.

654 No estará de más añadir una reflexión sobre la fenomenología de la violencia de género, contrapuesta a la de los crímenes de odio. Concretamente, a aquéllos cometidos por un odio discriminatorio por razón de sexo (misóginos) que son a los que podría aplicarse el artículo 22.4ª CP. El autor de un delito de violencia de género puede cometerlo motivado por odio, pero normalmente un "odio subjetivo" (le desearía un mal a su mujer, a quien conoce bien); no el "odio objetivo" de los crímenes de odio, aquél que recae en el estereotipo del sexo femenino

típicas definidas por *el contexto* de dominación por razón de género. Tampoco se trata de discriminación en sentido estricto, pues no encuentran su fundamento los delitos de violencia de género en la voluntad de proteger a un colectivo (las mujeres) caracterizadas por una natural debilidad biológica. En este sentido, ya antes de que el Tribunal Constitucional[655] se pronunciara sobre la reforma operada por la precitada LO 1/2004, señalaba PEÑARANDA respecto del fundamento de estos delitos:

> "*Las razones de esa diferente gravedad no estriban en una peculiar vulnerabilidad de las mujeres en cuanto tales frente a la violencia masculina, lo que vendría a consolidar la inaceptable imagen de las mujeres como el "sexo débil" y de los varones como "sexo dominante". La comparación adecuada no puede ser, por tanto, la que se realiza con colectivos "naturalmente" vulnerables, como el de los niños o los incapaces, sino más bien la que apunta a grupos que son objeto de discriminación por razones sociales, culturales o políticas: ejemplo, el de los extranjeros o el de los miembros de etnias minoritarias.* […] *una agravación por violencia de género exige también que se constate un contexto de discriminación, consistente aquí en que un varón tienda a negar mediante la violencia (o la intimidación) la autonomía de una mujer como persona libre e igual en derechos.*"[656]

(odiaría a *todas* las mujeres por el hecho de serlo, fueran o no "*su*" mujer). *Vid*. MORAN, "Law and Emotion…, p. 765 y ss.

[655] El Alto Intérprete se pronunció después con argumentos no exactamente coincidentes (esencialmente, *vid*. SSTC nº 54/2008, de 14 de mayo, 80, 81, 82 y 83/2008, todas ellas de 17 de julio, y 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio; sobre el artículo 171.4 *cfr*. la STC nº 45/2009, de 12 de febrero; y sintetizando la actual postura del Tribunal, la STC, Pleno, nº 41/2010, de 22 de julio). Sin embargo, sí han existido pronunciamientos jurisprudenciales que han recogido de forma explícita, en contra del criterio de la FGE *(vid*. Circular nº 4/2005, de 18 de julio), argumentos muy similares. Así, la SAP de Murcia, Sección 3ª, nº 124/2011, de 13 de junio, MP Augusto Morales Limia: "*de cara a poder mantener en sede de apelación la condena del hombre acusado por dicho delito o delitos, la existencia de una situación de dominación, subyugación, intento de sumisión o de desigualdad por parte de éste hacia la que es o ha sido su cónyuge o mujer ligada a él por análogos lazos de afectividad aun sin convivencia, que debía plasmarse en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Y por ello dictó el 26 de marzo 2010 tres sentencias similares (rollo de apelación 240/09, juicio rápido nº 145/09, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, nº 70/10 , y la del rollo 247/09 , juicio rápido 96/09 del mismo Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, nº 71/10 , ponente de ambas del Olmo Gálvez; y la nº 68/10, rollo de apelación 63/10 , PA 321/09 Juzgado Penal nº 2 de Lorca, ponente quien suscribe, amén de alguna otra posterior al 29 de marzo pasado, ponente Jóver Carrión), en las que, en definitiva, se establecía el criterio unánime de que, primero, para la aplicación de dichos preceptos era exigible esa situación circunstancial de sumisión, dominación o subyugación por parte del hombre hacia la mujer a la que está unida por el vínculo que fija el precepto como expresión de una conducta machista inaceptable o un intento por parte del primero de quebrar o disminuir la propia dignidad personal o la libertad de la segunda.*".

[656] PEÑARANDA RAMOS, "¿Qué puede hacer el Derecho Penal contra la violencia de género?", *Debate*, 2008, pp. 3-4. En similar sentido, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "El régimen jurídico-penal de la violencia de género: algunas consideraciones críticas", CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, 2011, pp. 147-160.

Por lo tanto, no radica el fundamento de estos delitos en que el autor actúe con una determinada *motivación discriminatoria por razón del sexo de la víctima*, sino en que se haya producido previamente a la comisión del delito un *contexto de dominación por razón de género*. Un contexto para cuya determinación no han de influir necesariamente las motivaciones del autor. Ahora bien, tanto el fundamento de esos delitos como el de la circunstancia agravante se encuentran fuertemente vinculados al principio de igualdad (en una por razón de sexo, en otros por razón de género). Aunque el fundamento no sea idéntico, y no pueda por ello hablarse de vulneración de *bis in idem* en sentido estricto, considero - contrariamente a un muy respetable sector[657] – que sí puede operar aquí el principio de inherencia, por la importancia del de insignificancia: de no aplicar la circunstancia agravante, se estaría condenando conforme a un delito que ya justifica su existencia en la prevalencia del principio de igualdad en un Estado liberal-democrático. Que sea por género o sexo implica, efectivamente, un fundamento diferente, pero lo suficientemente cercano como para poder hablar de inherencia.

Cuestión, como toda atinente a la operatividad del artículo 67 CP, que futuros pronunciamientos jurisprudenciales ayudarán a discernir.

---

[657] *Vid*. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, 2006, p. 411 y ss. También MOLINA FERNÁNDEZ, "Desigualdades penales... *op. cit.*, p. 78, al analizar la LO 1/2004, sugiere: "[a]*plicar en estos casos una agravante, como la genérica del artículo 22.4 CP es razonable*". DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*, interpretando que el artículo 22.4ª CP no se aplicará si se comete el delito por determinados *motivos*, sino debido a los *efectos* que puedan derivar de ese delito – *infra*, Segunda Parte, Capítulo II.2 -, entiende que no será *normalmente* de aplicación la agravante a supuestos de violencia de género. Sin embargo, no sería ya debido al principio de inherencia, sino porque el artículo 22.4ª CP se aplicaría cuando del delito hubiera derivado un efecto comunicativo intimidatorio para la *colectividad* de la víctima, mientras que los delitos de violencia de género se aplicarían a supuestos de agresión *individual* a la libertad de la víctima directa (una coerción a la *víctima directa*, no al *colectivo* de las mujeres). Es decir, que no se aplicaría el artículo 22.4º CP a supuestos de violencia de género porque en estos últimos el autor no tiene *normalmente* conocimiento ni intención de que su crimen provoque efectos intimidatorios en el colectivo de las mujeres. Lo cual, como el propio autor reconoce, será discutible en algunos casos. Por el contrario, señala igualmente DOPICO GÓMEZ-AYER, "Motivos racistas... *op. cit.*, p. 379, que desde planteamientos cercanos al que aquí sostenemos (que el artículo 22.4ª CP se aplica por las *motivaciones* del autor), se producirá un "*conflicto de leyes con la represión específica de la violencia de género*": ese conflicto sería el concurso (aparente) que se resolverá operando el principio de inherencia.

SEGUNDA PARTE. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGRAVANTE.

"*Los enemigos firmaron la paz luego de acordar que sus discrepancias provenían de un odio necesario*".

NÉMER IBN EL BARUD
(*La flecha, la paloma y el arquero,* Buenos Aires, 1980).

Capítulo I

El rechazo a un Derecho penal de la actitud interna.

1. Planteamiento.

Ha llegado el momento de adentrarse en el estudio dogmático de la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP. En este sentido, debemos ser cautelosos a la hora de emplear el fundamento propuesto para esta institución jurídica. Deberíamos convenir en que "la naturaleza jurídica de una agravante constituye la traducción sistemática de su fundamento dentro del aparato conceptual que representa la Teoría del Delito"[658]. Ahora bien, que intuitivamente, conforme a dicho fundamento, *parezca* que debe ubicarse en una u otra categoría de ese aparato conceptual la agravante, no debe traducirse en un postulado del estilo: "como el fundamento es *x*, la naturaleza debe ser *y*". El fundamento que hemos propuesto no implica necesariamente que el artículo 22.4ª CP agrave la antijuridicidad del hecho o afecte a la culpabilidad.

En este sentido, se antoja conveniente mencionar la discusión existente sobre el papel de las motivaciones que suponen una agravación de la responsabilidad penal conforme a nuestras distintas categorías dogmáticas. Las opiniones doctrinales al respecto son diversas. La postura dominante tanto en España como en Alemania entiende que nos encontramos ante una mayor culpabilidad. Otras opciones se decantan por un mayor injusto, otras parten de una solución mixta (suponen una mayor culpabilidad sobre la base de un mayor injusto) y por último otras afirman que habrá que atender al caso concreto para atribuirles algún valor.[659] Dada la finalidad del presente trabajo, excede nuestra intención el proponer un sistema acerca del papel de las motivaciones abyectas en el Derecho penal. Nos encontramos, efectivamente, ante un caso concreto: el

[658] Parafraseando a VARONA, *El miedo… op. cit.*, p. 3.
[659] Ampliamente en PERALTA, *Motivos reprochables… op. cit.*, p. 151 y ss.

artículo 22.4ª CP. Lo que efectuaremos serán aproximaciones a la naturaleza jurídica *de esta circunstancia agravante*, partiendo singularmente de propuestas específicas conforme al debate existente en nuestro país.

Puesto que se trata de un análisis focalizado en este particular precepto, y no en el general papel de las motivaciones en Derecho penal, conviene dejar sentadas algunas cuestiones, que derivan de la siguiente – no por obvia, menos esencial – constatación: las motivaciones que menciona el precepto tienen relevancia en tanto que elemento de una circunstancia agravante genérica. Conforme a nuestro ordenamiento, ello supone que se imponga al autor en su mitad superior la pena *que ya prevé el marco punitivo del delito por el cual se le condena*. Nada más, y nada menos.[660] Pues bien, la conclusión acerca de la naturaleza jurídica de una agravación "por motivos discriminatorios" puede no ser la misma en todos los casos. Esta conclusión dependerá, quizás, de cuál sea el precepto que los menciona y de cómo opere la "agravación". Conviene, por lo tanto, distinguir dos problemas sobre los que no nos pronunciaremos, por exceder el análisis concreto del artículo 22.4ª CP.

Primero: el papel de los motivos puede no ser el mismo si suponen la imposición de una pena en el marco punitivo ya previsto para un hecho típico (como sucede en el caso del artículo 22.4ª CP), que si el motivo fundamenta la existencia del delito. Puede ser un problema distinto al que aquí nos ocupa el de que una conducta cometida por determinados motivos sea típica, pero cometida por otros motivos sea atípica. Tampoco es la misma situación que la que nos ocupa la hipótesis de que una conducta cometida por determinados motivos suponga la imposición de la pena en un marco punitivo superior, por la vía de

[660] Al margen de que, por ejemplo, concurriendo dos circunstancias agravantes más, pudiera imponérsele la pena superior en grado (desplazándose así a otro marco punitivo superior la pena a imponer), ello deriva de las reglas establecidas por el artículo 66 CP: no afecta en modo alguno a la circunstancia agravante. Con esto no pretendemos afirmar que la imposición de la pena en la mitad superior del marco punitivo no revista relevancia punitiva (especialmente, a efectos de suspensión o sustitución de las penas, si a consecuencia de la aplicación de la agravante se superan ciertos límites). Pero, nuevamente, ello será atribuible a las reglas sobre sustitución, suspensión, etc.; no al artículo 22.4ª CP ni al hecho de que sea una circunstancia agravante genérica.

un subtipo agravado. En ambos casos, la existencia del marco punitivo abstracto en el que se impondrá la pena depende de que concurran las motivaciones. El motivo es en esos supuestos un elemento que menciona el tipo (básico o agravado) de la Parte Especial del Código, lo cual plantea problemas ajenos al artículo 22.4ª CP, en los cuales no ahondaremos.

En segundo lugar, tampoco es la misma situación el que los motivos discriminatorios sirvan para individualizar *judicialmente* la pena en la mitad superior del marco, que el que lo hagan porque existe una circunstancia agravante genérica que *legalmente* así lo prevé. Para clarificar esta cuestión, retomemos las recomendaciones alternativas de la Decisión Marco 2008/913/JAI. Debemos convenir en que no es lo mismo que "*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante*" y que "*los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones*". Nuestro ordenamiento optó, más de dos lustros antes de que se efectuara esta recomendación, por la primera alternativa. El estudio de la naturaleza del artículo 22.4ª CP debe por lo tanto partir de que se ha reconocido *legalmente* un papel a los motivos discriminatorios a través de una circunstancia agravante genérica. Si no existiera una circunstancia agravante genérica, atribuir al odio discriminatorio el papel de agravar la pena a efectos de individualización judicial plantearía adicionales problemas que aquí no tienen necesariamente que ser tomados en consideración. Lo anterior, a pesar de que existieran en nuestro ordenamiento pronunciamientos jurisprudenciales, previos la vigencia del artículo 22.4ª CP, que consideraran que los motivos discriminatorios debían ser atendidos para individualizar judicialmente la pena[661].

[661] Así, la SAP de Castellón, Sección 2ª, de 10 de mayo de 1996, en el conocido "caso Guillem Agulló": "*La cuestión se plantea en sede de penalidad, y así debe ser, en efecto, pues aunque en el derecho aplicable la motivación racista o discriminatoria no constituye una circunstancia agravante tipificada (frente a lo que ocurre en el nuevo Código Penal de próxima vigencia: artículo 22.4ª CP), no cabe duda de que el Tribunal podrá, e incluso deberá tenerla en cuenta, al determinar en concreto, con todo el rigor que proceda, la pena que corresponde dentro de los márgenes legales*".

Efectivamente, la hipótesis de que las motivaciones (cualquier motivación) puedan ser tomadas en consideración para individualizar judicialmente la pena, cuando la específica motivación de que se trate no tiene un papel legalmente reconocido, admite diversas soluciones. Entre ellas, se ha planteado que la incidencia vaya referida a valorar si pueden las motivaciones incidir en el injusto objetivo, descartándose por un sector de la doctrina que puedan suponer la imposición de la pena en su mitad superior por la vía de la individualización judicial[662]. Pero lo anterior no quiere decir que nunca se pueda atender a los motivos para agravar la pena dentro del marco punitivo previsto, o que de hacerlo deba ello suponer un plus de injusto objetivo[663]. Únicamente se trata de una posible solución *cuando los motivos no se encuentran legalmente reconocidos como una circunstancia agravante genérica*.[664]

En este sentido, defiende KAUFMAN que los móviles deben ser irrelevantes a efectos de agravación de la responsabilidad penal. Que esta es la regla *general*. Sin embargo, no niega que esta "postura ortodoxa" sea compatible con la atribución de relevancia a los motivos en algunas ocasiones. Concretamente, afirma que negar con carácter general dicha relevancia no es óbice para admitir

---

[662] FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución… op. cit.*, pp. 677-725, por otro lado, concluye que cuando no existan "*razones especiales para considerar el injusto grave o leve y la disposición jurídica del autor no se mereciera un tratamiento atenuatorio, la pena debería situarse hacia el centro o el medio del marco penal abstracto correspondiente*", por lo que una motivación abyecta no podría suponer nunca la imposición de la pena en la mitad superior por la vía de la individualización judicial.

[663] Señala SILVA SÁNCHEZ, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", *InDret*, 2007, pp. 10-12: "*no puede obviarse el hecho de que la actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal. Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del Derecho.*" Esta afectación de las motivaciones al "injusto en sentido ideal" (en tanto que negación personal del Derecho), podría ser entendida como una afectación a la "categoría dogmática de antijuridicidad", pero también a la "categoría dogmática de culpabilidad". Ello dependerá de cómo se configure cada categoría.

[664] Las circunstancias modificativas, en nuestro ordenamiento, son por definición causas *legales*. Como contrapunto, pueden existir criterios legislativos (de los que nuestro ordenamiento se encuentra huérfano en gran medida) para que el juez individualice judicialmente la pena, pero se trata de instituciones que cumplen una función totalmente distinta. Por ello, "*sus regímenes jurídicos son por completo diferentes*". *Vid*. GONZÁLEZ CUSSAC, "Presente y futuro de las circunstancias modificativas", DEL RÍO FERNÁNDEZ (dir.), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, p. 30 y ss., cit. p. 31.

que en los crímenes de odio la atribución concreta de responsabilidad a un sujeto se explique por los motivos. Y ello, porque *cuando el legislador reconoce a los motivos relevancia* está partiendo de que revisten un especial fundamento, como motivos distintos a aquellos que, por la regla general, no serán tomados en cuenta[665].

En definitiva: es perfectamente compatible admitir la irrelevancia penal de las motivaciones para agravar la responsabilidad penal como *regla general* y, a su vez, admitir que el artículo 22.4ª CP se aplicará "por unas motivaciones del autor". Conviene no confundir el espectro de los dos debates: una cosa es defender que las motivaciones siempre sirvan para individualizar la responsabilidad penal del autor y otra bien distinta que algunas de esas motivaciones, legalmente reconocidas, lo hagan. Debemos admitir que, si la relevancia de una determinada motivación agravatoria no se encuentra reconocida legalmente, se correría un importante riesgo a efectos de práctica forense si siempre se tomara en consideración: cualquier juez que considerara, por cualquier razón, detestable un móvil, podría emplearlo para agravar la sanción. Si se admitiera esa posibilidad, la arbitrariedad correría el riesgo de imponerse: no todas las motivaciones revisten un fundamento análogo. La conclusión es diferente si de una circunstancia agravante genérica legalmente reconocida estamos hablando. Precisamente, porque si han sido esos motivos reconocidos legalmente es porque tienen algo que los diferencia de otras motivaciones que no han sido objeto de mención expresa en el Código: la existencia de suficiente fundamento, que el artículo 22.4ª CP reviste conforme hemos expuesto anteriormente.

Pero no es la posible existencia de ese "peligro" la razón determinante que justifica la operatividad del artículo 22.4ª CP, a la vista de esa regla general que nos dice "no se tomarán en cuenta las motivaciones para agravar la pena". En puridad, en lugar de ser una "parte especial" de dicha regla, lo cierto es que el

[665] *Vid*. KAUFMAN, "Motive, Intention, and Morality in the Criminal Law", *CJR*, 2003, p. 317 y ss.

artículo 22.4ª CP cumple con ella: no se trata de considerar la motivación discriminatoria, en sí misma considerada, como un *añadido* de desvalor al desvalor del delito (es decir, de sancionar esa específica motivación además del delito cometido, sólo porque, a diferencia de otras motivaciones, se encuentre reconocida legalmente). Ello supondría estar evaluando moralmente a la motivación y al autor; y esto lo prohíbe la mencionada "regla general", esté o no reconocida legalmente como agravatoria una motivación. Lo que ocurre es que el artículo 22.4ª CP sí sigue la regla general: los motivos discriminatorios, en sí mismos, no se toman en cuenta; sólo se atiende a ellos en tanto que arrojan luz sobre el hecho. Lo decisivo, por lo tanto, es que se está imputando el hecho al autor cuando se aplica este precepto; no evaluando moral y aisladamente su motivación. Sobre esta cuestión nos centraremos en éste y en el siguiente Capítulo.

En cualquier caso, debe asumirse desde este punto que el análisis que a continuación efectuaremos se centrará en las posibilidades de articular conforme a nuestra Teoría del Delito los motivos discriminatorios mencionados en el artículo 22.4ª CP, y no en "el papel de los motivos discriminatorios en el Derecho penal". Comenzaremos por una posible afectación a la culpabilidad.

2. Las motivaciones abyectas como incremento de la culpabilidad.

Como ha sido señalado, respecto del artículo 22.4ª CP, "*a favor de reconducir el plus de gravedad, con diversos matices, a una mayor culpabilidad se sitúa el sector mayoritario de la doctrina*"[666]. Lógico será por lo tanto que comencemos analizando esta postura, también mayoritariamente mantenida por nuestra jurisprudencia, que se encuentra estrechamente vinculada a la consideración de los motivos que menciona el artículo 22.4ª CP como "*procesos psíquicos motivacionales*"[667].

En este sentido, un importante sector doctrinal ha admitido que no se trata de atender a un elemento externo (como serían los *efectos* de la conducta para la víctima), sino al *motivo* que guió al autor al cometer su delito. Así, no siempre que la víctima pertenezca a una etnia distinta de la del agresor puede entrar en juego la agravante del artículo 22.4ª CP, y deberán diferenciarse unos y otros supuestos atendiendo a cuál fue la motivación del autor. De esta manera lo ejemplificaba GIMBERNAT:

---

[666] LANDA GOROSTIZA, "El modelo político-criminal… op. cit., p.159 y ss, nota 59; quien cita como exponentes de esta postura a BERNAL DEL CASTILLO, CEREZO MIR, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, CUERDA ARNAU, MUÑOZ CONDE (con matices, pues señalaba este autor que pudiera suponer problemas el que ello asentara la agravación en el "*fuero interno del autor*", *vid*. MUÑOZ CONDE, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2010, p. 491), GARCÍA ARÁN, RODRÍGUEZ MOURULLO y SERRANO BUTRAGUEÑO; frente al "sector minoritario" formado por él mismo, LAURENZO COPELLO y MIR PUIG, quienes abogan por el *plus* de antijuridicidad. Habría que añadir a esta creciente minoría a otros autores, como GARCÍA ÁLVAREZ (*vid*. LA MISMA, *El Derecho... op. cit.*, pp. 283-302), DOPICO GÓMEZ-ALLER o LASCURAÍN SÁNCHEZ (*vid*. EL MISMO, ¿Cómo prevenimos… *op. cit.*, pp. 23-35).

[667] Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas… *op. cit.*, p. 378. Como ya aseveró la STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, en el caso de esta circunstancia agravante "*se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia*" y "*se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito*". Se trataría no sólo de la postura mayoritaria conforme a la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, sino también de la Sala 5ª, como muestra la STS de 22 de junio de 2011, MP Ángel Calderón Cerezo: "*Su fundamento radica en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, pues constituye requisito para su apreciación que dicha motivación sea precisamente la que determina al autor a delinquir*".

> "*si un delincuente tiene decidido previamente atracar un banco matando al cajero y, una vez que ha entrado en el local, percibe que ese cajero es una persona de color , y dispara contra él, matándola, en ese robo homicida no concurre la agravante de "motivos racistas":* […] *no ha matado al cajero porque fuera negro, sino simplemente porque era el cajero.*"[668]

Esta tendencia ha sido asumida jurisprudencialmente en términos de culpabilidad de la siguiente manera:

> "*Se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito*".[669]

De ahí que, como concluye DÍAZ-MAROTO, siguiendo a CEREZO MIR, la razón por la que el artículo 22.4ª CP agrava la responsabilidad penal "*se encuentra en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito, lo que supone una mayor gravedad de su culpabilidad, fundamentándose, en definitiva en la abyección del móvil*"[670]. Parecería, por lo tanto, que el debate sobre la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP nos conduce irremisible a la conclusión de que supone una mayor culpabilidad. Y ello, porque el Derecho penal sólo admitiría para las motivaciones al cometer un delito un papel en esta categoría dogmática. Así, podríamos dar por zanjada la cuestión admitiendo, con BERNAL DEL CASTILLO, que:

> "*La configuración de la circunstancia agravante en el sentido indicado, centrada en la "actitud personal contraria a valores", permite fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de reproche. Al margen de las concepciones teóricas objetivas o subjetivas del injusto, en el caso de los "motivos discriminatorios" lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito*

---

[668] GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo a la Decimocuarta Edición", GIMBERNAT ORDEIG/MESTRE DELGADO, *Código Penal,* 2010, p. 23.
[669] ESCRIHUELA CHUMILLA, *Todo Penal*, 2011, cit. p. 231.
[670] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La agravante… *op. cit.*, p. 56; cuestión ésta ya apuntada por RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, p. 138.

en función de su actitud vital orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás. La apreciación de esta circunstancia no equivale a un mayor desvalor de acción o de resultado en el concreto delito cometido; como expone acertadamente Alonso Álamo son circunstancias no reconducibles al tipo de injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieren a la acción concreta cometida. Pertenecen, por lo tanto, a la culpablidad".[671]

Sin embargo, de aceptar sin más esta conclusión, estaríamos obviando que la culpabilidad debe servir para explicar la imposición de una determinada pena al sujeto que efectivamente la padece. El punto de partida creo que es acertado: el artículo 22.4ª CP se aplicará si se prueba que la motivación del autor para cometer su delito fue el odio discriminatorio. Pero no puede admitirse, sin más, que el artículo 22.4ª CP afecte a la culpabilidad "porque habla de motivaciones": es preciso saber por qué las motivaciones pueden justificar esa imposición de pena en la mitad superior del marco previsto por el delito para el sujeto concreto que lo comete. Y las posibilidades de explicación, obviamente, dependerán del concepto de culpabilidad penal del que partamos.

En este sentido, la asunción de que las motivaciones abyectas (el también llamado "motivo bajo o antisocial") mostrarían un delincuente más temible y por ello aumentarían su culpabilidad tuvo un notable arraigo en nuestra doctrina penal. La idea, que ya fuera apuntada por ALIMENA, consistía en que "*el que mata en ciertas condiciones no quiere matar a un hombre determinado, sino a un hombre cualquiera, y todo hombre es un hombre cualquiera*"[672]. Es decir, se trataría de un punto de convergencia entre Derecho penal y Criminología, en el sentido expuesto por GARÓFALO: la "capacidad criminal" del sujeto se determinaría por su perversidad al cometer el hecho. Si alguien comete un delito por motivos discriminatorios, nos encontraríamos ante un "estado peligroso" del sujeto[673]: la responsabilidad por la peligrosidad se añadiría a la preexistente responsabilidad por la comisión del injusto típico.

---

[671] BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación… op. cit.*, p. 65.
[672] Una exposición más detallada en CUELLO CALÓN, *Derecho Penal… op. cit.*, p. 553.
[673] *Vid.* HERRERO HERRERO, *Criminología (Parte General y Especial)*, 2007, p. 65 y ss.

Como puede apreciarse, no se trata de una idea nueva: al menos desde el siglo XII, con la progresiva influencia del Derecho canónico sobre el penal, fue insertándose la cristiana noción de que el *hombre malo* cometía malas acciones[674]. Es decir, que podían evaluarse los hechos evaluando moralmente al autor. Extrapolada la estructura del pecado a la del delito, se entendía que las malas motivaciones hacían que el hecho fuera malo: es decir, que fuera delictivo. Por lo tanto, no era únicamente necesario atender al elemento intencional del autor, sino también a sus móviles, a la hora de determinar su culpabilidad penal. Por aquella época, la culpabilidad podía ser entendida como poco más que la evaluación moral de las motivaciones del autor: poco más que la determinación de si tenía una "mente perversa"[675]. Estas concepciones serían paulatinamente abandonadas, especialmente a partir de la irrupción del positivismo en el siglo XIX, buscando con ello una atribución menos arbitraria de responsabilidad penal, más proporcional y basada en lo que el autor había hecho, no en lo malvado que fuera o lo abyectos que fueran sus motivos. Sin embargo, pese a asumir que la responsabilidad penal deriva *del hecho*, subsistiría hoy una concepción doctrinal de lo que es culpabilidad, según la cual estos móviles abyectos, bajos o viles, nos indican la actitud interna del autor, revelándose por esa razón como elementos especiales de culpabilidad[676].

Asumiendo los postulados de SCHMIDHÄUSER, cuando un sujeto ha realizado un acto externamente antijurídico, es preciso valorar su actitud interna: ha de evaluarse si el autor tenía internamente la actitud de incumplir la norma. Pues bien, el motivo serviría para graduar la calidad de esa actitud interna:[677] el motivo discriminatorio demostraría que la calidad de la actitud interna era pésima, y ya fuera desde aproximaciones retributivas (por el mero reproche moral), ya fueran preventivas (por esa especial peligrosidad del sujeto), se

---

674 LUCAS 6:45: "*El hombre bueno, del buen tesoro de su corazón saca lo bueno; y el hombre malo, del mal tesoro de su corazón saca lo malo*".

675 Sobre este arcaico papel de los motivos, *vid*. GARDNER, "The Mens Rea Enigma… *op. cit*., pp. 654-667.

676 *Vid*. EBERT, *Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 117 y 135 y ss.

677 SCHMIDHÄUSER, "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", LACKNER *et al*., *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 81-97.

añadiría al desvalor por el injusto típico cometido un desvalor adicional, que afectaría a la culpabilidad, y que sobre el desvalor por el hecho típico cometido por el sujeto caería como una losa, determinando así la pena que finalmente procedería imponerle.

Esta perspectiva, el llamado "Derecho penal de la actitud interna", ha sido objeto de potentes críticas[678], por lo que si se pretendiera articular con base en el mismo la naturaleza del artículo 22.4ª CP, bien vale el esfuerzo analizarlas y no dar por sentado que ante una mayor culpabilidad nos encontramos si esta circunstancia agravante se aplica, sólo porque a "*motivos*" se refiere.[679]

[678] Básicamente, derivadas de su aparente proximidad teórica al Derecho penal de autor. Como señala ALONSO ÁLAMO, "Sentimientos... *op. cit.*, p. 42 y ss., en "*la fundamentación de la culpabilidad por la conducta en la vida o por el carácter, o por la actitud interna desfavorable al Derecho*", aunque lo que se reproche sea el hecho, la actitud interna se encuentra en el fundamento del reproche.

[679] En este sentido, siguiendo a ROXIN, señala ALONSO ÁLAMO, *ibidem*, p. 51: "*sería incorrecto entender que pertenecen al injusto los elementos subjetivos que pretendan un resultado en el mundo exterior y a la culpabilidad solo los "puramente internos", como también sería incorrecto proceder en abstracto reconduciendo bien al injusto bien a la culpabilidad los conceptos de fin, motivo, intención, impulso, móvil, sentimiento, actitud interna, para a continuación subsumir en ellos los concretos elementos subjetivos: "pues el contenido de esos conceptos… es tan oscilante y falto de unidad que es casi imposible conseguir mediante una definición exacta un instrumental terminológico adecuado para delimitar injusto y culpabilidad", además de que "un mismo término puede adquirir en distintos contextos una función totalmente diferente a efectos sistemáticos""*.

3. El dilema de la agravación de la culpabilidad por la actitud del autor.

El que los motivos discriminatorios del autor se tengan en cuenta para agravar la responsabilidad penal operando en la dogmática categoría de la culpabilidad, valorando la "*disposición moral del autor*"[680], intuitivamente parece activar los resortes del rechazo. Se aduce como punto de partida por parte de un importante sector doctrinal que sería "*peligroso*"[681] considerar que el artículo 22.4ª CP agrava la culpabilidad del sujeto (dando por hecho que esa será normalmente la conclusión de entender que se aplica por las *motivaciones* del autor). Ello se debería a lo siguiente:

> 1º. Resulta dudoso que esa consideración brinde alguna prestación preventiva.[682]
>
> 2º. Corremos el riesgo de deslizarnos hacia un Derecho penal de autor y hacia la represión de las ideas o los sentimientos.
>
> 3º. Desde el punto de vista procedimental, nos puede conducir a decisiones más inseguras y a investigaciones más incisivas, que traten de alcanzar el aspecto más íntimo de la persona.[683]

Como hemos tenido ocasión de observar al analizar el llamado *hate debate*, no se trata de argumentos definitivos, especialmente en lo que a la supuesta sanción del pensamiento se refiere[684]. Por otra parte, las prestaciones que derivan de la existencia de esta institución jurídica no son meramente retributivas, luego no lo serán las que puede prestar la pena que conforme al artículo 22.4ª CP se

---

[680] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual… op. cit.*, p. 250.
[681] *Vid.* la exposición sintética de LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Cómo prevenimos… *op. cit.*, p. 32.
[682] "Peligro" vinculado a la tendencia consistente en considerar que el Derecho penal debe orientarse *únicamente* a la prevención, lo cual tiene poco que ver con un "*Derecho penal de la culpabilidad, de la responsabilidad personal, que observa al pasado.*" *Vid.* DONINI, "Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa", LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, pp. 85-100.
[683] DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.* plantea el siguiente ejemplo: si un sujeto quiere expulsar a unos extranjeros de un barrio para revalorizarlo, existiría una motivación discriminatoria, pero no xenófoba: no habría "odio", sino más bien "avaricia". Lo que ocurre es que sí podríamos encontrarnos ante un caso de "odio discriminatorio", pues parece concurrir el deseo de un mal al sujeto debido al prejuicio hacia un estereotipo configurado con base en una de sus condiciones personales.
[684] *Vid. supra*, Primera Parte, Capítulo III.2 y .3.

impone: desde la prevención general positiva consistente en reforzar la vigencia del principio de igualdad, valor vertebrador del sistema, hasta otras prestaciones incluso preventivo-especiales. La lógica de la "pendiente resbaladiza" tampoco es admisible, desde el momento en que el artículo 22.4ª CP no supone que se esté sancionando el pensamiento.[685] Y en cuanto a las investigaciones a las que nos puede conducir el planteamiento que hasta ahora hemos mantenido, no parece en absoluto evidente que entender la agravante como generadora de un *plus* de injusto nos conduzca a una praxis menos incisiva sobre el sujeto (e incluso sobre su víctima) o menos moralizante. Al menos, no porque se articule, sin más, a través de un mayor injusto objetivo.[686] La legitimidad de la agravante dependerá de *cómo* se entienda la afectación a una u otra categoría dogmática, no de en cuál de ellas se articule.

Si sólo fueran éstas las objeciones a la consideración de que artículo 22.4ª CP afecta a la culpabilidad, una mera invocación del principio de taxatividad debiera permitirnos descartar toda interpretación alternativa acerca de su naturaleza jurídica. No puede obviarse, en este sentido, que alguna de las más importantes posturas que abogan por el *plus* de injusto tienen que reconocer que la idea de que el artículo 22.4ª CP afecta a la culpabilidad del sujeto es el camino "*más cercano a las intenciones del legislador y también, ha de reconocerse, el que mejor se ajusta a la formulación legal*"[687]. Pero esas interesantes propuestas parten de una objeción de mucho mayor calado que los supuestos "peligros" reseñados.

---

[685] De la lógica de la llamada "pendiente resbaladiza" (*slippery slope*) derivaría un razonamiento del estilo: "ciertamente, *todavía* es constitucional o reviste fundamento el artículo 22.4ª CP, pero abre la puerta a que, en una reforma con posteriores matices, se sancione directamente el prejuicio del autor, aunque no se proyectara en hecho delictivo alguno". Sin embargo, considero que esta clase de argumentos deberían ser desterrados de la discusión. Por ejemplo, si entendemos que es conforme a Derecho que los ciudadanos vistan en pantalón corto, no se puede prohibir que vistan con pantalón corto. Evidentemente, están más "desnudos" vistiendo con pantalón corto que largo, y por cuestiones de orden público podría prohibirse que fuéramos desnudos a según qué sitios. Pero no se pueden prohibir los pantalones cortos alegando que existe el "peligro" de deslizarse hacia el nudismo masivo.

[686] *Vid.*, *infra*, Segunda Parte, Capítulo II.2.

[687] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit.*, p. 274.

Reviste notoria importancia lo que, a mi modo de ver, es el núcleo de las críticas para considerar que afecta a la culpabilidad este precepto: no puede admitirse que las motivaciones del autor agraven la responsabilidad por el hecho, porque la gravedad del delito no puede determinarse atendiendo a la gravedad de la culpabilidad. Es decir, que la gravedad del delito depende de la gravedad de la lesión (del carácter antijurídico del hecho), mientras que la culpabilidad se refiere a la mayor o menor posibilidad de imputar al sujeto activo el desvalor de esa lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Sintetizando esta postura, señala MIR:

> "*La culpabilidad no aumenta la gravedad de la lesión o puesta en peligro a imputar, sino que solamente condiciona la posibilidad de imputarla, con su gravedad, ya sea completamente (este es el límite máximo) o en forma disminuida. Por muy completa que sea la culpabilidad del sujeto plenamente imputable que comete una falta, no aumentará la gravedad de ésta; en cambio, por grave que sea un delito, p. ej., el de asesinato, puede cometerse con una culpabilidad disminuida o sin culpabilidad alguna*".[688]

Si aceptáramos esta noción de culpabilidad jurídico-penal, tendríamos que convenir con FRISCH[689] en que una circunstancia modificativa que apele a las motivaciones sólo puede operar en esta categoría dogmática de una única manera: atenuando la pena a imponerle al sujeto. Nunca puede ser más grave el delito por una afectación a la culpabilidad: lo único que puede suceder es que fuera menos exigible que el sujeto actuara de otra manera, *ergo* que en menor medida se le imputara el hecho (se reducirá su culpabilidad, porque el hecho no le será plenamente atribuible). Si un sujeto comete un delito (un hecho antijurídico) habrá de imponérsele una pena dentro del marco previsto por el mismo. Si apela a sus motivaciones, y éstas son acordes con lo que la sociedad puede admitir (por ejemplo, que actuó motivado por la creencia de que iban a matar a sus seres queridos), puede "permitirse" el sistema imputarle en menor medida el hecho, apelando por ejemplo a su menor peligrosidad. Si fue el odio

---

[688] MIR PUIG, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, 2011, p. 125 y ss., cit. pp. 132-133.

[689] *Vid*. ampliamente FRISCH, "Cuestiones de conciencia en el Derecho penal", AA. VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 903-918. En este sentido, como ya señalara HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 200 y ss., los móviles atenuatorios pueden ubicarse sistemáticamente tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad, pero si son agravatorios únicamente pueden suponer un *plus* de injusto.

discriminatorio lo que motivó su conducta, será un motivo completamente inaceptable, por lo que no se tendrá en cuenta para atenuar su responsabilidad. Esto significa que el comportamiento conforme a la norma le será plenamente exigible, pero no puede entenderse que se vea por ello agravada su responsabilidad.

Si así fuera, habría que entender desde este planteamiento que la culpabilidad consiste en un *agregado de desvalor*[690] al desvalor del hecho antijurídico. Si un sujeto comete un delito de daños, y los motivos que para cometerlo invoca no son admisibles, podrá imputársele plenamente ese hecho porque la era plenamente exigible a ese sujeto la adecuación de su conducta a la norma. Pero si los motivos agravan su responsabilidad, entendida la agravación como ese agregado, significaría que al hecho de – *ad exemplum* - destrozar un vehículo (al injusto típico y antijurídico, que es lo que determina la gravedad de la pena) se le añade una mayor pena que no tiene que ver con el hecho: se sanciona así la motivación en sí misma considerada, como agravación añadida al desvalor preexistente del injusto. La culpabilidad sería así entendida como la posibilidad de añadir al desvalor propio del injusto un desvalor adicional que no tendría que ver con el hecho cometido, sino con la actitud interna del sujeto. A la pena por el hecho se sumaría otra pena que no tendría que ver con el hecho antijurídico objetiva (pues los daños serían idénticos fueran cuales fueran las motivaciones del autor) ni subjetivamente considerado (pues el conocimiento e intención de destrozar el vehículo era igualmente idéntico). Planteándose DOPICO específicamente el problema del artículo 22.4ª CP, se pregunta cómo puede ser posible que un hecho cometido sin motivos discriminatorios (por ejemplo, un asesinato cuya pena impuesta sea la máxima) pueda ser ya entendido como plenamente imputable al autor, y admitir al tiempo que de haber concurrido la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP le hubiera sido *más* imputable (esto es: ¿más imputable que en su totalidad?).

[690] Haciendo referencia a ese *agregado*, entre otras, la SAP de Barcelona nº 1210/2004, de 16 de diciembre, MP Jesús Navarro Morales: "*y, por ello, su ya reprobable conducta se hace merecedora a ese plus de reproche que comporta esa agravante*".

Es éste un problema que, efectivamente, aconseja detenerse con pausa en el estudio de la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP. Si la culpabilidad ha de operar como límite en la atribución al sujeto de la pena que merece por el hecho cometido, y los motivos discriminatorios al cometerlo no añaden desvalor al hecho, no se le puede atribuir *más* el hecho por sus motivos y no podría entenderse que el artículo 22.4ª CP esté afectando a la categoría dogmática de culpabilidad. Ante esta tesitura, se antojan plausibles tres soluciones[691]:

> Opción A. No tomar en consideración los motivos a efectos agravatorios. Esta posibilidad, viable si de motivos abyectos cuya agravación no estuviera legalmente reconocida habláramos, no es un camino posible de *lege data* desde el momento en que el artículo 22.4ª CP existe como circunstancia agravante *por motivos* discriminatorios.
>
> Opción B. Matizar la concepción mayoritaria de la categoría dogmática de culpabilidad.
>
> Opción C. Dar a los motivos discriminatorios cabida en la noción de injusto.

Proseguiremos nuestro análisis evaluando las posturas, ya existentes en nuestro debate doctrinal, que optan por la tercera opción. Conviene recalcar que el debate existente en nuestro país acerca de la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP no solamente puede ser visto como un enfrentamiento entre quienes abogan por interpretar que su aplicación supone una mayor antijuridicidad o una afectación a la culpabilidad. Otra forma de verlo es distinguir entre las posturas que afirman que el artículo 22.4ª CP es una circunstancia eminentemente subjetiva y quienes le atribuyen un carácter objetivo. En el primer grupo, se encontrarían quienes sostienen que afecta a la culpabilidad,

[691] Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, "La teoría de la determinación… *op. cit.*, cit. p. 9; implícita la "opción B": "*desde la concepción vigente acerca de la culpabilidad como fundamento de la pena, esto último carecería de base, en realidad habría que rechazar dicha posibilidad. Por el contrario, habría que escoger necesariamente una de las siguientes opciones alternativas: o bien se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo.*".

pero también quienes afirman que supone un incremento del injusto subjetivo.[692]

Sin embargo, las dos concepciones que apelan al mayor injusto - objetivo o subjetivo - del hecho cortan de raíz el dilema consistente en que, si el artículo 22.4ª CP afecta a la culpabilidad, podría estar sancionándose al sujeto que padece la pena por encima del límite que le corresponde. Ya sea por un mayor desvalor objetivo o subjetivo, ya sea por un mayor desvalor de acción o resultado, lo cierto es que articular esta circunstancia agravante como un *plus* de antijuridicidad explica la mayor gravedad de la pena a imponer al autor en términos coherentes: si el hecho es más grave, entonces es justo que la sanción sea correlativamente más grave. El desvalor que supone la aplicación del artículo 22.4ª CP se añadiría o aumentaría el que le corresponde al delito cometido, pero no porque el sujeto responsable fuera "más culpable", sino porque el autor de ese delito habría cometido un mayor injusto.

[692] *Vid*. IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas… *op. cit*., pp. 116-118 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.) *et al*., *Protección... op. cit.,* p. 337 y ss. Sin embargo, como ya señalara ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general.*, 1982, p. 385 y ss., para determinar si una circunstancia es "subjetiva" u "objetiva", primero hay que determinar su naturaleza jurídica, y no al revés. Un razonamiento del estilo "el artículo 22.4ª CP habla de "motivos", así que se trata de una circunstancia "subjetiva"; por lo tanto, afecta a la cupabilidad/injusto subjetivo" no sería el más adecuado. Con base en esta apreciación, nos centraremos en el análisis de la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante, al margen de que luego (y a la vista de cuál pueda ser esta y de cómo se articule) se considere "subjetiva", "objetiva" o "mixta".

Capítulo II.

Otras alternativas.

1. Un mayor injusto subjetivo.

Desde la irrupción de esta circunstancia agravante en nuestro ordenamiento, hubo autores que admitieron que, aunque el artículo 10.17 ACP revestía en cualquier caso un carácter "*eminentemente subjetivo*", no se estaba refiriendo en puridad a un móvil, sino a una "*finalidad*"[693]: es decir, a un elemento subjetivo intencional y no motivacional. Se partía así de la idea de que el motivo discriminatorio origina la intención de cometer el delito (que si se comete *intencionalmente* lo es *por ese motivo*), por lo que no se sanciona el motivo en sí, sino la intención que dicho motivo expresa cuando el autor comete el hecho.

Se trata de una perspectiva similar a alguna propuesta estadounidense respecto del *animus model* de crímenes de odio, cuando se afirma que la agravación radica en un tipo específico de intención criminal. Es decir, que su naturaleza jurídica radicaría en la *mens rea* entendida como intencionalidad, no como culpabilidad. Esa intención conferiría una mayor gravedad al hecho, ya fuera por la intención de causar un daño al grupo que comparte las características de la víctima[694], ya fuera – en un sentido más acorde con el fundamento aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP – por la intención de negar con el delito la vigencia del principio de igualdad.

Un importante sector doctrinal, encabezado por MIR PUIG, ha partido de esta segunda posibilidad para configurar la mayor gravedad antijurídica del hecho cometido por motivos discriminatorios, afirmando que nos encontramos ante

[693] SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias… op. cit.,* pp. 81-82.
[694] NUSSBAUM, *El ocultamiento… op. cit.,* pp. 331-339. En este sentido, el legislador francés ha establecido la agravación para crímenes de odio (artículos 132-76 y 132-77 CP) cuando la comisión del delito vaya acompañada de *propósitos* que atenten contra el honor o la consideración de la víctima o de un grupo de personas al cual pertenezca la víctima.

un mayor injusto subjetivo: el artículo 22.4ª CP añadiría al delito en cuestión la intención de negar el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución[695]. Esto haría que fuera un hecho más grave, merecedor de una mayor pena. Esta naturaleza fue puntualmente admitida por el Tribunal Supremo[696], pudiendo reproducir igualmente al efecto la SAP de Madrid, Sección 29ª, nº 53/2010, de 30 junio, MP Marta Pereira Penedo:

> "*Esta agravante tiene su fundamento en el mayor desvalor del hecho que representa el atentado contra el principio de igualdad, que proclama la Constitución en su art. 14, motivación que aumenta el injusto subjetivo del hecho. Su apreciación exige que el autor haya delinquido por motivos discriminatorios, que tienen que constituir el motivo del hecho delictivo. La animadversión del agresor contra el ofendido se debe basar en la distinta ideología, forma de pensar, religión, orientación sexual, sexo, etc, lo que, por los motivos expuestos concurre en el caso de autos, procediendo su apreciación.*"

Desde esta óptica, nos encontramos con que los motivos serían un elemento subjetivo del delito al que se aplica la agravante y que, de esta manera, se justificaría la mayor pena a imponer. Esta concepción parece partir de una concepción del dolo que sólo atiende a su carácter intencional, y que pretende derivar de una específica intención, sin más, una mayor gravedad del hecho. Los problemas de este planteamiento surgen desde que asumimos la postura mayoritaria respecto del concepto normativo de dolo[697].

En primer lugar, el dolo no es sólo intención, sino también conocimiento del riesgo que puede derivarse de una determinada conducta. Así, lo que distingue al dolo directo del dolo eventual no es que la intención sea más intensa en un caso que en otro, sino que lo es el conocimiento del riesgo derivado de la

---

[695] MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2011, p. 638 y ss., cit. p. 640.

[696] Así, la STS nº 1160/2006, de 9 noviembre, MP Siro Francisco García Pérez: "*…motivación discriminatoria que aumentaría el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.*"

[697] *Vid*. una crítica general a la articulación de los motivos como *plus* de injusto subjetivo en PERALTA, *Motivos reprochables… op. cit.*, p. 163 y ss. Nótese que las últimas tendencias doctrinales, en lo que al concepto normativo de dolo como contenido del injusto respecta - que no va referido al concreto sujeto que padece la pena, sino a un ideal sujeto activo del delito en cuestión -, abogan por abandonar toda vinculación entre el dolo y la psique (para lo que nos interesa: los motivos) del sujeto. *Vid*. RAGUÉS I VALLÈS, "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas", *InDret*, 2012, 11 pp. (www.indret.com).

conducta. Y los motivos no afectan en modo alguno a ese conocimiento del riesgo: el motivo discriminatorio al cometer un delito es igualmente compatible con el dolo directo que con el dolo eventual. Por otro lado, ya sea directo o eventual el dolo, en ambos casos la conducta será igualmente dolosa, ergo la *vinculación subjetivo-normativa del autor con su hecho* – entendido el dolo en estos términos - idéntica a efectos de antijuridicidad subjetiva. Desde esta mayoritaria noción de dolo, no puede admitirse que se sancione más gravemente un delito cometido por dolo eventual porque se cometió por motivos discriminatorios que uno cometido por dolo directo sin tales motivaciones: el dolo será igualmente "doloso" (*ergo* "grave") en ambos casos.

Procede por ello convenir con la STS nº 1145/2006, de 23 noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, en el sentido de que el artículo 22.4ª CP no guarda relación con el concepto de dolo, pese a ser ambos (dolo y móvil) elementos que apelan a la subjetividad del autor:

> "*Como dice la STS 1688/99 de 1.12., en la medida en la que la motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. En efecto el dolo no debe confundirse con el móvil «pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que* […] *sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o* <u>*agravantes genéricas*</u> *o especificas que le recojan, (SSTS 2.2.87 y 380/97 de 25.3.).*"

Por otra parte, abandonando la idea de que los motivos discriminatorios afecten al dolo, tampoco puede admitirse que se agrave la responsabilidad *ex* artículo 22.4ª CP porque se "añada" un elemento subjetivo específico distinto al del injusto ya cometido, consistente en esa intención de negar el principio de igualdad. Ello supondría estar valorando un elemento subjetivo (llámesele móvil, llámesele intención) de forma aislada, y por tanto estar sancionando el pensamiento. La valoración de las motivaciones del autor a efectos del artículo 22.4ª CP ha de realizarse, en cualquier caso, partiendo de que *se valora un hecho*, no unas motivaciones (o intenciones) *al margen de ese hecho*. La opción contraria no sería legítima en un ordenamiento como el nuestro. Por lo tanto, aunque esta

interpretación del artículo 22.4ª CP no genere excesivas fricciones con el fundamento aquí propuesto para esta institución jurídica, debemos descartar que la agravación suponga una afectación *sólo* al injusto subjetivo, en aras de evitar la proscrita sanción del pensamiento.

Así las cosas, si pretendemos conferir al artículo 22.4ª CP algún papel a efectos de injusto, parece que será en su caso en un mayor injusto objetivo donde deban articularse los motivos discriminatorios.

2. Un mayor injusto objetivo: los "*motivos*" son *efectos*.

El principal problema del que parten las posturas hasta ahora mantenidas por nuestra doctrina que abogan por situar la agravación *ex* artículo 22.4ª CP en el injusto objetivo es que el precepto habla de "*motivos*", cuya interpretación taxativa parece conducirnos a unos procesos psíquicos motivacionales: a los móviles del autor. Por lo tanto, aparentemente, sólo partiendo de una concepción subjetiva de la agravante puede determinarse su naturaleza jurídica: de ahí las propuestas que la ubican en la culpabilidad o en el injusto subjetivo. Sin embargo, como hemos visto, ninguna de esas dos opciones parece enteramente satisfactoria, y es por ello que desde interesantes planteamientos se han propuesto interpretaciones orientadas a sostener que el artículo 22.4ª CP aumenta la gravedad del injusto objetivo, porque esos "motivos" añaden un desvalor adicional a ese hecho típico. Para alcanzar tal conclusión, un punto de partida compartido por la mayor parte de este sector doctrinal consiste en reinterpretar la alusión literal del precepto a los "*motivos*" como algo totalmente ajeno a los procesos psíquicos del autor.

Concretamente, evocan estas propuestas el planteamiento de STRATENWERTH[698] al analizar los llamados "elementos de actitud interna" (*Gesinnungsmerkmale*). Sucintamente expuesta, la idea es que cuando el Legislador opta por hacer alusión a elementos motivacionales, lo hace debido a la imposibilidad material de enumerar todos y cada uno de los contextos fácticos en los que cobraría significado la relevancia de la sanción penal. Es preciso por ello entender que, con la mención a los "motivos", realmente se está refiriendo el precepto a las situaciones fácticas subyacentes en las que cobra significado la alusión a las motivaciones. El artículo 22.4ª CP sería, por lo tanto, una muestra de una técnica de tipificación que, a pesar de aludir a "*motivos*", realmente se refiere a otra cosa: a unas situaciones objetivas en las que se producen unos *efectos* que

[698] STRATENWERTH, "Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale", WELZEL *et al.*, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburstag*, 1963, pp. 171-191.

implican un mayor desvalor objetivo de la conducta del autor, y por ello explican que se agrave su responsabilidad penal.

En este sentido, ya planteó MOLINA[699] que en los supuestos en los que fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP, se estaría sancionando un hecho que afecta a un bien jurídico relacionado con el valor de la igualdad, debido al *significado* que el autor confiere a su acto. El hecho cometido por el autor exteriorizaría un determinado *significado comunicativo de quebrantamiento de la norma*, que conllevaría un desvalor mayor[700], y es esta exteriorización lo que supondría la agravación de su conducta. Quiere ello decir que la circunstancia agravante no sería realmente subjetiva, porque la real presencia de la motivación discriminatoria en la psique del autor sería completamente irrelevante. Lo que vulneraría el bien jurídico no sería que el autor tuviera una u otra motivación, sino que se hubiera exteriorizado la misma a través de unos *efectos*.

Por supuesto, el precitado autor ya refería dos incidencias que podían producirse conforme a su propuesta. La primera, que al ser la verdadera motivación subjetiva irrelevante, si el autor no daba a su acto ese significado comunicativo, no podría apreciarse la agravación aunque hubiera cometido el delito por odio discriminatorio. El otro problema es de más difícil superación: si con su hecho el autor ha exteriorizado ese significado comunicativo, aunque realmente no cometiera el delito por odio discriminatorio, se le aplicaría la agravante (por ejemplo, en un caso de simulación de la motivación racista: un sujeto que exterioriza el significado comunicativo de agresión racista – pintando esvásticas -, con el fin de que se lo atribuyan a una banda racista y evitar así ser descubierto). Habría, desde esta óptica, una lesión del bien jurídico "*mientras no se aclare*" el significado de la agresión. Afirma MOLINA que el proceso ejercería "*un efecto compensador automático de los desajustes*". Al margen de que esa afirmación parece obviar las limitaciones del proceso penal, si en alguna

[699] MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 739-741.
[700] *Vid.* también IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas… *op. cit.*, p. 118.

ocasión se lograran compensar esos desajustes sería a costa de consagrar el principio *in dubio contra reo* y la inversión de la carga de la prueba.

Sirva esta primera aproximación a esta propuesta acerca de la naturaleza jurídica objetiva del artículo 22.4ª CP para mostrar que reinterpretar la mención a los *motivos* como *efectos* acarrea dos problemas principales: será irrelevante que se cometiera el delito por motivos discriminatorios y se puede sancionar más duramente a un sujeto que *no cometió por motivos discriminatorios* el delito. De entrada, si estamos hablando de una circunstancia agravante que expresamente hace referencia a la comisión del delito *por motivos* discriminatorios para su aplicación, dejar de atender a los *motivos* reinterpretándolos como otra cosa genera ciertas dudas a efectos del principio de legalidad. Así, bordeando la interpretación *contra legem*[701], obviar que cuando la Ley habla de motivos realmente puede que esté hablando – sin más - de motivaciones psíquicas puede dar lugar a mayores problemas que los que estas propuestas intentan resolver cuando huyen del Derecho penal de la actitud interna.

No obstante, merecen ser debidamente analizadas las propuestas de nuestra doctrina que abogan por situar el artículo 22.4ª CP en el mayor injusto objetivo. A tal fin, nos centraremos por su importancia en las tres sucesivas aportaciones que mayor incidencia han tenido: la de LAURENZO COPELLO (similar a la ya

[701] Asumiendo la importancia de la interpretación teleológica en Derecho penal (vid. SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la "interpretación" teleológica… *op. cit., passim*), creo que cuando el artículo 22.4ª CP habla de "*motivos*", parece evidente que la única interpretación viable es entender que se trata de *motivos* (esto es, de procesos psicológicos motivacionales), y no de *efectos*. Al menos, siendo ésta la primera opción que intuitivamente se antoja correcta, el artículo 3 CC exigiría interpretar que de motivaciones está hablando este precepto. Se trata de una cuestión ya manifestada por la doctrina: tanto sus orígenes históricos como la interpretación literal del precepto nos conminan a esta interpretación (ALONSO ÁLAMO, "La circunstancia agravante… *op. cit.*, pp. 533-549; o ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal", AA. VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, 2000, p. 330: "*el intento de fundamentación en el injusto (desvalor añadido de resultado) no es más que un intento de salvar las críticas a la agravante, pues en ningún caso puede prescindirse de la fundamentación subjetiva como base o punto de partida de la agravación, atendiendo al tenor literal del precepto*").Cuestión distinta será el papel que se le confiera a los motivos en el ámbito penal (si afectan a la antijuridicidad o a la culpabilidad) pero siempre partiendo de que a motivaciones se está refiriendo la Ley.

apuntalada de MOLINA FERNÁNDEZ[702]), la de LANDA GOROSTIZA y la de DOPICO GÓMEZ-ALLER. Sólo entonces podremos comprobar si, de entender que esta circunstancia agravante implica un mayor injusto objetivo, se evitan de forma satisfactoria los problemas apuntados.

Ahora bien, antes de adentrarnos en esas tres propuestas, no queremos dejar de señalar que, quizás para sortear el problema de que se aplique una agravante "por motivos discriminatorios" a quien no actúa por tales motivos, se alzan lo que podrían denominarse las concepciones "mixtas objetivo-subjetivas" del artículo 22.4ª CP, de entre las cuales sobresale la muy interesante propuesta de ALONSO ÁLAMO[703]. Estas interpretaciones entienden que, para que se aplique la agravante, es necesario que se produzca un efecto discriminatorio, pero que también es indispensable que concurra el proceso psíquico motivacional. Así, por ejemplo[704], la SAP de Madrid, Sección 17ª, nº 717/2010, de 28 de junio, afirma que además de acreditar "*la motivación de la actividad ilícita*", es necesario probar "*que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario*". Dejando al margen la relevancia de las características de la víctima a efectos probatorios de las motivaciones del autor (es decir: como indicio de odio racial, puede servir el hecho de que la víctima de un *skinhead* blanco fuera negra), lo que sugieren estas propuestas es que esa

[702] La principal diferencia entre ambas, reseñada por DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*, derivaría del entendimiento de MOLINA FERNÁNDEZ del fenómeno comunicativo como la intersección de dos psiques ("*que B sepa lo que A piensa*"), y no como la adecuación a un Código. Así, si B llega a saber (si el proceso lo aclara) que A no tenía intención alguna de conferir ese significado discriminatorio a su conducta, no se aplicaría la agravante; extremo irrelevante para las propuestas de interpretación del artículo 22.4ª CP de los autores que a continuación analizaremos.

[703] Quien ubica la naturaleza de la agravante en el ámbito de la culpabilidad, *vid*. ALONSO ÁLAMO, "La circunstancia agravante... *op. cit.*, pp. 533-549. De un lado, se exigiría el móvil discriminatorio como principal elemento para apreciar su concurrencia, pero de otro se exigiría también un *efecto* discriminatorio objetivamente considerado. Sería preciso que concurriera objetivamente el trato discriminatorio derivado del delito, discriminación cuya concurrencia habría de determinarse atendiendo a particulares rasgos diferenciales de la víctima. Si no concurrieran esos efectos discriminatorios, aunque sí lo hiciera el motivo discriminatorio, no se aplicaría el artículo 22.4ª CP. Del mismo modo, la producción de los efectos sin el motivo tampoco podría suponer su aplicación.

[704] En similar sentido (en un supuesto de motivación xenófoba), afirma la SAP de Barcelona nº 32/2003, de 26 de octubre que, para que se aplique la agravante, "*a la condición objetiva de ser extranjera la víctima*" habrá de añadirse el móvil discriminatorio, postura que igualmente asume la SAP de Madrid nº 136/2011, de 29 de noviembre.

condición de la víctima determine la existencia de un *efecto para su colectivo*, siendo este efecto el que *junto con la motivación* se sanciona.

Estas interpretaciones mixtas, si bien salvan el problema de que se aplique la agravante a quien no actúa por motivos discriminatorios, no salvan las críticas al Derecho penal de la actitud interna. No puede admitirse que la necesidad de probar el *motivo* del autor para aplicar la agravante se deba a que su exteriorización supone un *peligro* para los bienes jurídicos implicados (la posibilidad de expansión de conductas discriminatorias similares), y que ese peligro es el "*efecto*" que igualmente hay que probar para aplicarla. Si se diera por hecho que dicho peligro siempre existe cuando concurre esta motivación, se estaría *sancionando la motivación en sí misma considerada*, como un *añadido* al desvalor por el injusto del delito cometido. Si se entiende que es necesario probar, junto con la motivación discriminatoria, que ese peligro para determinado colectivo realmente concurre, las posibilidades de aplicación de la agravante serán prácticamente nulas. En este sentido, podemos reproducir una crítica ya efectuada a esta posible interpretación "mixta":

> "*Para que a la motivación se le pueda conferir aptitud peligrosa debe manifestarse externamente. Esta fundamentación supone un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal, y supondría un distanciamiento mayor entre la conducta típica y el bien jurídico protegido pues debería exigirse que el comportamiento se dirigiera directamente a crear en todos el sentimiento de hostilidad hacia el extranjero, exigencia ésta que abunda y añade dificultad probatoria, y que así contemplado no es sino un plus en la motivación del autor, en definitiva no sería nada distinto de la fundamentación subjetiva radicada en el plano de la culpabilidad*".[705]

Tampoco evitan estas interpretaciones "mixtas" las críticas que pueden efectuarse a las interpretaciones que entienden que sólo se sanciona un *plus* de injusto objetivo debido a los *efectos* de la conducta del autor. Se encuentran alejadas del fundamento del artículo 22.4ª CP, que no persigue proteger a determinados colectivos frente a otros: no puede exigirse para su aplicación la prueba de que la víctima pertenecía a determinado colectivo, ni tampoco que

[705] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La protección contra la discriminación… *op. cit.*, pp. 329-330.

sea preciso probar, a su vez, la existencia de determinados efectos (consumados o potenciales) para dicho colectivo.

Además, plantean un importante interrogante. El artículo 22.4ª CP literalmente señala que se aplicará cuando el autor cometa el delito por *motivos* discriminatorios. Estas interpretaciones mixtas entienden que esos motivos se refieren a procesos psíquicos del autor, y así, exigen que concurra el odio discriminatorio para apreciar la agravante. Añaden que también se sanciona un mayor injusto objetivo, pues requiere la agravante unos efectos discriminatorios. Pero si se interpretan los motivos en su literalidad (como procesos psíquicos), ya no pueden estar interpretándose como situaciones fácticas subyacentes: ¿por qué se exige entonces un efecto discriminatorio para aplicar la agravante? No parece viable interpretar que la referencia a los motivos se refiere *al mismo tiempo* a un proceso psíquico y a una situación fáctica objetiva.

Todo ello aconseja abandonar estas concepciones mixtas y adentrarnos en las propuestas que entienden que los motivos discriminatorios a los que hace referencia el artículo 22.4ª CP son muestra de una técnica legislativa que nos remite únicamente a unas situaciones fácticas subyacentes.

Como punto de partida, cabe preguntarse cuáles pueden ser esas situaciones subyacentes a las que la mención a los motivos haría referencia. De entre las múltiples propuestas doctrinales en este sentido, comenzaremos por lo que ya sostuviera LAURENZO COPELLO poco después de la promulgación de nuestro vigente Código Penal[706]. Desde su óptica, podríamos decir que esas situaciones subyacentes vendrían definidas por el efecto discriminatorio que un delito cometido por estas motivaciones tendría para la víctima concreta que lo padece: esto es, porque un delito al que se aplica el artículo 22.4ª CP es un delito en que el autor ha conferido un trato discriminatorio a su víctima. Puesto que de *efectos*

[706] *Vid.* LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código… *op. cit.*, p. 281 y ss.

discriminatorios (y no de motivaciones) estamos hablando, la agravante concurriría si se comete el delito contra el miembro de una minoría, pues son los miembros de estas minorías tradicionalmente discriminadas los que estarán en condiciones de ser efectivamente discriminados. De esta forma, se aplicaría el artículo 22.4ª CP a quien ha cometido un delito que ha supuesto una carga expresiva ofensiva hacia su víctima por razón de la pertenencia de ésta a un colectivo tradicionalmente discriminado. La mayor penalidad se explicaría porque se vulnerarían dos bienes jurídicos: el del delito cometido y, adicionalmente, "*el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro*"[707]. De esta manera, se trataría de una circunstancia agravante que sanciona un mayor desvalor de resultado del delito cometido contra el miembro de una minoría tradicionalmente discriminada, que padecería la carga humillante de haber sido seleccionado por el autor debido a su pertenencia a la minoría en cuestión.

Conviene destacar que estas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP como *plus* de injusto objetivo, al reinterpretar el significado del término "motivos", transmutarían el fundamento propio del *animus model* aproximándolo al del *discriminatory selection model* legislativo de crímenes de odio: no radicaría ya el fundamento de nuestra circunstancia agravante en la consagración del principio de igualdad en términos absolutos sino, de una u otra manera, en la protección de determinados colectivos especialmente vulnerables.[708] Ahora bien, aunque estas propuestas guarden ese punto en común, no todas ellas optan por articular la mención a los motivos como referida a la misma situación subyacente. En el caso de LAURENZO, lo que caracterizaría a esa situación sería que el efecto discriminatorio, aunque sólo pueda padecerlo el miembro de un colectivo tradicionalmente discriminado, lo padece *la víctima concreta* del autor. Se sancionaría la *carga ofensiva humillante* que el delito discriminatorio ha supuesto para ese sujeto individual, y debido a

[707] *Ibidem*, o MAQUEDA ABREU, "Els Limits… *op. cit.*, pp. 20-32.
[708] *Vid*. la crítica ya efectuada a este planteamiento, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.5.

este planteamiento, este pionero entendimiento del artículo 22.4ª CP como *plus* de injusto objetivo ha sido el blanco de diversas críticas.[709]

Desde esa concepción, para empezar, se produciría una probable laguna de punibilidad por aplicación de la prohibición de *bis in idem*, dada la imposibilidad de aplicar el artículo 22.4ª CP a – entre otros - un delito de injurias, ya que el injusto objetivo propio de ese delito estaría ya abarcando el componente de humillación que sancionaría el artículo 22.4ª CP[710]. Más evidente se antoja la consecuencia de esta propuesta a efectos de error. Si admitimos que la aplicación del artículo 22.4ª CP supone un desvalor de resultado adicional, la circunstancia sólo se aplicará cuando la víctima *efectivamente* reúna las condiciones propias de la minoría protegida. Es decir, si unos sujetos agreden a otro por creer que éste era homosexual, y finalmente no

---

[709] *Vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*

[710] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código… *op. cit.*, p. 284, sostiene que al captar el delito de injurias el desvalor de resultado consistente en el efecto de humillación a la víctima vía expresiones discriminatorias, se produciría una vulneración de la prohibición de *bis in idem* de aplicar el artículo 22.4ª CP, que abarcaría el mismo resultado, a dicho delito. Comenzaremos remitiéndonos a la reflexión de RENART GARCÍA, "La agravación… *op. cit.*, acerca de la supuesta imposibilidad de aplicar la agravante en estos casos. En primer lugar, incluso partiendo de esa particular concepción acerca de la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP, parece que es posible atentar contra dos bienes jurídicos distintos (el honor y, de otro lado, el derecho a la no discriminación de la víctima o de su colectivo). Una expresión ofensiva que hiciera referencia a una característica étnica podría atentar al honor, pero también suponer el desvalor adicional de resultado que justificaría la aplicación de la agravante. Esta idea se aprecia de forma más evidente cuando la injuria en cuestión no contiene ninguna mención a las condiciones personales que enumera el artículo 22.4ª CP, lo cual no excluye que haya sido *motivada* por odio y prejuicio. Aunque se atente contra el honor de un sujeto mediante expresiones "fungibles", que podrían dirigirse también a quien no compartiera la condición personal de la víctima, podría también provocarse un efecto intimidatorio en los miembros del colectivo al que pertenece o una carga ofensiva adicional hacia ella: porque se percibiera un efecto expresivo discriminatorio al realizar esas manifestaciones. Así, existen otras posibilidades de interpretar que, aunque el artículo 22.4ª CP pueda suponer un incremento del injusto objetivo, será posible su aplicación a un delito de injurias. Resulta esencial la reflexión de DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*, razonando que un planteamiento como el de LAURENZO generaría "*efectos perversos*" tanto a nivel político-criminal como sistemático (por ejemplo, vaciaría de contenido el delito de injurias cuando estas injurias se produjeran junto con otro delito en un atentado racista, lo cual supondría un privilegio penológico a los delitos que incorporan un mensaje ofensivo de carácter racista). Por otra parte, abandonando esa interpretación acerca de la naturaleza de la agravante, parece evidente que puede cometerse este delito con *animus iniuriandi* y, al mismo tiempo, con un especial *animus* discriminatorio o por *motivos* discriminatorios (respectivamente, dependiendo de que se ubique la mayor gravedad *ex* artículo 22.4ª CP en el injusto subjetivo o en la culpabilidad). En definitiva, con independencia de la naturaleza jurídica que pretenda conferírsele a la agravante, admitiremos que podrá ser de aplicación a delitos de injurias y de calumnias.

lo era, no existirá vulneración en el Derecho de la concreta víctima a no ser tratado como inferior por ser homosexual: no se concretará esa carga expresiva humillante y no se aplicará el artículo 22.4ª CP[711].

Más graves consecuencias tiene esta propuesta para los partícipes: al no depender la agravante de las motivaciones del autor, sería comunicable a todos ellos si tenían conocimiento del carácter discriminatorio de la conducta, ya que se referiría a la ejecución material del hecho. Puesto que la accesoriedad de la participación es sólo relativa, siendo posible que sobre un mismo hecho recaigan valoraciones diferenciadas respecto de distintos intervinientes[712], en el caso del artículo 22.4ª CP interpretado desde esta concepción, *ex* artículo 65.2 CP, la posibilidad de agravación radicaría en que conocieran o no la carga ofensiva discriminatoria del delito[713]. Esto amplía la aplicación de la agravante a supuestos en los que a los partícipes les era indiferente incluso la pertenencia de la víctima a una minoría discriminada, pero sabían que pertenecía a ella. Consciente de este problema, LAURENZO afirma que el defecto debe atribuirse "*a*

---

[711] En estos supuestos de error, sugiere LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código… *op. cit.*, p. 281 y ss., que nos encontraríamos ante un concurso entre una tentativa inidónea - por inidoneidad del objeto – del delito agravado y el correspondiente delito consumado. Atendiendo al artículo 14.2 CP esa interpretación no parece plausible: el error sobre una circunstancia agravante excluye su apreciación, y en este caso la pertenencia de la víctima a la minoría tradicionalmente discriminada se configura como el hecho justificativo de la agravación.

[712] PEÑARANDA RAMOS, "Caso Rose-Rosahl", SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, p. 77.

[713] Nadie puede ser hecho responsable del injusto de otra persona, pero el desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado atendiendo a su relación con el comportamiento de otros sujetos, pues se le castiga por algo que *hizo el autor material* del delito en cuestión - *vid.*, ampliamente, PEÑARANDA RAMOS, "Sobre el alcance del art. 65. 3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber", GARCÍA VALDÉS (coord.) *et al.*, *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, 2008, pp. 1427-1428 y EL MISMO *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 333-336 -. Por lo tanto, en este caso, el único "cortafuego" para la transmisibilidad del artículo 22.4ª CP sería que los partícipes no supieran de los efectos discriminatorios del delito y de su consiguiente carga ofensiva humillante para la víctima. Así las cosas, conforme a esta interpretación del artículo 22.4ª CP, se consagraría el siguiente escenario: si los partícipes saben que se trata de una conducta que puede conllevar una carga ofensiva discriminatoria hacia un sujeto por su pertenencia a una minoría, incluso aunque ellos mismos formen parte de esa misma minoría, se agravaría su responsabilidad penal debido a unos efectos discriminatorios que jamás confirieron a *su* hecho de partícipe.

la propia existencia de la circunstancia"[714]. Sin embargo, creo que más bien se debe a la interpretación que de ella se efectúe.

Esta concreta posibilidad que estamos analizando, además de los anteriores inconvenientes, da lugar a una inaceptable situación en la práctica forense. Anteriormente, habíamos analizado cómo se consideraba "peligroso" por parte de un importante sector situar la agravación *ex* artículo 22.4ª CP en la categoría dogmática de culpabilidad, porque nos aproximaría a un Derecho penal de autor, en el sentido de que habría que ahondar en el fuero interno del autor para su aplicación. Pues bien, esta propuesta que estamos analizando ahora, evitando ese riesgo, nos sumerge en otro como mínimo equivalente: se optaría por exacerbar la victimización secundaria, exigiendo a la víctima que acreditara, por ejemplo, su homosexualidad. Se trata de un efecto perverso que desgraciadamente ya se ha producido en nuestro ordenamiento, como muestra la SAP de Barcelona nº 621/2002, de 26 de junio, MP José Carlos Iglesias Martín, que justificó la inaplicación del artículo 22.4ª CP con base en que "*en ninguna de sus declaraciones el lesionado D. Rafael R. D. afirmó su condición de homosexual*". Exigencia que sería reproducida igualmente por la SAP de Badajoz nº 114/2004, de 18 de mayo, MP Miguel Angel Narváez Bermejo: "*La aplicación de la agravante demandará la prueba* […] *de la condición de la víctima*". Así, en lugar de indagar en las motivaciones del autor, se sometería en el proceso a la víctima (o a sus familiares y amigos, que quizás desconozcan tal extremo) a una serie de interrogatorios para averiguar tan íntima condición personal, todo ello debido a que tuvo la mala fortuna de ser víctima de un delito que contaba con una carga ofensiva hacia él por ser aparentemente homosexual.

Sin perjuicio de lo anterior, la aportación de LAURENZO supuso el inicio de una corriente doctrinal que, sin renunciar a sostener que el artículo 22.4ª CP agrava la responsabilidad del autor debido a un mayor injusto objetivo, ha ido matizando varias de las consecuencias negativas que hemos apuntado.

[714] LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código… *op. cit.*, p. 284.

Retomando la idea de que el Legislador, cuando habla de motivos, se refiere a situaciones fácticas subyacentes, estas propuestas difieren de la de LAURENZO en un punto esencial.

Fue LANDA GOROSTIZA quien, partiendo de la propuesta de LAURENZO COPELLO, introdujo varios matices en la línea de interpretación del artículo 22.4ª CP como circunstancia agravante del injusto objetivo, orientando este autor la agravante hacia el mismo sentido de tutela básico que el artículo 510 CP[715]. Retomando su aportación ha ahondado DOPICO GÓMEZ-ALLER con una brillante propuesta[716], sosteniendo que el delito al que se aplica la agravante produce un *efecto comunicativo intimidante*, similar al de los atentados terroristas[717]. Tendría por lo tanto un efecto supraindividual que justificaría el incremento de pena. Sucintamente detallada esta postura, el delito agravado, además de infringir la concreta prohibición a la que se refiere el propio delito, infringe además lo que JAKOBS denominaría una "norma de flanqueo"[718]: un tipo penal adicional que, de forma "sorprendente" en este caso, se plasmaría en una circunstancia agravante genérica en lugar de en un precepto de la Parte Especial del Código. Esta norma adicional consistiría en una expectativa de indemnidad de personas que pertenecen a determinados grupos caracterizados por una raza, una orientación sexual, etc.

Por lo tanto, esas situaciones subyacentes a las que se remitiría el Legislador al hablar de "*motivos*" no irían referidas exclusivamente a los efectos de la conducta del autor en su víctima concreta (siendo ésta una diferencia clave con la postura de LAURENZO). Partiendo de que el fundamento de esta circunstancia agravante reside en promover las condiciones de seguridad existencial de

---

715 *Vid.* LANDA GOROSTIZA, *La política criminal… op. cit.*, pp. 185-206 y 259-262.

716 *Vid.* ampliamente DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*, y EL MISMO, "Motivos racistas… *op. cit.*, pp. 377-380.

717 Lógica ya apuntada por FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución… op. cit.*, p. 683: "*Sería posible agravar la pena, sin embargo, por los efectos cumulativos del delito, en caso de una ofensiva o una realización acumulada de diversos delitos por parte de grupos terroristas o bandas xenófobas o racistas con el fin de desestabilizar el sistema o infundir miedo en los inmigrantes. En ese caso, la agravación está relacionada con el sentido del hecho y es una reacción proporcionada a él*".

718 *Vid.* JAKOBS, "Kriminalisierung… *op. cit.*, pp. 751-785.

colectivos especialmente vulnerables[719], el mayor desvalor objetivo derivaría del perjuicio que despliega la conducta *no sólo contra el individuo, sino también contra el grupo al que pertenece*. Procederá por ello la agravación atendiendo al grado de repercusión colectiva que objetivamente se desprende de la actuación del autor en el contexto en el que se desarrolla[720].

Conviene señalar que, conforme aclara DOPICO, no sería preciso que la carga de sentido intimidatoria de la agravante se corresponda con la voluntad del concreto autor del delito al que se le aplica. Es decir: se podría aplicar a un sujeto porque con su delito expresaba el mensaje de que *él mismo* volvería a cometer delitos contra personas que pertenecieran, por ejemplo, a determinada raza. Pero también se aplicaría la agravante aunque el sujeto en cuestión no tuviera ánimo de volver a cometer un delito similar, ya que habría "cooperado accesoriamente" como un eslabón de una cadena comunicativa violenta: con su delito, el autor cumple amenazas pasadas (otros crímenes de odio, aunque él no los cometiera) y renueva la formulación de la amenaza contra el grupo intimidado hacia el futuro (aunque él no vaya a cometer esos delitos).

Desde esta perspectiva[721], el efecto comunicativo del delito al que se pretenda aplicar el artículo 22.4ª CP no puede derivar de un mensaje cualquiera. Habría de ser un mensaje idóneo, en términos de peligrosidad objetiva (verosimilitud, concreción, inminencia y gravedad), para "colorear" discriminatoriamente el delito en cuestión. Como el fundamento de la agravación estaría vinculado a la negación de la igualdad *real* del colectivo al que pertenece la víctima, el desvalor de resultado vendría dado, pues, por el perjuicio tanto a la víctima como especialmente a su colectivo, al hundirles aún más en su situación de marginación. Así las cosas, lo esencial para su aplicación sería comprobar si el contexto social en el que se comete el delito realmente permite hablar de

---

[719] Así, LANDA GOROSTIZA, "El modelo político-criminal… *op. cit.*, p. 159 y ss: "*debe ser orientada en su fundamento hacia el mismo sentido de tutela básico del delito de provocación*".
[720] *Ibidem*.
[721] LANDA GOROSTIZA, *La política criminal… op. cit.*, pp. 185-206 y 259-262.

discriminación, ver si el colectivo (por su situación histórica) también lo permite, y ver si la gravedad del delito permite hablar de un efecto que se proyecte intersubjetivamente.

Centrémonos en lo que se refiere a la eficacia del mensaje intimidante. Para que pueda surtir efecto (para que el delito pueda integrar esa cadena comunicativa violenta) sería necesario que el colectivo al que pertenece la víctima – ese colectivo definido por una raza, una orientación sexual, etc. – se encuentre en una "situación crítica"[722]. Lógicamente, si el mayor desvalor objetivo deriva de la posibilidad de que el colectivo se sienta intimidado por el delito, es necesaria la amenaza preexistente a su comisión (especialmente si se admite la "cooperación accesoria": el sujeto al que se le aplica el artículo 22.4ª CP aunque él no haya cometido estos delitos en el pasado ni tenga previsto hacerlo en el futuro). Por lo tanto, nos encontramos con un primer problema probatorio: acreditar que el colectivo que estamos definiendo con base en una de las condiciones personales que menciona el artículo 22.4ª CP lo hace especialmente vulnerable.

Por último, así articulada la agravante, como un tipo penal que se "adhiere" al tipo penal al que se aplica, es necesario también configurar el injusto subjetivo necesario para imputar subjetivamente al autor de esta suerte de "delito tipificado en el artículo 22.4ª CP" el injusto objetivo que acabamos de exponer. En palabras de DOPICO, el dolo abarcaría: 1) el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una población ya amenazada y que la propia conducta cumple esa amenaza - como sugiere LANDA[723], esto sólo implica determinar si el dolo del sujeto abarcaba el conocimiento de que su

[722] Lo cual nos remite a consideraciones sobre cuándo existirá la misma. *Vid*. al respecto las posturas de autores como GERSTENFELD, PETROSINO, SHEFFIELD o PERRY; *supra*, Primera Parte, Capítulo II.5.

[723] Como el entendimiento por parte del autor de que su conducta, que revestía un aspecto expresivo, iba a proyectarse sobre quienes compartían la condición personal de la víctima, produciendo una diferenciación discriminatoria que actuaría de forma intersubjetiva suponiendo un *plus* de injusto objetivo; *vid*. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal… op. cit.*, p. 69 y ss.

comportamiento era potencialmente expresivo para trasladar una amenaza a todo un colectivo, siendo irrelevante desconocer que cumplía con su delito esas amenazas pretéritas, siempre que supiera el autor que la víctima pertenecía al colectivo vulnerable - y 2) el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, homófobo, etc.[724]

Esta propuesta objetivizante del artículo 22.4ª CP, sin duda meditada, plantea no obstante una serie de problemas. Sin ánimo de reiterar lo ya apuntado por KAHAN[725] respecto de las "falacias liberales" en la discusión sobre los crímenes de odio, nos centraremos en algunas cuestiones. Primero, la idea de que la agravación se justifica porque en estos casos el efecto comunicativo intimidante supone un mayor daño (o un daño adicional al colectivo al que pertenece la víctima) ya origina ciertas dudas. Los delitos violentos no discriminatorios también generan intimidación, y no se les aplica automáticamente una circunstancia agravante por ello; el artículo 22.4ª CP se aplica en principio a toda clase de delitos, incluidos los no violentos, por lo que el requisito de la intimidación vaciaría de sentido en buena medida la circunstancia agravante, tal y como está configurada.[726]

Por otra parte, para poder hablar de ese daño a nivel colectivo, además de que el mensaje sea objetivamente intimidante, será preciso que el colectivo en situación crítica *exista* para poder percibirlo. No resulta nada evidente la existencia de un colectivo enfermo o discapacitado con la misma realidad y capacidad de ser intimidado como tal que uno caracterizado por una raza o una orientación sexual; por lo que nuevamente parece que esta interpretación vacía de contenido la agravante. En cualquier caso, el principal problema aquí son las situaciones que podrían darse en la práctica forense.

---

[724] DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*
[725] KAHAN, "Two Liberal Fallacies… *op. cit.*, *passim*. *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.2 y .3.
[726] *Vid*. PERALTA, *Motivos reprochables… op. cit.*, p. 160 y ss.; siguiendo a HURD/MOORE, "Punishing Hatred… *op. cit.*, pp. 1081-1146.

Por ejemplo: imaginemos que un sujeto libanés agrede a un sujeto armenio en un barrio de nuestro país en el que la mayor parte de la población es armenia. No parece que exista ningún mensaje intimidante. Ahora supongamos que idéntico hecho acontece, sólo que ahora el autor es turco. No resulta difícil imaginar que en el proceso se originaran discusiones sobre la condición de minoría discriminada del pueblo armenio en ese contexto (si existía o no una situación crítica debido al genocidio armenio, si en el barrio vivían más armenios que turcos, etc.) y sobre si el mensaje era intimidante *porque el autor era turco*. Imaginemos que el autor llevaba una pulsera decorativa con la bandera de su país y sabía que su víctima era armenia: el mensaje intimidatorio va cobrando forma. Y la va cobrando *por lo que el autor es*, no por lo que hizo: parece que nos acercamos de forma sorprendente al tan temido Derecho penal de autor; "peligro" invocado para descartar que el artículo 22.4ª CP afecta a la categoría de culpabilidad.

Considero que estos problemas parten de obviar que el fundamento del artículo 22.4ª CP radica en el *animus model* legislativo de crímenes de odio, y no en el *discriminatory selection model*.[727] Si hablamos de una agravación que radica en el daño objetivo que pueda padecer un colectivo con independencia de lo que realmente pretendiera el autor, ese daño no dependerá de sus intenciones, sino de las percepciones de terceros que ni siquiera son su víctima. Es más: dependerá de lo que el juzgador considere que es una minoría protegida y de lo que objetivamente pueda esta padecer. Volviendo a nuestro ejemplo, si el juez que ha de aplicar la agravante considera que el genocidio armenio es una invención[728], y que los armenios residentes en España no se encuentran en una situación crítica frente al colectivo turco, no se aplicará la agravante aunque el autor actuara por motivos discriminatorios. Si, por el contrario, cree en la existencia de esa situación crítica, podrá aplicar la agravante al sujeto turco de

[727] Cuestión ya detallada, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.5.
[728] Recordemos la polémica desatada en Francia por la tipificación del negacionismo del genocidio armenio durante la Primera Guerra Mundial (noticia del diario Le Monde, "*Le Parlement adopte la loi sur le génocide arménien*", 23/01/12).

nuestro ejemplo aunque cometiera el delito enojado por haber perdido una partida de naipes o un partido de fútbol y aunque probara que no actuó por motivos discriminatorios. Y esa agravación de la responsabilidad penal, cuando estamos hablando de una circunstancia agravante que literalmente hace referencia a la exigencia de que el sujeto actúe *por motivos* discriminatorios, parece difícilmente justificable ante el sujeto concreto que padece su aplicación atendiendo al principio de legalidad.

Sin necesidad de poner en duda que el artículo 510 CP es la piedra angular de nuestra normativa penal antidiscriminatoria[729], la importantísima contribución de LANDA, y el posterior progreso sobre la misma de DOPICO, parecen depender en exceso del intento integrador del artículo 22.4ª CP conforme a un supuesto factor común a toda esa normativa. Así, de la afirmación consistente en que el artículo 510 CP tiene paralelismos con el artículo 22.4ª CP[730], se induce que el artículo 22.4ª CP supone una agravación del injusto objetivo porque los "motivos" discriminatorios también mencionados por el artículo 510 CP forman parte – desde esa interpretación – de los elementos objetivos de ese tipo penal: deben ser en ambos casos reinterpretados como "efectos". Sin embargo, el hecho de que los motivos discriminatorios se mencionen como elemento que fundamenta una conducta tipificada en la Parte Especial no implica necesariamente que su naturaleza jurídica, o que el entendimiento del término "motivos", deba ser la misma que si se establecen como una circunstancia agravante genérica.[731]

Por otra parte, no parece tampoco necesario que toda nuestra normativa penal antidiscriminatoria revista idéntico fundamento. Quizás, en lugar de achacar las evidentes diferencias entre el artículo 22.4ª CP y los demás preceptos de la Parte Especial del Código a una ausencia de rigor o de cordura del Legislador, sea preferible asumir que aquélla es una manifestación del *animus model* y el resto,

---

[729] Así planteado por LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal… op. cit., passim.*
[730] DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Delitos cometidos por motivos… *op. cit.*
[731] *Vid.*, *supra*, Segunda Parte, Capítulo I.1.

de distintos modelos legislativos. Ese distinto fundamento se explicaría porque una cosa es una circunstancia agravante genérica por motivos discriminatorios y otra distinta unos delitos que consisten en la producción de unos efectos discriminatorios. A *maiore*, no podemos obviar que el artículo 510 CP se refiere a motivos discriminatorios en los cuales el prejuicio se dirige a "*grupos*" o a personas por razón de su "*pertenencia*" a grupos, mientras que el artículo 22.4ª CP se refiere a motivos discriminatorios vinculados a condiciones personales "*de la víctima*". Las divergencias en su redacción son suficientemente evidentes como para poder mantener que el fundamento de la circunstancia agravante se encuentra vinculado a la identidad personal, no a la tutela de unos grupos que este precepto (a diferencia del delito tipificado artículo 510 CP) no menciona. El artículo 22.4ª CP puede fundamentarse en la salvaguarda del principio de igualdad de todos los ciudadanos sea cual sea su condición personal, los "delitos de discriminación" en la protección de colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Y esta diferencia no debiera, en mi opinión, resultar tan alarmante: las circunstancias agravantes genéricas y los delitos de la Parte Especial no son lo mismo, por lo que no necesariamente han de revestir idéntico fundamento ni interpretarse igual los términos mencionados por unas y otros[732], especialmente cuando de *motivos* estamos hablando.

Al extraer consecuencias para el artículo 22.4ª CP de la configuración que pretenda conferirse al artículo 510 CP se desnaturaliza la circunstancia

[732] *Vid.* LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit.*, p. 272 y ss. Puede ser de utilidad efectuar algunos comentarios respecto de su crítica al artículo 22.4ª CP como circunstancia que agrava la culpabilidad. En primer lugar, estas condiciones personales que enumera el precepto sí tienen una peculiaridad, que podría justificar la mayor gravedad del móvil (*vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.5). La duda que plantea la autora orbita realmente en torno al hecho de que considerar desde otra óptica la circunstancia agravante haría que no fuera "homogénea" nuestra legislación penal antidiscriminatoria. Pues bien, creo que el hecho de que el artículo 22.4ª CP *quizás* sí sea una figura distinta (propia del *animus* y no del *discriminatory selection model* de crímenes de odio) a otros preceptos "antidiscriminación" de nuestro Código no debería resultar tan perturbador, pues una cosa es una circunstancia agravante genérica y otra un delito. La propia lógica expositiva de su importante investigación así parece sugerirlo ("*También es difícil de encuadrar en este contexto la agravante genérica* […] *no es ésta la única peculiaridad del art. 22.4ª respecto a los restantes preceptos generales antidiscriminación, ya que su propia naturaleza circunstancial la separa del resto exigiendo un análisis específico*", *ibidem*, p. 244).

agravante, otorgándole un fundamento propio del *discriminatory selection model* que realmente no reviste. Nótese que el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de octubre de 2012, al proponer la modificación del artículo 510 CP en un sentido claramente vinculado a la protección de minorías[733], opta por no modificar en ningún aspecto el artículo 22.4ª CP. Precisamente, ello puede interpretarse en el sentido de que el artículo 22.4ª CP no está encaminado a sancionar *efectos* discriminatorios para grupos vulnerables, sino *delitos cometidos por determinadas motivaciones* contrarias al principio de igualdad entre todos los individuos. Por eso las modificaciones que pueden afectar al artículo 510 CP no tienen por qué hacer lo propio con el artículo 22.4ª CP: porque son dos instituciones jurídicas distintas, con un fundamento que, aunque se encuentre relacionado (en tanto que vinculado al principio de igualdad), es distinto.

En definitiva, estas interpretaciones consistentes en que el artículo 22.4ª CP sanciona un mayor injusto objetivo porque la mención a los "motivos" se refiere a los "efectos" para la víctima o su colectivo se aproximan a la rechazada enmienda ("*cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de…*") en el debate parlamentario relativo a la aprobación de nuestro

[733] Definido así el nuevo precepto en la Exposición de Motivos: "*La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como aquellas que puedan entrañar humillación o menosprecio contra ellos; y de otra parte, la producción o distribución de los materiales que por su contenido sean idóneos para incitar al odio o a la violencia contra minorías, el enaltecimiento o justificación de los delitos de que pudieran haber sido objeto, o la negación, apología o trivialización grave del genocidio, cuando de ese modo se favoreciera el odio o la violencia contra los grupos mencionados.*" La ausencia de mención al artículo 22.4ª CP (que podría haber sido reformado en similar sentido, por ejemplo: "*Cometer el delito contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad*") puede servir para reafirmar que el artículo 22.4ª CP no es un "precepto antidiscriminación de colectivos", sino una agravante genérica que se fundamenta en una vertiente más absoluta del principio de igualdad. Así, puede que las diferencias en la redacción del artículo 22.4ª CP y los demás preceptos antidiscriminación del Código no deban ser necesariamente interpretadas como un "despiste" del Legislador, sino como una consecuencia de que la circunstancia agravante enumera condiciones personales universales y el artículo 510 CP minorías tradicionalmente discriminadas.

vigente CP.[734] El problema es que, precisamente por haber sido rechazada esa enmienda, parece que el artículo 22.4ª CP no se refiere a los efectos de la conducta, sino a la motivación del autor para cometer su delito. Estas propuestas a favor de un *plus* de injusto objetivo así articulado plantean una serie de problemas, sin que las razones para efectuar tal interpretación resulten enteramente convincentes. Por encima de todos, permitiría agravar la responsabilidad penal del autor *sin haber actuado por motivos discriminatorios*, contraviniendo el tenor literal de la Ley. Quedarían así más cercanas estas interpretaciones a alguna ya efectuada propuesta de *lege ferenda*[735].

En el anterior epígrafe, vimos cómo el principal problema para asumir que la aplicación del artículo 22.4ª CP suponía únicamente un mayor injusto subjetivo era "de principio": admitir esa hipótesis implicaría que se sancionan aisladamente las motivaciones en sí mismas consideradas; esto es, una inadmisible sanción del pensamiento. Las hipótesis consistentes en que el artículo 22.4ª CP sanciona un mayor injusto objetivo debido a los *efectos* del delito no evitan completamente otros dilemas, también "de principio": una mayor victimización secundaria al exigir que la víctima pruebe su orientación sexual, una inversión de la carga de la prueba, la sanción al autor por lo que *es* y no lo que hace, etc. Pero su principal problema se encuentra más bien en que estas complejas interpretaciones, que parten de una "intención oculta" del Legislador al mencionar el término "*motivos*", *no son acordes con el fundamento de esta institución jurídica*. Apelando a la navaja de OCKHAM - principio al que recurrirán mayoritariamente los operadores jurídicos a la hora de interpretar el artículo 22.4ª CP - no se trata aquí de sancionar *efectos*, sino de tomar en consideración las *motivaciones* del autor al cometer su delito.

---

[734] De hecho, una de las más importantes contribuciones para la interpretación consistente en el "*plus* de injusto objetivo", la de LANDA GOROSTIZA, *La política… op. cit.*, *passim*, no puede evitar mostrar sus simpatías hacia dicha enmienda. *Vid.* esta propuesta del Grupo Mixto, *supra*, Primera Parte, Capítulo I.4.

[735] Como la modificación del precepto propuesta por GARCÍA AÑÓN, "Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica de los inmigrantes: examen de la aplicación de la agravante por motivos racistas", CALVO GONZÁLEZ (coord.), *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, 2006, p. 65; que suprimiría la referencia a las motivaciones y restringiría el catálogo de delitos al que fuera de aplicación (ampliándolo sin embargo con relación al artículo 10.17 ACP).

Si no podemos admitir que los "motivos" del autor se reinterpreten como "efectos", debemos también descartar las precitadas propuestas doctrinales. Lo cual no implica que no pueda articularse el artículo 22.4ª CP como una afectación al injusto objetivo. Simplemente significa que, si se opta por esa vía, habrá que partir de que el precepto se refiere, sin más, a los *motivos* del autor.

3. Dos opciones asumibles en un Derecho penal de la culpabilidad: los "*motivos*" son *motivos*.

Hemos visto que los principales pronunciamientos de nuestra doctrina sobre el artículo 22.4ª CP, cuando abogan por ubicar su naturaleza dogmática en el injusto objetivo, lo hacen partiendo de una reinterpretación del término "motivos", como los *efectos* que se producen para determinados colectivos o para la víctima en las situaciones fácticas subyacentes a la comisión de un delito por motivos discriminatorios. Esto genera una serie de problemas que nos compele a descartar esa interpretación. Sin embargo, cabe plantearse si no es posible entender que los "motivos" que menciona este precepto son simplemente eso, *motivos*; y que, aunque haya que atender a los motivos del autor para aplicar la circunstancia agravante, pueda ser porque un delito cometido por motivos discriminatorios refleje un hecho más grave. Dicho sea con otras palabras: llegados a esta encrucijada, plantearemos la posibilidad de entender que el artículo 22.4ª CP está sancionando un mayor desvalor porque se incrementa el injusto objetivo del hecho, pero partiendo de que los "*motivos*" que menciona el precepto deben ser interpretados como motivos, no como efectos. De esta forma, no se aplicará el artículo 22.4ª CP a ningún sujeto que no haya cometido el delito por motivos discriminatorios.

Mas no sólo plantearemos la anterior hipótesis. También cabe preguntarse si nuestra Teoría del Delito es capaz de acoger en la categoría dogmática de la culpabilidad una circunstancia agravante como el artículo 22.4ª CP. Ciertamente, si se entiende que los motivos *añaden un desvalor al injusto*, no parece viable que en un Derecho penal del hecho se ubique la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP en la categoría dogmática de culpabilidad. Así, hemos visto que importantes sectores doctrinales alegaban que, si se aceptara que el artículo 22.4ª CP afecta a la culpabilidad, existiría el "*riesgo de que la agravante pueda llegar a ser utilizada como instrumento de censura*", además de suponer que se consideraría al ciudadano como "*un ser inmaduro y fuente de*

peligros que requiere una tutela estatal que se despliega al margen de los criterios normales de imputación"[736]. Pero, desde el fundamento aquí propuesto para esta institución jurídica, más bien parece todo lo contrario: establecer consecuencias desfavorables para los ciudadanos de un Estado liberal-democrático que no respetan al principio de igualdad hacia las condiciones personales de sus conciudadanos no sólo no impone ninguna ideología concreta, sino que presupone que somos seres maduros y racionales. Si esos "peligros" no son realmente existentes, la ubicación en esta categoría dogmática no debiera ser tajantemente descartada. Así, podría afirmarse que el artículo 22.4ª CP afecta a dicha categoría reinterpretando la concepción que de la misma sostiene la doctrina mayoritaria, sin que ello nos aboque irremisiblemente al Derecho penal de la actitud interna.

En el presente epígrafe, analizaremos sucesivamente estas dos opciones (mayor injusto objetivo o afectación a la culpabilidad), siempre partiendo de que el artículo 22.4ª CP se refiere a *motivos*. Se trata, en definitiva, de un análisis coherente con el fundamento que hemos propuesto para la agravación desde la Teoría de Justicia y respetuoso con el principio de legalidad.

A modo de introducción a las dos hipótesis de solución, no estará de más comenzar aproximándonos a la noción de culpabilidad penal. Parafraseando a ROXIN, no existe categoría más discutida y, a la par, más imprescindible, que la de culpabilidad[737]. Excedería con creces nuestro objeto proponer toda una Teoría del Delito definiendo cada una de sus categorías; del mismo modo que no efectuaremos un análisis exhaustivo del *principio* de culpabilidad, ni de sus interrelaciones con la *categoría dogmática* de idéntica denominación. Obviamente, tampoco propondremos una delimitación entre las categorías dogmáticas de antijuridicidad y culpabilidad, pues eso nos exigiría definir inequívocamente el alcance de ambas – delimitar la noción de injusto y la de

[736] Así, LANDA GOROSTIZA, "El modelo político-criminal… *op. cit.*, p. 159 y ss.
[737] ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal", *NDP*, 1996, pp. 479-498.

culpabilidad -; labor que excede ampliamente nuestro objeto. Sólo asumiremos que la categoría dogmática de la culpabilidad se vincula a la idea de responsabilidad individual, a la posibilidad de atribuir al sujeto concreto que padece la pena un hecho que ya es objetiva y subjetivamente dañoso (en tanto que hecho antijurídico). El principio de culpabilidad implica que sólo será justa la pena a imponer a ese sujeto concreto que la padece cuando no se le sancione más allá de lo que le corresponde.[738] A partir de aquí, las maneras de configurar la categoría dogmática son múltiples, y no necesariamente debieran todas ellas conducirnos a un Derecho penal de la actitud interna; o a "rendirnos" y reinterpretar como *efectos* que aumentan el injusto típico lo que el artículo 22.4ª CP denomina "*motivos*".

Comenzaremos retomando algún razonamiento propio del *hate debate* estadounidense. Concretamente, se discute en ordenamientos de *Common Law* si es posible entender que estas agravaciones afectan a la *mens rea*, como categoría de su Teoría del Delito. Aunque las conclusiones que allí se alcanzaran sobre la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP no deberían ser extrapoladas sin más a nuestro ordenamiento, por diferir nuestra Teoría del Delito de la suya, traeremos a colación alguna reflexión subyacente que puede sernos de mucha utilidad.

En el concepto de *mens rea* más "clásico" no producía demasiada fricción incluir referencias a las motivaciones. No obstante, con el paso de los años, se ha ido observando en la doctrina estadounidense una tendencia a "objetivizar" los criterios de atribución de responsabilidad penal. Es decir: a poner todo el peso en el hecho del autor, obviando sus motivaciones. Antes, la culpabilidad (*culpability*) exigía un juicio sobre la "mente culpable" (*guilty mind*) del autor. Por contra, la actual tendencia consistiría en abandonar ese "anticuado lenguaje" referido a emociones o al carácter más o menos depravado del sujeto,

[738] Sobre las fricciones entre la categoría dogmática y el principio de culpabilidad, *vid*. HORMAZÁBAL MALARÉE, "Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad", *RD*, 2005, pp. 167-185.

para centrarse en perspectivas más "modernas", menos viscerales y más objetivas: supuestamente, más científicas y humanistas. Sin embargo, esta tendencia se ha topado con varios problemas.

De un lado, en la práctica, no resulta nada evidente que los jueces hayan obviado la toma en consideración de las motivaciones abyectas del autor - en su entendimiento más arcaico - a la hora de imponerle una pena. Aunque la finalidad de normativizar y objetivizar al máximo la aplicación de la Ley penal responda a una compartida preocupación por hacerla más humanizadora, sumada a una desconfianza en los jueces - en el sentido de limitar al máximo su hipotética arbitrariedad, sus prejuicios y sus pasiones al sancionar - finalmente la Ley no puede regularlo todo. Allí donde el Legislador y la tendencia a objetivizar la responsabilidad penal no llegan, se recurrirá en la práctica a las motivaciones y a la evaluación moral del autor para fijar su reproche. Al no conferir *formalmente* ningún papel a los *motivos* del autor (entendidos, sin más, como motivaciones psíquicas), se posibilita en la práctica que cualquier motivación sea tenida en cuenta de cualquier manera. Y esto sucede, en mi opinión, porque los motivos - los procesos psicológicos del sujeto concreto que padecerá la pena – *están presentes* en el proceso penal, se indaga sobre ellos para conferir credibilidad a la declaración del acusado, etc. Si sólo se les confiere un papel reinterpretándolos objetivamente como *efectos*, si se cierra la puerta a su relevancia jurídico-penal como si no existieran, se colará de rondón por la ventana la toma en consideración de las motivaciones del autor, de la forma más variopinta.

Pero más importante aún: ese desplazamiento del análisis de la culpabilidad del autor a su hecho objetivamente considerado puede haber supuesto que se perdiera algo por el camino. Cuando todo el peso de la relevancia de las motivaciones se objetiviza, lo que realmente sucede es que se evalúa a un sujeto sin carne ni sangre. Se evalúa la capacidad de comportarse de otra manera, la capacidad de prever y representarse el resultado de un sujeto "no humano": el

sujeto activo del injusto típico. Podría decirse que el análisis de su culpabilidad se vacía de contenido. Se obvia que el autor interactúa fuera de una burbuja, como lo hacemos todos nosotros.

Estas reflexiones han propiciado que en esos ordenamientos de *Common Law* se afirme que un correcto entendimiento de la *mens rea* debería volver en cierta medida sobre sus pasos. No se trata de analizar el estado mental del individuo sin más, sino de comprobar si el sujeto puede mantener una "relación sana" en la sociedad en la que se desenvuelve, para lo cual sí hay que atender a sus motivaciones. Se afirma, con razón, que si la declaración de culpabilidad se hiciera depender únicamente del *actus reus*, se abriría la puerta a una responsabilidad penal objetiva, impropia de una Democracia liberal. En el nuevo concepto de culpabilidad propuesto por algunos autores, que busca recuperar aspectos necesarios que se perdieron con las recientes tendencias modernizadoras, los hasta hace bien poco desterrados motivos cobran de nuevo importancia para la *mens rea*.[739] Salvando las distancias, esta reflexión ha encontrado una similar incidencia en ordenamientos europeos continentales.[740]

---

[739] Con carácter general, NOURSE, "Hearts and Minds: Understanding the New Culpability", *BCLR*, 2003, pp. 361-388.

[740] No ahondaremos en el paso de las concepciones "causalistas" a las "finalistas" de los elementos subjetivos (dolo e imprudencia) en nuestra tradición continental. Bastará con admitir que se encuentra consagrado actualmente en nuestro ordenamiento el principio de responsabilidad subjetiva (artículos 5 y 10 CP), de modo que el lado subjetivo del hecho se estableció firmemente como elemento integrante del injusto. El concepto de culpabilidad, por su lado, fue sometido a una "funcionalización", pasando a ser entendido desde un enfoque puramente normativo. Esto es: desligado de un "poder-actuar-de-otro-modo" *fáctico* (*vid.*, sobre la recepción de este concepto, CANCIO MELIÁ/PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1999, *passim*). Como señala CANCIO MELIÁ, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley Penal*, 2004, pp. 57-78; esta situación ha propiciado que "*acerca de la cuestión de cuáles elementos subjetivos deben introducirse en qué ubicación sistemática en el concepto de delito existe una enorme confusión*". Esta confusión se exacerba, precisamente, cuando el Legislador opta por hablar de "*motivos racistas*" (*ibídem*, p. 66). Aunque no pretendemos determinar el alcance de cada una de nuestras categorías dogmáticas, sí parece conveniente atender a algunas tendencias de esa discusión. Partiendo de ellas, dependiendo de las nociones de injusto y de culpabilidad que asumamos, podremos ubicar el artículo 22.4ª CP, alternativamente, en una u otra categoría dogmática; pero sin desnaturalizar el fundamento que para tal institución jurídica mantenemos: entendiendo que a "*motivos*" (una realidad subjetiva) se refiere el precepto.

Con el fin de comprobar si podemos alcanzar alguna noción satisfactoria de culpabilidad a los efectos que nos ocupan, partiremos del planteamiento de GÜNTHER[741]. El Código Penal no define en positivo lo que es la culpabilidad, sino que establece parámetros conforme a los cuales no concurriría (por ejemplo, nos dice que cuando se es inimputable no la hay). La culpabilidad se entendería conforme a este autor como un modelo de excepciones a la regla general: la culpabilidad es lo que queda si no puede aplicarse ninguna de esas excepciones. La atribución de culpabilidad penal sería así una *suposición de normalidad*, que se podría "impugnar" invocando excepciones. Algunas de estas excepciones la disminuirían hasta hacerla desaparecer, otras harían que disminuyera parcialmente, y otras no tendrían efecto alguno de ser invocadas. Evidentemente, dicha "normalidad" no es la misma en un Estado liberal-democrático que en uno totalitario, siendo éste uno de los esenciales apuntes de este planteamiento[742], especialmente a la vista de que la *ratio* última de existencia del artículo 22.4ª CP que hemos propuesto guarda relación con un principio liberal-democrático: el de igualdad.

Para determinar esa "normalidad liberal-democrática", hay que admitir que la mayor parte de la población no comete hechos que se encuentren tipificados en nuestro Código Penal, por lo que se le presupone una capacidad mínima de comprensión y autocontrol. Conforme sostiene GÜNTHER, estaríamos hablando de una culpabilidad "en la mente de otros". Según este autor, los motivos serían un método (*Verfahren*) para interpretar la acción del individuo en su interacción en el marco social[743]. Parcialmente coincidente con esta postura, admite FEIJOO que la culpabilidad, entendida como una *disposición jurídica mínima* hacia el ordenamiento, requiere que las acciones humanas estén "*determinadas por motivos, razones y valoraciones que pertenecen a una persona y sólo a una determinada*

741 *Vid*. GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005, p. 121 y ss.
742 También entiende MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, p. 51 y ss., que la culpabilidad, interpretada desde los aportes de KINDHÄUSER, requiere atender a la relación del individuo con el orden social y jurídico en el que se desenvuelve.
743 GÜNTHER, *Schuld... op. cit.*, p. 174 y ss.

persona"[744]. Los motivos discriminatorios del artículo 22.4ª CP podrían, por lo tanto, ser entendidos como *motivos*, y no como *efectos*, sin que ello supusiera erosión alguna para la noción de culpabilidad: vendrían en definitiva a ser un mecanismo para comprobar la existencia de esa disposición jurídica mínima.

En cualquier caso, lejos de nuestra intención se encuentra plantear aquí el alcance del principio de culpabilidad. Lo que de estas recientes tendencias podemos extraer a efectos de nuestra circunstancia agravante es que *es acorde con el principio de culpabilidad en un Estado liberal-democrático* tomar en consideración las motivaciones del sujeto concreto que comete un delito para determinar la pena que va a padecer. En otras palabras: no parece existir ningún "peligro" a efectos del principio de culpabilidad por el hecho de interpretar – de conformidad con el fundamento propio del *animus model* legislativo de crímenes de odio – que el artículo 22.4ª CP se refiere a procesos psicológicos cuando habla de motivos. No es necesario reinterpretar que se trata de una técnica de tipificación que, contraintuitivamente, nos remite a los *efectos* discriminatorios para la víctima o para el colectivo al que supuestamente ésta pertenezca con independencia de las motivaciones que tuviera el autor del delito. Desde el momento en que esta institución jurídica tiene un fundamento suficiente, y que las recientes tendencias en materia de culpabilidad lo admiten, ningún "peligro" aparente nos impide interpretar que la mención a los "motivos discriminatorios" del artículo 22.4ª CP se refiere, sin más, a motivos y no a efectos.

---

[744] FEIJOO SÁNCHEZ, "Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias" (en prensa, amablemente facilitado por el autor). Coincide en su planteamiento con el de GÜNTHER, en el sentido de que sitúan ambos la culpabilidad en una teoría de la libertad comunicativa. Sin embargo, critica este autor que la teoría de GÜNTHER habría exagerado la dimensión política de la culpabilidad y no habría tenido suficientemente en cuenta factores preventivos. Para GÜNTHER, la culpabilidad se entiende desde la idea de que los ciudadanos tienen que asumir la responsabilidad derivada del marco de libertades democráticas en el que se mueven. Esto podría plantear algún problema, por ejemplo para los extranjeros, que no participan de la creación de las normas democráticas. No obstante, a efectos del artículo 22.4ª CP (que no fundamenta por sí mismo una pena, al ser una circunstancia agravante genérica) no plantea demasiados problemas esa cuestión, habida cuenta de que existen otras instituciones jurídicas que pueden suponer que se exima o se atenúe la responsabilidad penal del autor a pesar de haber cometido éste su delito por odio discriminatorio. *Vid. infra*, Segunda Parte, Capítulo III.2.

En síntesis: esas recientes tendencias apuntan hacia la posibilidad de responsabilizar al sujeto concreto que cometiera hechos que contravengan los principios del orden social en el que se mueve. Por otra parte, el artículo 22.4ª CP es una institución jurídica cuyo fundamento radica en el respeto del principio rector de esa sociedad democrática. Si los motivos que menciona el precepto pueden ser entendidos como tales, sin fricción alguna para el principio de culpabilidad, cabría plantearse que su aplicación suponga una afectación a la categoría dogmática de culpabilidad.

El problema es que, retomando la precitada idea de GÜNTHER, si los motivos son excepciones a una situación de normalidad (siendo dicha situación la de una "culpabilidad completa"), no pueden servirnos para *agravar* la responsabilidad del sujeto. Si existe la presunción de que un sujeto se encuentra en esa situación de normalidad, e invoca una serie de motivaciones para cometer su delito, podríamos ir "detrayendo pena" de ese máximo, admitiendo así que su situación no era plenamente normal y que su culpabilidad debiera por ello verse reducida. Pero no podría existir una "excepción" (en nuestro caso, el odio discriminatorio) que *añadiera* desvalor a una culpabilidad que ya era "completa" antes de entrar a valorar las motivaciones del autor.

Es preciso matizar que quizás no todos los motivos (especialmente, los motivos discriminatorios) sean excepciones a la situación de normalidad, manteniendo la idea de que todos ellos explican el hecho del autor. Algunos motivos puede que "distancien" al autor de su hecho, que "justifiquen o "disculpen" en algo su conducta típica atendiendo al contexto en el que fue realizada. Pero otros, como los motivos discriminatorios, puede que le impliquen de lleno en ese hecho. Orbitando en torno a la idea cuyo germen acabamos de exponer se encuentran dos hipótesis de solución a la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP, que a continuación analizaremos.

Partiendo de la tesis de MÜSSIG para distinguir homicidio y asesinato[745], arribaremos a la **primera hipótesis de solución**, conforme a la cual los motivos discriminatorios suponen un **mayor injusto objetivo**.

Sostiene básicamente MÜSSIG que, en un homicidio, la víctima, con su conducta previa, ha contribuido (ha "motivado") de alguna manera que el autor cometiera su delito. Sin embargo, el delito cometido por motivos discriminatorios tiene lugar con total independencia de la actitud de la víctima, y por ello son esta clase de motivos plenamente atribuibles al autor. Evidentemente, puesto que de odio discriminatorio hacia una condición personal estamos hablando, la víctima no habría *hecho* nada para contribuir a la comisión de un delito: simplemente habría *sido* negra, blanca, homosexual o judía. De ahí derivaría la mayor *gravedad* dogmática de los motivos discriminatorios, que habría que articular conforme a alguna categoría de nuestra Teoría del Delito.

Remitiéndonos ahora a la importante investigación de PERALTA y su progreso sobre el planteamiento de MÜSSIG[746], si los motivos se entienden sólo como índices de un reproche moral *añadido* (desde una perspectiva puramente retributiva, como la del Derecho penal de la actitud interna), como índices de peligrosidad del individuo (desde una lógica puramente preventivo-especial) o como elementos que implican un mayor desafío a la norma que los casos normales (desde la lógica de autores como GÜNTHER); un motivo "agravatorio" agravaría la pena por encima de lo que le corresponde al autor. Se estaría sancionando el motivo en sí mismo considerado, de forma independiente, como un *añadido* al desvalor derivado del injusto típico. No podrían por ello articularse en la categoría dogmática de culpabilidad.

Coherente con su planteamiento y con la noción que de la categoría dogmática de culpabilidad maneja, concluye PERALTA que los motivos reprochables

[745] MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, p. 129 y ss.
[746] PERALTA, *Motivos reprochables… op. cit.*, pp. 151-312.

afectan al injusto objetivo. Admitiendo este autor que los motivos no son lo que se está sancionando, sino su proyección en el hecho, se pregunta cómo puede ser que se reflejen esos motivos en el hecho, de forma que sea éste más grave, sin estar sancionando el pensamiento del autor. La solución propuesta, que parte de la precitada idea de MÜSSIG, es altamente sugestiva. Extrapolando sus conclusiones al artículo 22.4ª CP, podríamos decir que los motivos discriminatorios tienen la función heurística de *señalar* un hecho más grave debido a la ausencia de justificación de ese hecho. De esta manera, cuando la razón de un sujeto para cometer su delito ha sido el odio discriminatorio, nos encontraríamos con una falta total de justificación de su conducta. Por lo tanto, dado que nuestro ordenamiento no confiere a la motivación discriminatoria ningún valor atenuatorio, lo que sucede es que quien comete un delito concurriendo esta circunstancia agravante ha realizado hasta la mitad superior del marco punitivo todo lo que viene indicado en el tipo, pues su motivación no se reconoce como "justificante" por debajo del límite de la mitad superior.

De ahí que, para desarrollar su postura, PERALTA afirme que los motivos reprochables (entre los que se contarían los discriminatorios) funcionan como "causas de justificación a la inversa". Si el motivo del autor justifica en algo su conducta, se atenúa su responsabilidad. Si no existe justificación posible (porque la víctima no hizo nada para contribuir a la comisión del delito; *ad exemplum*, ser negro), no se atenúa por debajo de un límite. Como puede apreciarse, esta postura invierte el planteamiento clásico de análisis de la relevancia de las motivaciones. No se trataría de que los motivos discriminatorios agraven un hecho determinado, sino que su presencia *no atenúa* ese hecho. Así, lo que tradicionalmente consideraríamos un "hecho básico" (en el que no concurrieran motivos discriminatorios) pasaría a ser un hecho atenuado, pues implicaría la presencia de una causa de justificación parcial: el delito *no se cometió* por motivos discriminatorios.

Desde esta perspectiva, no se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas, sino que únicamente se contemplan como parte del hecho: como razón para la acción. La motivación real del autor es, en realidad, irrelevante. El papel del motivo es el de ser un epifenómeno de la ausencia de reducción de la gravedad objetiva del hecho. Cuando la motivación para la comisión de un delito ha sido el odio discriminatorio, el delito en cuestión es más grave, no por la motivación, sino por el *hecho* de que la víctima no hizo nada para contribuir a su comisión. Lo que implicaría que la agravación *ex* artículo 22.4ª CP fuera, por lo tanto, un *plus* de injusto objetivo: la conducta es más disvaliosa debido a esta mayor "injustificación" del hecho. Si se aplica esta circunstancia agravante, será porque el motivo discriminatorio *indica* la presencia de un hecho más grave, ya que la víctima no hizo nada para "contribuir" a la comisión del delito, más allá de revestir una determinada condición personal.

¿Cuál es la esencial diferencia entre este planteamiento y los tratados en el anterior epígrafe? Todos ellos concluyen que el artículo 22.4ª CP afecta al injusto objetivo. La propuesta de PERALTA afirma que cuando el artículo 22.4ª CP menciona los "*motivos*" del autor, en realidad lo hace como un indicador de una situación fáctica objetiva. Lo que indican los motivos discriminatorios es que, cuando alguien comete por ellos un delito, no tiene justificación alguna para haberlo hecho. Por eso se le impondrá la pena en la mitad superior del marco punitivo del delito que se trate: su hecho es más grave, y así lo indica el motivo. Puesto que no se sanciona el motivo, sino el hecho, comparte el planteamiento de PERALTA las ventajas de los expuestos en el anterior epígrafe: no se está sancionando la actitud interna real del autor, sino su hecho. Este hecho es más grave porque la víctima no contribuyó en modo alguno a su comisión: no hay justificación "motivacional" objetiva posible para esa conducta. Pero las diferencias que afloran de esta interpretación de la postura de PERALTA, respecto de otros planteamientos relativos al artículo 22.4ª CP como "plus de injusto objetivo", salvan muchos de los inconvenientes que en el anterior epígrafe reseñábamos. Destacaremos dos cuestiones clave:

1º. No se trata de que, cuando se aplique el artículo 22.4ª CP, se esté infringiendo una norma adicional a aquella cuya infracción está sancionando el delito al que se aplica. Si a un delito de daños se le aplica esta circunstancia agravante, la única norma infringida – a efectos jurídico-penalmente relevantes - será aquélla que prohíbe causar daños en propiedad ajena. El *único* injusto objetivo será el determinado por la comisión del delito de daños. Lo que ocurre es que el ordenamiento no admitiría como justificación para ese delito el motivo discriminatorio, de ahí que no exista atenuación de ese injusto; o, concretamente a efectos del artículo 22.4ª CP, que esa razón para cometer el delito no pueda atenuar por debajo de la mitad del marco punitivo previsto para ese injusto. No se añade otro desvalor por un injusto ajeno al correspondiente por el delito en cuestión, sino que no se atenúa por debajo de la mitad inferior del marco punitivo previsto para ese delito la pena a imponer. Existe un único injusto – el del delito cometido por motivos discriminatorios – más grave que el del "tipo atenuado" – un delito cometido por motivos no abyectos -. La situación fáctica objetiva que aquí los motivos *indican* no es la consistente en la vulneración de una norma adicional, por los efectos sobre la víctima o un colectivo asociado a ella: no se trata de una "técnica de tipificación" mediante la cual el Legislador se refiera, con la mención a los "*motivos*", a unos *efectos* vinculados a situaciones objetivas subyacentes. Los "*motivos*" son *motivos*, pero indican la gravedad objetiva de la situación. Esta situación fáctica "indicada" es la que explica la proyección de los motivos sobre el hecho típico (haciéndolo objetivamente más grave). Es la que explica la proyección de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios sobre el delito que ya se sancionaría aunque no concurriera el artículo 22.4ª CP.

2º. Evidentemente, no se está sancionando al sujeto por encima de lo que le corresponde: no hay erosión del principio de culpabilidad. Si se sanciona más gravemente al condenado conforme al artículo 22.4ª CP es porque su injusto típico era objetivamente más grave. No se está sancionado su pensamiento, sino

la situación fáctica objetiva que dicho motivo indica. Aunque esto podría parecer un punto de conexión con las posturas analizadas en el anterior epígrafe, en el sentido de que lo que se sanciona no es el motivo sino la situación fáctica subyacente cuya existencia dicho motivo indica, hay un punto de divergencia esencial. Aquí sí se atiende a la motivación del autor para aplicar la agravante: hay que probar que actuó por motivos discriminatorios para poder afirmar que existía esa situación. Podría decirse que lo que se sanciona es la perturbación del ordenamiento liberal-democrático que ese motivo discriminatorio ha producido en la mente de los demás conciudadanos, con independencia de los efectos reales o potenciales que haya podido suponer para la víctima o un colectivo: para ello hay que probar que el odio discriminatorio fue la razón para cometer el delito, lo cual excluirá cualquier "contribución" de la víctima a la producción de ese hecho. El autor del delito se habrá apartado de forma flagrante (habida cuenta de que el principio de igualdad vertebra nuestro ordenamiento) de los motivos que nuestro Derecho admite como justificantes para actuar, de modo que su injusto típico será más grave.

Esta propuesta es ciertamente acorde con el principio de culpabilidad, y también con el fundamento aquí propuesto para el artículo 22.4ª CP: se sanciona el hecho, no los motivos; pero los motivos discriminatorios han de ser probados para determinar la pena que corresponde imponer al sujeto concreto que va a padecerla. Al proyectarse en el hecho típico – que es lo que realmente se sanciona – los motivos modulan la pena hasta un determinado punto. Pero no es esta necesariamente la solución definitiva al dilema de la naturaleza jurídica del precepto. Como aspecto negativo, podría aducirse que el planteamiento de PERALTA conlleva, a efectos sistemáticos, la consagración de una categoría dogmática "expansiva" de injusto. Parece que habría que reconducir todas las circunstancias modificativas que hablan de motivos a la categoría de la antijuridicidad; vaciando de contenido la de culpabilidad. Puesto que no pretendemos proponer aquí una noción inequívoca de lo que debe ser considerado injusto o culpabilidad, todavía podríamos volver sobre

nuestros pasos y preguntarnos: ¿necesariamente ha de consagrarse un Derecho penal de la actitud interna para entender que afecta el artículo 22.4ª CP a la categoría dogmática de culpabilidad?

En efecto, *alternativamente*, podría existir una **segunda hipótesis de solución** interpretativa acerca de la naturaleza del artículo 22.4ª CP, como **afectación a la categoría de culpabilidad**, que no conllevaría la sanción del pensamiento ni supondría que se castigue de más a alguien que ya podía ser plenamente culpable. Aquí estamos tratando lo que formalmente es una *circunstancia agravante genérica*, conforme a las reglas de nuestro ordenamiento. Quiere esto decir que, en este caso, los motivos *no fundamentan pena* (no forman parte de los elementos de un tipo penal, ni suponen la entrada en un marco punitivo superior), sino que se toman en consideración para determinar, dentro del marco punitivo previsto por el delito en el que se proyectan, la pena a imponer al sujeto.

En nuestro caso, por lo tanto, no se está castigando una motivación aisladamente considerada[747]: se está castigando un hecho (el delito en cuestión que haya cometido el autor), sólo que se está tomando en cuenta la motivación del autor para graduar la pena conforme al marco punitivo ya previsto para ese hecho. La motivación se tiene así en cuenta sólo como parte del contexto en el que el hecho se desarrolla. No se están *sancionando* las motivaciones. Lo que se sanciona es el hecho típico, definido por el marco punitivo previsto por el delito en cuestión. Las motivaciones entran después en escena, proyectándose en el hecho, con el fin de determinar, en el caso del artículo 22.4ª CP, si dentro de ese marco debe imponerse la pena en su mitad superior o no.

PERALTA, como acabamos de ver, argumenta que nos encontramos ante un mayor injusto objetivo. Pero si asumimos otro planteamiento, en la línea de una

[747] Sin ánimo reiterativo, *vid. supra*, Primera Parte, Capítulo III.3 y Segunda Parte, Capítulo I.1.

propuesta apuntada por PEÑARANDA[748] y que parte de similares premisas, podríamos afirmar que las motivaciones pueden ser tomadas en consideración a efectos de la categoría dogmática de culpabilidad. Como punto de partida, debemos asumir un particular entendimiento de esta categoría dogmática. La primera cuestión sería admitir que la culpabilidad no sólo abarca la imputabilidad *stricto sensu* del sujeto, sino que tiene varios estratos. El primero sería la imputabilidad, el segundo el conocimiento de la antijuridicidad (la intensidad de la relación subjetiva del autor con su hecho) y el tercero el contexto en el que se cometió el hecho. Los motivos pertenecerían a ese tercer estrato: son un indicio del grado de implicación personal en la situación. La invocación de determinados motivos (por ejemplo: "pegué a ese sujeto porque me dio mucho miedo al mostrarme su arma") denotarán que el contexto en el que cometió el delito le fue – al menos, en cierta medida - impuesto al autor. La invocación de otros motivos ("le pegué porque era negro") demostrará que el contexto *pertenece* completamente al autor, que le era plenamente atribuible. De esta manera, el motivo puede distanciar o hacer más estrecha la relación del sujeto concreto con el hecho típico y antijurídico cometido. Los motivos discriminatorios no funcionarían como *excepciones* a la normalidad, sino como *condiciones para que pueda abrirse paso la imputación completa del injusto por el delito cometido*. Por lo tanto, *no se trata de que las motivaciones añadan desvalor al hecho, sino de que permiten que el desvalor por el hecho se impute hasta un determinado punto.* En ese punto, será imponible al autor la pena correspondiente al desvalor culpable de su hecho, por lo que el artículo 22.4ª CP habrá servido para justificar esa pena, aunque en sí misma la motivación discriminatoria no se esté sancionando aisladamente. La principal diferencia entre el planteamiento de PERALTA y el que deriva de la óptica de PEÑARANDA es, pues, que los motivos discriminatorios no implicarían ya que no haya "justificación" para el hecho, sino que no hay *disculpa* posible[749].

[748] PEÑARANDA RAMOS, *Estudios sobre la distinción homicidio-asesinato*, 2006, *passim* y p. 267 y ss.
[749] Esto no excluye que pueda haber una culpabilidad reducida por otras causas, como por ejemplo una disminución de la imputabilidad.

A continuación desarrollaremos esta noción de culpabilidad como categoría dogmática, para lo cual es preciso atender a algunas premisas. Un Estado liberal-democrático no puede imponer a sus ciudadanos ninguna convicción determinada, y en consecuencia pueden pensar y tener las motivaciones que quieran. Un sujeto puede, por ejemplo, creer que la vida humana no tiene ningún valor y que sería preferible que la raza humana desapareciera de la faz de la Tierra: el Estado le deja *creer* libremente algo así, pero en contrapartida le exige que se *comporte* conforme a Derecho y no se dedique a matar a sus semejantes. A veces, los ciudadanos no se comportarán conforme a Derecho y cometerán un hecho que contravenga las normas penales del ordenamiento. Estaremos entonces ante un hecho típico y antijurídico. A la hora de exigir responsabilidad al sujeto concreto que padecerá la pena por la comisión de ese hecho típico y antijurídico, el Estado atenderá, entre otras cosas, a su motivación para cometer el delito, en tanto que explicación de su hecho.

Llegados a este punto, conviene retomar el ejemplo acuñado por MIR PUIG y adaptado a la propuesta de PEÑARANDA[750], consistente en que la culpabilidad es un tamiz que filtra el desvalor del injusto, de forma que lo que queda filtrado es el injusto culpable por el que responderá el sujeto concreto. Aparentemente, este ejemplo impediría admitir que existan circunstancias agravantes que afecten a la categoría de culpabilidad: si la culpabilidad *filtra*, es imposible que sea mayor la responsabilidad penal del sujeto *después* de ser filtrada. Los motivos podrían filtrar el desvalor por el injusto, reduciendo la pena que finalmente padecería el autor, pero un instrumento que filtra no puede aumentar lo que está filtrando. De aquí podría extraerse que los motivos discriminatorios no podrían afectar a la culpabilidad; conclusión que se nos antoja un tanto apresurada. Puede ser que las mallas del tamiz tengan unos huecos de tales dimensiones que no retengan desvalor en ellas al filtrar: que *todo* el desvalor caiga al fondo del tamiz al ser filtrado. Mantengamos el ejemplo: un sujeto ha cometido un hecho típico y antijurídico, y el desvalor por

[750] PEÑARANDA RAMOS, *ibidem*.

su injusto se filtra por un tamiz (la culpabilidad) para determinar la pena por la que habrá de responder. Si el motivo del sujeto para cometer un homicidio fue que "unas voces alienígenas se lo ordenaron", el tamiz no permitirá que caiga nada; el sujeto era inimputable y no responderá penalmente. Sin embargo, si cometió el delito por motivos discriminatorios, su injusto se filtrará íntegramente e "intacto" a través del tamiz. No se trata de que el tamiz haya aumentado el desvalor del injusto. No existirá una mayor responsabilidad penal derivada de una culpabilidad que se añade al desvalor por el injusto. Lo que sucede es que, al tratarse de un motivo inaceptable para el ordenamiento, no se tiene en cuenta y se le atribuye al sujeto todo el injusto. El tamiz no llega a filtrar porque si concurre el artículo 22.4ª CP, el tamaño de los huecos de la malla es de tales dimensiones que dejan pasarlo todo.

Supongamos que la norma penal se puede expresar como una oración emitida por el Estado, del estilo "no mates" (siguiendo con el ejemplo del homicidio). El delito traducido en otra oración, esta vez del autor, sería "yo he matado aunque el Estado me dijera que no lo hiciera". Es más: puesto que el artículo 22.4ª CP se aplicará sólo a delitos dolosos, lo que el autor ha afirmado es "yo he matado porque conmigo no rige la prohibición de matar". Detengámonos ahora en el motivo que invoque el autor para explicar por qué mató (o por qué "no iba con él" la prohibición de matar), a pesar de que el Estado le había dicho que no lo hiciera. Pudiera ser que el autor complementara su oración de la siguiente manera: "conmigo no regía la prohibición de matar, porque si no lo hubiera hecho, me hubieran matado a mí y a mi familia". Ese motivo denota un contexto excepcional que el Estado puede entrar a valorar como un filtro del injusto, reduciendo la responsabilidad del sujeto. Por el contrario, supongamos que el discurso del sujeto es el siguiente: "yo puedo matar a cualquier sujeto que no comparta mis condiciones personales, a todo el que piense distinto, a todo el que tenga otro color de piel; por eso no regía conmigo la prohibición de matar". Ese motivo es nulo a efectos de operar como filtro del injusto: un Estado como el nuestro no puede siquiera entrar a valorar ese tipo de explicaciones en

tanto que disculpas por haber infringido la norma. Por eso, el motivo discriminatorio del artículo 22.4ª CP se tiene por no puesto. Es una malla con unos huecos de descomunales dimensiones: a través del tamiz, caerá todo el injusto sin que se haya podido filtrar efectivamente nada. Si el Estado hubiera podido entrar a valorar el motivo del autor, podría haberse filtrado el desvalor por el injusto, por ejemplo resultando una pena necesariamente situada en la mitad inferior del marco punitivo previsto por el delito. Como los motivos discriminatorios son nulos a estos efectos, el tamiz no filtra nada y la pena necesariamente se impondrá en la mitad superior del marco.

Desde este planteamiento, aunque entendiéramos que el artículo 22.4ª CP afecta a la culpabilidad, no se estaría añadiendo al desvalor del injusto una sanción *ex novo* por un adicional desvalor que derivaría de la concurrencia de la circunstancia agravante. Así entendida la categoría dogmática de la culpabilidad, el artículo 22.4ª CP no hace "más culpable" a quien ya es plenamente culpablemente. En ningún caso puede el artículo 22.4ª CP hacer al sujeto "más culpable" de lo que potencialmente, conforme al límite máximo del marco punitivo del delito que hubiera cometido, podía ser.

Por lo tanto, sí puede ser conforme a nuestra Teoría del Delito entender que el artículo 22.4ª CP afecta a la categoría de culpabilidad, sin que ello suponga estar sancionando el pensamiento: lo que se sanciona es el hecho típico, que tiene una pena prevista con un máximo que no puede, en ningún caso, ser superado por la concurrencia de esta motivación. La motivación discriminatoria no se sanciona en sí misma como un desvalor añadido, sino que se tiene en cuenta *proyectada en el hecho*, en tanto que motivo nulo para poder filtrar el desvalor del injusto típico.[751]

[751] Evidentemente, a partir de aquí y a efectos del *principio* de culpabilidad, si se entendiera que es preciso dotar de un especial contenido material a la categoría dogmática de culpabilidad, puede afirmarse que el hecho de que los motivos discriminatorios sean nulos responde, conforme al fundamento de la institución jurídica objeto de nuestro análisis, a que esta motivación niega el principio de igualdad entre todos los ciudadanos de un Estado liberal-democrático, sea cual sea su condición personal. Para ir más allá, podríamos recurrir

A la vista de estas dos hipótesis de solución, concluiremos este apartado proponiendo una **premisa interpretativa para determinar la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP**.

Para lo que aquí nos interesa, hemos visto que es posible *traducir* el fundamento propuesto para el artículo 22.4ª CP, conforme a la Teoría de Justicia, a nuestra Teoría del Delito. Es posible ubicar su incidencia tanto en la categoría dogmática de antijuridicidad como en la de culpabilidad. Se trata de dos opciones alternativas; decantarse por una u otra dependerá de las nociones de culpabilidad e injusto que el operador jurídico maneje. Pero lo que resulta esencial es que, para ambas, lo que se sanciona siempre es el hecho típico, el delito en cuestión de que se trate. El odio discriminatorio se toma sólo en consideración proyectado en el hecho, pero no es en sí misma la motivación lo que se sanciona. Como lo que se sanciona es el hecho típico cuya pena viene delimitada por el delito en cuestión, aunque haya que probar la motivación, se salvan, a un tiempo, el dilema de sancionar el pensamiento y los problemas de que se aplique una agravante "por motivos discriminatorios" a quien no actuó por tales motivos. Y, en definitiva, es plenamente asumible que, a través de alguna de estas dos maneras de entender su naturaleza dogmática (injusto objetivo o culpabilidad), el Derecho penal de la culpabilidad por el hecho confiera un papel a las motivaciones, en lugar de cerrar los ojos como si no existieran.

---

nuevamente al hecho de que la víctima no hizo nada para contribuir a la comisión del delito. Podría también afirmarse que ello obedece a la lógica de la ventaja indebida: el sujeto que actuó por motivos discriminatorios merece que su motivación se considere nula, ya que al obviar la vigencia del principio de igualdad, rector de las relaciones sociales en un Estado liberal democrático, obtendría de lo contrario una ventaja indebida frente a quienes padecen la pena habiendo respetado ese principio. Otra opción sería recurrir a que el motivo es nulo porque produjo un mayor daño social a efectos comunicativos: el sujeto no respetó el principio rector fundamental de la sociedad de la cual es miembro, en tanto que sujeto racional de la misma. O, *quizás*, pueda admitirse desde aproximaciones mixtas que ello obedece a un conjunto de razones preventivas y deontológicas. Sobre tendencias actuales en torno al principio de culpabilidad, me remito con carácter general FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución… op. cit., passim.*

Aunque no nos decantaremos necesariamente aquí por ninguna de las dos hipótesis, conviene clarificar la tesis que asumiremos en posteriores páginas. Con independencia de que se ubique la naturaleza jurídica del artículo 22.4ª CP en una u otra categoría dogmática, teniendo en cuenta el fundamento de esta institución jurídica y el necesario respeto a los principios de culpabilidad y legalidad, para que sea legítima su aplicación en nuestro Estado liberal-democrático deberán siempre respetarse las siguientes premisas a la hora de interpretar su naturaleza:

1º. El artículo 22.4ª CP determina la pena a imponer dentro del marco punitivo ya previsto por el delito: al ser una circunstancia agravante genérica, los motivos discriminatorios no fundamentan en sí mismos pena alguna.

2º. No se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas.

3º. Lo que se sanciona es el hecho típico, cuya pena viene delimitada por el marco punitivo del delito que se trate.

4º. A pesar de que no se están sancionando en sí mismos, se toman en consideración los motivos discriminatorios proyectados en el hecho, como explicación para su comisión.

5º. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes, ni potenciales o reales efectos, sino *motivos*, que es lo que menciona el precepto.

Cualquier planteamiento dogmático que respete estas premisas, será acorde con el que aquí se propone.

Capítulo III

Algunas interacciones.

1. Error, participación y RPPJ.

Si asumimos que el artículo 22.4ª CP, para su apreciación, exige atender a los *motivos* del autor (no a los *efectos* de su conducta), resta por tratar su interacción a distintos niveles. Comenzaremos analizando los problemas que pueden plantearse a efectos de error (artículo 14.2 CP).

La solución en estos casos se encuentra fuertemente vinculada a la naturaleza jurídica que se confiera al artículo 22.4ª CP. Ello explica la proliferación de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios al respecto. Sucintamente expuesto el problema por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, desde un planteamiento análogo al que aquí se sostiene:

> "*Aconsejamos también la introducción in fine de una cláusula al citado precepto que permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad etc concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta. Según la doctrina dominante, la circunstancia agravante prevista en el art. 22.4ª CP es de naturaleza subjetiva, ya que expresa un móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad (MIR PUIG, CEREZO MIR). Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Por esta razón, la circunstancia también debería ser aplicable cuando se lesiona a una mujer por estar casada con alguien de una determinada raza, o a un periodista o político por defender a minorías raciales, ideológicas, etc*[752] *o cuando se agrede a una persona pensando que es*

[752] Para articular la primera hipótesis existen varias opciones, sin necesidad de efectuar consideraciones de *lege ferenda*. Por ejemplo, entender que hablamos de odio discriminatorio por razón de ideología (pues el autor presupone que la mujer no es, por ejemplo, nazi o racista); o considerar que también es *víctima ex* artículo 22.4ª CP el marido de esa mujer (fue la raza negra de ese sujeto, en conexión con la raza blanca de la mujer, lo que motivó la comisión del delito). En ambos casos, se cumpliría el requisito legal de que la condición personal que origina el prejuicio sea *la de la víctima* (*vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo V *ab initio*), siendo en cualquier caso irrelevante que efectivamente la revistiera. En cuanto al ejemplo del político/periodista,

homosexual y luego resulta que no lo es. Sin embargo existen sentencias contradictorias al respecto que generan inseguridad jurídica. Así la STS 17/07/2002[753] *que confirma SAP Barcelona 13/03/2000 en la que se condena a un grupo de 6 jóvenes que se dirigen a zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente provocándole una fractura craneal, condena por delito del art. 147.1 cp con agravante art. 22.4 y el Tribunal Supremo tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea (igual sentido SAP La Coruña 19/04/07, SAP Bcn 3/11/06). Por contra la STS 145/2006, 23-11, F.J. 6º señala que "para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad"). En igual sentido SAP Cádiz 12/01/07, SAP BCN 17/02/2005, SAP Madrid 14/10/09 (Caso Palomino). A nuestro modo de ver el art. 22.4ª CP también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil (pertenencia a una determinada raza, homosexualidad, etc.) De modo análogo a lo que sucede, por ejemplo, en el art. 139.2ª CP con la circunstancia de precio, recompensa o promesa*[754]*, el legislador únicamente exige para su*

---

claramente podría vincularse aquí con un odio discriminatorio hacia sus creencias políticas o religiosas. De todos modos, no veo inconveniente (especialmente, para clarificar el fundamento del precepto) en adoptar la cláusula *in fine* sugerida por este representante del público Ministerio: la condición personal hacia la que se dirige el odio ha de ser *de la víctima*, pero es irrelevante que efectivamente concurra o no en ella una concreta variante de dicha condición, una vez padecido el delito y clarificados los hechos, ya que el artículo 22.4ª CP se refiere a *motivaciones*, no a *efectos* sobre un colectivo. Evidentemente, como señala ABEL SOUTO, "Política criminal… *op. cit*., p. 8, esta interpretación "*resuelve gran parte de los problemas hermenéuticos*" del precepto *desde fundamentos análogos al que aquí se sostiene*, pudiendo subsistir lagunas de punibilidad desde otros enfoques.

[753] En efecto, la STS nº 1341/2002, de 17 de julio, MP Joaquín Martín Canivell, parte de una lógica similar a la que aquí se sostiene: "*Cuando se aproximaban a la puerta de entrada del bar denominado "El Retiro" sito en dicha vía pública salían del local los clientes Eduardo J. L. a quien precedía a escasos metros Arturo Pablo C., momento en que el acusado Didac S. A. espetó "esto está lleno de maricones" lo que motivó que aquel primero al oírlo se dirigiese a él y le preguntase si tenía algo contra ellos, a lo que el mencionado acusado respondió "me dan asco", siendo que en dicho instante Eduardo J. se giró a recoger un folleto del suelo aprovechando el repetido acusado, presumiendo su condición de homosexual y con decidido propósito de menoscabar su integridad física, para asestarle un fuerte golpe en la espalda lo que determinó que cayera al suelo, sumándose de inmediato el acusado Daniel Juan P. W. y el menor José V. H., así como al menos uno más de los acusados que no queda determinado, quienes con igual propósito, le propinaron toda suerte de golpes y patadas incesantemente cuando se hallaba en el suelo sangrando abundantemente.* […] *Dice el recurrente que no debió aplicarse la agravante de comisión del delito por motivos relacionados con la orientación de la víctima toda vez que no se ha probado la homosexualidad del lesionado ni le fue atribuido tal carácter, añadiendo que esa agravación refleja una sobreprotección de algunos sectores sociales* […] *ha de señalarse que los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo.*"

[754] Sobre esta cuestión, PEÑARANDA RAMOS, "Asesinato", MOLINA FERNÁNDEZ (coord..), *Memento Práctico Penal 2011*, 2010, pp. 628-629: "*no es necesario que el autor haya llegado a obtener efectivamente la contraprestación (económica o de otro carácter, si esto último se admite en algún caso)*

aplicación que el sujeto activo del delito actúe impulsado "por" los motivos descritos en el precepto, sin exigir expresamente, como requisito ulterior, la concurrencia efectiva del objeto del móvil.[755] *Las contradictorias sentencias detectadas, no sólo en el Tribunal Supremo sino también en las Audiencias Provinciales, exigen a nuestro modo de ver una reforma del art. 22.4 del código penal que despeje las dudas interpretativas a nivel doctrinal y jurisprudencial, debiéndose añadir in fine, una cláusula "con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta". Esta fórmula ha sido adoptada en Estados Unidos a través de la "Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio'' aprobada por el Congreso en fecha 22/10/2009 y ratificada por el presidente Barack Obama el 22/10/2009 y que describe el delito de odio como aquellos cometidos "por la, real o percibida, raza, color u origen nacional o por la, real o supuesta, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad."*[756]

Desde nuestro planteamiento, si consideramos que lo determinante para aplicar la agravante son las motivaciones del autor, las características de la víctima y con ello el error devienen irrelevantes. Lo que aquí interesa, puesto que se atiende a motivos y no a efectos discriminatorios, no es que concurran esas cualidades en la víctima. Si el autor ha cometido el delito por odio discriminatorio hacia una condición personal, se aplicará la agravante aunque su víctima concreta finalmente no revistiera esa condición y él creyera lo contrario.[757] Si un sujeto comete un delito por motivos discriminatorios hacia una orientación sexual (supongamos que se trata de un homófobo que cree haber matado a un *gay*), y finalmente se descubre que la víctima no era homosexual, no cambia el hecho de que cometió el delito motivado por su odio discriminatorio hacia la orientación sexual de su víctima. Lo esencial no es aquí que el odio vaya dirigido a la homosexualidad o a la heterosexualidad, sino a la condición personal "orientación sexual" que todos tenemos, que conforma nuestra identidad personal y que se encuentra vinculada al principio de igualdad absoluto. Así, se evitan situaciones perversas de victimización

---

por el hecho realizado, ya que la mayor medida de la pena no se justifica por la compensación de las ventajas obtenidas […] *también puede ser apreciada, por tanto, cuando el autor mata por error a una persona distinta de aquella que había sido designada por quien le hizo el encargo*".

[755] *Vid*. una interpretación en paralelo de estas dos circunstancias agravantes en LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código…, *op. cit*., pp. 276-277.

[756] *Vid*. Memoria 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio y Discriminación de Barcelona, pp. 73-74.

[757] BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación… op. cit*., p. 67.

secundaria en las que se exigiría que la víctima acreditara su homosexualidad con el fin de excluir ese error del autor, lo cual se nos antoja inaceptable[758].

Del mismo modo, desde el momento en que asumimos que se toman en consideración los *motivos* y no los *efectos* de la conducta, hay que convenir en que el artículo 22.4ª CP es "*circunstancia personal en el sentido del artículo 65.1 y, por tanto, incomunicable*".[759] Es decir, para que al partícipe (o a un coautor) se le aplique la agravante, la cuestión radicará en dilucidar si *su* hecho lo cometió motivado por odio discriminatorio, con independencia de que concurriera esa motivación en el autor material del delito[760]. En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 29ª, nº 53/2010, de 30 junio, MP Marta Pereira Penedo (confirmada por la STS, Sala 2ª, nº 815/2011, de 11 de julio), apreció la concurrencia de la circunstancia agravante respecto de dos inductores. No se estimó la concurrencia de la agravante en el autor[761] pues, a pesar de que su "tribu urbana" estaba ideológicamente enfrentada a la de su víctima (un joven *punk* anarquista), parece que no fue su motivación el odio discriminatorio, sino más bien la necesidad de aceptación por parte del grupo al que acababa de unirse.[762]

---

[758] *Vid.*, *supra*, Segunda Parte, Capítulo III.1.

[759] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, p. 139. En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas", ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, p. 1321.

[760] De forma inequívoca, sigue esta senda la nueva circunstancia 21ª del Código Penal chileno: "*21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.*" A la vista de esa distinción entre "cometer" y "participar", conviene recalcar que nuestro artículo 22.4ª CP se refiere a "*cometer*" el delito por motivos discriminatorios, de modo que podría plantearse si sólo es el autor quien "comete" el delito, o si también los partícipes "cometen" el delito que el autor "ejecuta". Como señala PEÑARANDA RAMOS, *Estudios… op. cit.*, p. 158; el hecho de que la circunstancia de precio, recompensa o promesa aluda ahora a la "ejecución del hecho", debería llevarnos a concluir que el artículo 22.4ª CP es compatible con conductas ejecutivas de autoría del delito, pero también con otras de mera participación.

[761] Al margen de que se trataba de un menor de edad, por lo que su apreciación hubiera tenido consecuencias distintas a las de agravar su "pena". La estimación de la concurrencia del artículo 22.4ª CP en la conducta de un menor conllevaría otras consecuencias, pues podría influir a la hora de valorar su personalidad, peligrosidad, o la clase de medida a imponer. *Vid. supra*, Primera Parte, Capítulo III.4, *in fine.*

[762] Se trató de un interesante supuesto de exceso del inducido (los dos inductores propusieron un pinchazo en las nalgas y el autor material decidió asestar una puñalada en el corazón), siendo éste condenado (Sentencia de 21 de abril de 2006 del Juzgado de Menores nº 5 de

Concluiremos este epígrafe reseñando que la naturaleza jurídica que pretenda conferírsele al artículo 22.4ª CP también puede tener consecuencias en el ámbito de la RPPJ, atendiendo a los claroscuros de su aún reciente regulación en nuestro ordenamiento[763]. El dilema de partida consistiría en determinar si a una persona jurídica pueden aplicársele circunstancias agravantes.

Conforme al artículo 31 bis.3 CP, las circunstancias que agraven la responsabilidad penal de la persona física no son transmisibles a la persona jurídica. Así, aunque a alguno de sus miembros, en tanto que personas físicas, les fuera de aplicación el artículo 22.4ª CP, no podría aplicársele en ningún caso a la persona jurídica esta circunstancia agravante. Para aplicar una circunstancia agravante a una persona jurídica debe concurrir la misma *en la persona jurídica*. No resulta imposible imaginar teóricamente la concurrencia de algunas, como la de obrar con abuso de confianza. Así, la pregunta que aquí plantearemos parte del siguiente escenario: si una persona jurídica estuviera organizada criminalmente como un "pésimo ciudadano corporativo", de forma que su principal finalidad y razón de ser fuera que sus miembros cometieran crímenes de odio; ¿podría serle de aplicación el artículo 22.4ª CP?

Para empezar, nos encontramos con el escollo de que no está prevista expresamente la aplicación del artículo 22.4ª CP a personas jurídicas. El artículo 66 bis CP contempla la reincidencia o el carácter instrumental de la persona jurídica como supuestos de agravación pero, desde luego, no hace lo propio con el hecho de que obrase por motivos discriminatorios. Así, al no estar expresamente prevista esta circunstancia agravante *para la persona jurídica*, y

---

Madrid) como autor de una tentativa de homicidio, sin mención a la motivación discriminatoria. Conviene recordar, a este respecto, lo que la Audiencia Provincial afirmó sobre las motivaciones del autor: "[los inductores] *quieren agredir a una persona y ocultar su identidad, para lo cual se esconden y, en su lugar, mandan ejecutar el hecho a un menor de edad, menor que a la vista de los informes periciales obrantes en autos y dado el grupo al que pertenecía, era evidente que iba a actuar siguiendo el mandato conferido, que sobrepasó con creces, con la intención de obtener la aprobación de los mayores del grupo.*"

[763] Esencial BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2012, pp. 43 y 240.

estar sin embargo previstas otras circunstancias de agravación de la RPPJ, la posible operatividad de los principios de legalidad y de taxatividad excluiría la aplicación del artículo 22.4ª CP en estos casos. No obstante, detengámonos en la literalidad del artículo 66 bis CP:

> "*En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:* […]".

El hecho de que exista una remisión expresa a reglas que se refieren a agravantes genéricas de la persona física y que dicha remisión sea cumulativa ("*así como*") a las agravantes expresamente previstas para la persona jurídica, puede plantear ciertas dudas. De hecho, el artículo 66 bis CP excluye expresamente en su remisión a las reglas del artículo 66 CP la regla 5ª, referida a la circunstancia agravante de reincidencia de la persona física. Por ello, podría llegar a interpretarse que el artículo 66 bis CP plantea una especialidad respecto de la circunstancia agravante de reincidencia de la persona jurídica y que crea *ex novo* la de "carácter instrumental", pero que mantiene la posibilidad de aplicación de todas las circunstancias agravantes genéricas de la persona física (excluida la del artículo 22.8ª CP, pero incluida la del artículo 22.4ª CP).

Nótese que el artículo 66 bis CP se remite a reglas de valoración como la del artículo 66.1.4ª CP, que parten de la posible concurrencia de más de dos circunstancias agravantes: es decir, más circunstancias que las dos que están expresamente previstas por el artículo 66 bis CP para la persona jurídica. Por otra parte, cierto es que el artículo 31 bis.4 CP especifica que "*sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes*" de la RPPJ las que allí se enumeran; pero en ningún lugar establece una limitación expresa que excluya, de las circunstancias agravantes de la RPPJ, las que enumera el artículo 22 CP para la persona física.

En definitiva: al margen de que la aplicación de circunstancias agravantes genéricas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede

cuestionarse desde el punto de vista de "la esencia" del Derecho penal[764], o de que la ausencia de previsión expresa puede generar dudas acerca de la plausibilidad de aceptar la agravación de la RPPJ por la vía de las circunstancias previstas por el artículo 22 CP, aún podría sostenerse la posibilidad de aplicar el artículo 22.4ª CP a una persona jurídica. Sin embargo, creo que la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante que aquí nos ocupa debiera despejar cualquier duda respecto de esta posibilidad.

Aunque el hecho atribuible a la persona jurídica pueda producir *efectos* discriminatorios, nunca podrá la persona jurídica actuar "*por motivos*" discriminatorios. El tenor literal de este precepto debiera excluir la posibilidad de agravar la RPPJ *ex* artículo 22.4ª CP. Una persona jurídica no puede tener móviles, *ergo* no puede justificarse la agravación de su responsabilidad conforme al fundamento ni a la naturaleza aquí propuestos. Ciertamente, podrá producir con su deficiente autorregulación *efectos* discriminatorios, pero no podrá hablarse de que actuó la persona jurídica por *motivos* discriminatorios. Por ello, a la vista de la literalidad del artículo 22.4ª CP, no podrá esta circunstancia ser aplicada a una persona jurídica. Conclusión acorde con las recomendaciones de la Decisión Marco 2008/913/JAI, que tras establecer en su artículo 4 que las *motivaciones* discriminatorias se tomen en consideración para agravar la pena de personas físicas, se refiere en sus artículos 5 y 6 a la RPPJ por crímenes de odio, excluyendo cualquier mención la posibilidad de agravación por las "motivaciones" de la persona jurídica.[765]

---

[764] *Ibidem*, pp. 171-172.

[765] En este sentido, el Anteproyecto de reforma del Código Penal de octubre de 2012, al transponer esta Decisión Marco, prevé la RPPJ para algún crimen de odio (artículo 510 ter: "*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.*"), pero en ningún momento plantea la aplicación a las personas jurídicas del artículo 22.4ª CP.

2. Compatibilidad general.

Nos encontramos en condiciones de analizar una serie de posibles interacciones con otras figuras de nuestro Código que también modulan la responsabilidad penal.[766] No efectuaremos un inabarcable análisis sobre todas y cada una de las situaciones que en la práctica pueden surgir cuando a un sujeto se le aplica la circunstancia agravante de odio discriminatorio, por lo que no nos detendremos de la misma manera en todas las figuras con las que puede llegar a interactuar.

Puesto que estamos analizando una circunstancia modificativa que confiere relevancia a un motivo a la hora de cometer el delito, parece que las interacciones más evidentes pueden plantearse con la circunstancia eximente (completa o incompleta) de miedo insuperable y con la atenuante de arrebato (artículos 20.6 y 21.3ª CP, respectivamente). No obstante, con el fin de clarificar alguna otra interacción de relevancia práctica, expondremos con carácter previo alguna reflexión general acerca de la compatibilidad del artículo 22.4ª CP.

Comenzando por las demás circunstancias agravantes, el artículo 22.4ª CP es compatible, en principio, con todas ellas[767]. El principal problema a efectos de

---

[766] La decisión sobre la naturaleza dogmática del artículo 22.4ª CP podrá conllevar importantes efectos sistemáticos en la interacción con otras figuras del ordenamiento, ya que por ejejmplo, como señala SILVA SÁNCHEZ, "La teoría de la determinación… *op. cit.*, p. 12: "*como FRISCH admite, cabe que los motivos del hecho (odio, venganza) agraven el injusto pero que, dadas las circunstancias, resulten comprensibles o, por determinados defectos de personalidad, sean menos evitables para el autor que para otras personas. Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado o incluso compensado en el ámbito de la culpabilidad*". Al margen de esta consideración general, centrándonos en las consecuencias a efectos de compensación del artículo 22.4ª CP con otras circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, quizás sea cierto que el enfoque del planteamiento no tenga tanto que ver con que afecte a la culpabilidad o a la antijuridicidad como con su carácter "subjetivo" (es decir, entender que hay que atender a motivos) u "objetivo" (*vid*. SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, 1995, pp. 55-85).

[767] *Vid*. CÓRDOBA RODA, "Comentario… *op. cit.*, p. 291, quien específicamente se detiene en la compatibilidad con la agravante de ensañamiento (artículo 22.5ª CP). Debemos añadir que, pese a esta compatibilidad, es posible que surjan problemas prácticos relativos a la identificación de situaciones, en las que el odio discriminatorio pueda no estar presente. Por ejemplo, con acierto indica RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, pp. 138-139: "*hay que señalar asimismo que la agravación no procede del desequilibrio de fuerzas entre los sujetos activo y pasivo ni en la mayor debilidad o desvalimiento de este último, lo que en su caso puede hacer entrar en juego la agravante de abuso de superioridad, sino de que el autor haya decidido en último término cometer*

compatibilidad surge respecto de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa (artículo 22.3ª CP), siempre que a ésta se le atribuya también un carácter subjetivo (referido al móvil del autor). Desde una concepción del artículo 22.4ª CP que sólo atienda a los *efectos* de la conducta del autor (y no a sus motivos), claramente serán compatibles: un atentado racista no deja de tener un efecto intimidante se cometa o no por precio. Si el motivo discriminatorio ha de ser el determinante para que se aplique el artículo 22.4ª CP, y estamos hablando de que el autor cometió el delito *por precio*, parece que no sería el odio discriminatorio lo que inspiró su conducta, sino el precio. Aunque sean genéricamente compatibles, en la práctica, será difícil apreciarlas conjuntamente.[768] Tendríamos que imaginar, por ejemplo, el caso de una recompensa ofrecida a aquél que mate a un dibujante que "faltó al respeto" a una religión con una caricatura. El sujeto que finalmente mata al dibujante actuó por precio (sin la recompensa no hubiera actuado), pero también por odio discriminatorio al "infiel" (no hubiera matado a quien considerara inocente por

---

el delito por la condición personal de la víctima (matar a un paciente de SIDA por serlo o a un minusválido por estimar que es una rémora para su familia y para la sociedad)". En similar sentido, recalca MUÑOZ CONDE, *Manual… op. cit.*, 2002, p. 491; que en el ensañamiento o el abuso de superioridad pueden ciertamente concurrir móviles discriminatorios. En cuanto a la circunstancia agravante genérica de alevosía, no podemos obviar que "*por algunos autores se alude a que dicha circunstancia revela la máxima perfidia o máxima abyección*", postura ésta que antaño fue tímidamente sugerida por el Tribunal Supremo (así, su sentencia de 21 de octubre de 1995, MP Luís Vivas Marzal: "*La alevosía, circunstancia agravante que, en mayor o menor medida, se caracteriza por las notas de traición, aseguramiento, cobardía y abyección*". Aquel pronunciamiento (un supuesto en el que una "*extraña pareja criminal, integrada por un cuasimodo u homúnculo, combinación de imperfección física y de represión sexual, y de un menor de edad penal, mixtura de atlético deportista y de tenorio que se creía irresistible para las mujeres, proyectó y planeó, cuidadosamente, abusar deshonestamente de la ofendida*"), no obstante, termina reconduciéndola a criterios objetivos de aseguramiento del resultado, lo cual no es incompatible con el artículo 22.4ª CP. Podría de todas formas plantearse que, si la alevosía castigara una motivación abyecta – puesto que el odio discriminatorio lo es -, quizás nos encontráramos ante una vulneración del principio *non bis in idem* de apreciar la concurrencia de ambas. La doctrina mayoritaria, en cualquier caso (*vid*. ARIAS EIBE, "La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial", *RECPC*, 2005, cit. pp. 14 y 29), partiendo de que el artículo 22.4ª CP afecta a la categoría dogmática de culpabilidad, estima que: "*Las agravantes de precio, recompensa o promesa, cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo u orientación sexual o enfermedad o minusvalía que padezca, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito y reincidencia son circunstancias que implican un aumento de la reprochabilidad al sujeto, lo que en absoluto resulta incompatible con la alevosía que tan sólo se refiere a una mayor gravedad de lo injusto.*" En la práctica, desde luego, se han aplicado ambas sin mayores problemas (así, la SAP de Madrid, nº 136/2011, de 29 de noviembre).

[768] *Vid*. DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas… *op. cit.*, p. 380.

mucho dinero que le hubieran ofrecido). Ahí sí podría plantearse la aplicación conjunta de ambas circunstancias. Las dudas a efectos de compatibilidad, en cualquier caso, surgen con mayor intensidad respecto de circunstancias eximentes o atenuantes.

Como punto de partida, nuestra jurisprudencia ha considerado que, para que pueda operar el artículo 22.4ª CP, el requisito indispensable es que el sujeto sea imputable. Si el autor es un completo demente, que no es capaz de comprender que las personas con distinto color de piel que la de la suya son seres humanos (que piense que son alienígenas, por ejemplo) debido a importantes alteraciones psíquicas, no podrá ser de aplicación el artículo 22.4ª CP: puede que se le exima incluso de toda responsabilidad penal. Así, como regla general, ha llegado a afirmar la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre que

> "*se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4 con las atenuantes, si bien en supuestos de perturbación psíquica o alteración emocional será necesario que se acredite que el acusado tuvo conciencia del móvil discriminatorio*".[769]

Esto no excluye que el artículo 22.4ª CP sea compatible con la eximente incompleta de embriaguez, ya que el odio discriminatorio, en tanto que atavismo, puede liberarse bajo el influjo de sustancias euforizantes y desinhibidoras[770]. Por lo tanto, con carácter general, no parecen existir problemas de compatibilidad con otras circunstancias modificativas, al margen de las dificultades relativas al arrebato o al miedo insuperable que veremos en el siguiente epígrafe. Sin embargo, la cuestión de la imputabilidad del sujeto puede dar lugar a algún otro problema relevante, en supuestos en los que el autor, sin ser un demente (esto es: comprendiendo que actúa por odio

---

[769] Cuestión ya apuntada por RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, pp. 138-139: "*Es compatible, en principio, con el resto de circunstancias agravantes. También con las circunstancias atenuantes, si bien, tratándose de atenuaciones que derivan del proceso de motivación del autor, deberá ponderarse si las perturbaciones en tal proceso convierten a los móviles discriminatorios en meras motivaciones inconscientes (CUERDA ARNAU)*"

[770] DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas… *op. cit.*, p. 380.

discriminatorio) viera limitada su capacidad de comprender el mundo que le rodea.

Lo que a continuación esbozaremos, por lo tanto, deriva de problemas ajenos al que aquí nos ocupa. Hemos asumido que el artículo 22.4ª CP se aplicará cuando alguien cometa un delito por motivos discriminatorios. Pero, en algunos supuestos en los que se haya cometido un delito por motivos discriminatorios, es posible que no se aplique el artículo 22.4ª CP, o que además se apliquen otras instituciones jurídicas, arribando finalmente a una exclusión o una atenuación de la responsabilidad penal del sujeto que actuó por motivos discriminatorios. Sin embargo, esas posibilidades nada tienen que ver con la naturaleza del artículo 22.4ª CP, sino que derivarán de cuestiones ajenas a la que nos ocupa (relativas, por ejemplo, a la imputabilidad del sujeto). Conviene, no obstante, detenernos brevemente en las más significativas.

En este sentido, pudiera ser que el sujeto que comete un delito motivado por su odio discriminatorio hacia una condición personal de su víctima hubiera sido socializado en condiciones tales de adoctrinamiento (pensemos en una dictadura totalitaria que incitara al odio racial contra determinada etnia) que le resultara prácticamente imposible rectificar su prejuicio cuando, ya adulto, se traslada a vivir a nuestro país. Si partiéramos de una teoría situacional de la acción como la propuesta por WIKSTRÖM[771], para que el autor de un delito pueda escoger entre alternativas de actuación (para que pueda *percibirlas*) resultará esencial tanto su habilidad para ejercitar el autocontrol como *la interacción de esta habilidad en un contexto social determinado*.

El reproche por el hecho cometido por motivos discriminatorios deriva de que el principio de igualdad vertebra el Estado liberal-democrático en el que ese sujeto ha cometido el delito. Partiendo de que era un ser maduro y racional que

[771] Con carácter general, *vid*. WIKSTRÖM, "Problemas centrales de la teoría criminológica", SERRANO MAÍLLO (ed.), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, 2008, pp.17-27.

sabía que se encontraba en nuestro ordenamiento al cometer el delito, parece que no podría alegar un error de prohibición del estilo "yo pensaba que podía cometer delitos contra quienes tienen un color de piel distinto al mío"[772]. Sin embargo, pudiera ser que ese sujeto concreto no *hubiera podido* en ningún momento socializarse conforme a valores liberal-democráticos, porque hasta instantes inmediatamente anteriores a la comisión de su delito no vivió en un contexto que se lo permitiera. Quizás podrían aquí interactuar junto con el artículo 22.4ª CP otras figuras, de forma que la pena que correspondiera imponerle se viera atenuada o, en raros supuestos, incluso excluida.

La posibilidad de atenuar la responsabilidad penal en estos casos nos exigiría ahondar en problemáticas ajenas a la que nos ocupa. Por ejemplo, en la de los *delitos culturalmente motivados*; esto es, aquellos delitos en los que el comportamiento del autor es aprobado por el grupo minoritario al que pertenece, pero considerado delictivo por el grupo mayoritario de la sociedad en la que se desenvuelve. Como señala DE MAGLIE, para que pueda hablarse de atenuaciones[773] en ese ámbito (ya fuere a través de una causa de exclusión de la punibilidad *de lege ferenda*, a efectos de individualización judicial de la pena[774] o quizás incluso por vía de indulto[775]), sería preciso que el sujeto perteneciera a

---

[772] En lo que respecta al error de prohibición (artículo 14.3 CP), a nuestros efectos tendría que ser entendido como un error sobre la "reprochabilidad del móvil": esto es, un sujeto que no fuera capaz de comprender la vigencia del principio de igualdad en el Estado en que se mueve, y que crea que actuar por motivos discriminatorios podría "justificar" su conducta (PERALTA, *Motivos reprochables… op. cit.*, pp. 306-307). Conforme a la doctrina mayoritaria *(vid.* OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, p. 121 y ss.), no es admisible que jurídicamente sea considerado relevante este error: el error de prohibición no debe operar atendiendo a la "conciencia o las convicciones" de los autores, sino a "una situación jurídicamente confusa desde un punto de vista objetivo". Vertebrando objetivamente el principio de igualdad nuestra sociedad liberal-democrática, difícilmente puede admitirse que sea confuso el fundamento del artículo 22.4ª CP.

[773] Igualmente, *vid.* MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, 2008, *passim* y p. 111 y ss.

[774] VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración… op. cit.*, p. 200 y ss.

[775] Esta posibilidad puede resultar discutible si partimos de que "*la gracia es contraria al espíritu de igualdad que anima a la sociedad moderna*", de forma que beneficiaría a los ricos y poderosos, como señalara LOMBROSO, *El delito… op. cit.*, pp. 485-486. Sería efectivamente irónico que se propusiera un fundamento para el artículo 22.4ª CP vinculado a la vigencia del principio de igualdad, y que luego a quien le hubiere sido de aplicación en su condena se viere beneficiado por un indulto gracias a una particular situación económica o posición social. Pero desde un correcto entendimiento del indulto, como instrumento para la realización última del objetivo de

un grupo étnico minoritario y que todos los miembros de ese grupo hubieran obrado igual que él debido a ese componente cultural[776]. Imaginemos al miembro de una secta islámica que se dedica a quitar la vida a todos aquellos que no comparten su religión: bien podría serle de aplicación el artículo 22.4ª CP. Sin embargo, podría ser al tiempo un delito culturalmente motivado en el sentido expuesto, de modo que pudiera plantearse una exclusión/atenuación de su responsabilidad: pueden darse supuestos en los que un delito cometido por odio discriminatorio sea, también, un delito culturalmente motivado. Para resolver de forma certera esa interacción, sería preciso despejar no sólo las dudas que se ciernen sobre el artículo 22.4ª CP, sino también sobre esa noción de delito culturalmente motivado, lo cual excede con creces el objeto del presente trabajo.

Por otra parte, quizás no sea la cultura del grupo étnico del individuo sino, de modo más amplio, la estructura en la que se desenvolvió con anterioridad a cometer el delito la que determinara su comportamiento discriminatorio. También podría plantearse en esas situaciones la atenuación de su responsabilidad penal, ya que aunque el motivo fuera probado, podría no serlo menos la "inexigibilidad" de otra conducta. Del mismo modo que podemos admitir que determinadas personas, con base en los famosos estudios citogenéticos de JACOBS, pudieran tener cierta propensión a la violencia por la duplicidad del cromosoma aportado por un progenitor, no puede obviarse como factor explicativo el psicológico o el socio-estructural.[777] Pensemos en un sujeto que, como el autor del conocido "caso Staschynskij"[778], por encargo del servicio secreto de su país abatiera a tiros a dos personalidades públicas. Como

Justicia allí donde la aplicación al caso concreto de la ley penal puede ser injusta, podría encontrar una función. Evidentemente, se trataría de supuestos muy excepcionales, sin que se proponga en modo alguno una concesión de indultos masiva para derogar, de *facto*, la vigencia del artículo 22.4ª CP y las importantes funciones que, precisamente desde la Teoría de Justicia, cumple (*vid*. sobre la problemática del indulto LINDE PANIAGUA, "El indulto como acto de administración de Justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias", *TyRC*, 2000, pp. 161-175).

[776] Sobre esta cuestión, ampliamente DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados… op. cit.*, *passim*, pp. 68-70, 89-99 y 174.

[777] HERRERO HERRERO, *Criminología… op. cit.*, p. 335 y ss.

[778] BGH, 19 de Octubre de 1962, Az. 9 StE 4/62.

teorizara ROXIN respecto de este ejemplo, "*no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica*"[779]. Quizás estaríamos entonces ante un delito cometido por motivos discriminatorios en el que procedería atenuar la responsabilidad del autor.[780]

Al margen de estas generales problemáticas que exceden nuestro objeto de estudio, como habíamos avanzado, una vez asumida la apriorística compatibilidad general del artículo 22.4ª CP, proseguiremos deteniéndonos en dos supuestos particulares.

[779] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 271.

[780] No obstante, creo que debe prevalecer el principio de que todo ser humano no demente es un ser maduro y racional, capaz de comprender las reglas de convivencia del ordenamiento en el que se desenvuelve (como, de hecho, las comprendía el propio Staschynskij). Desde luego, no se pretende enmascarar la existencia de cierta responsabilidad sistémica: la de la estructura social en la que el autor perfiló su actitud. Sin embargo, coincido con SILVA SÁNCHEZ, "¿Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural?", *InDret*, 2011, pp. 1-3, en que ello no implica que deba renunciarse a la responsabilidad individual. En efecto, es preciso extremar las cautelas cuando se habla de responsabilidad social o estructural por el delito. De otra forma, podríamos llegar a la aceptación del delito como un acto siempre *merecido* por sus víctimas. *Vid*. ampliamente ALLER, "La co-responsabilidad social por el delito", SERRANO MAÍLLO (ed.), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, 2008, pp. 231-272.

3. Arrebato discriminatorio y miedo insuperable.

No es una labor exenta de dificultad analizar la posible atenuación de la responsabilidad penal cuando el autor actúa guiado por una emoción, máxime atendiendo al "sistemático sinsentido" que caracteriza la regulación española al respecto[781]. Nos centraremos aquí en dos posibilidades de interactuación del artículo 22.4ª CP: con la circunstancia atenuante del artículo 21.3ª CP ("*obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*") y con la eximente, completa o incompleta, del artículo 20.6 CP ("*el que obre impulsado por miedo insuperable*").

Comenzaremos con una aproximación a la primera problemática: si el odio discriminatorio es capaz de producir arrebato, obcecación o un estado pasional semejante, la comisión de un delito por él motivado podría suponer *al mismo tiempo* la apreciación de una circunstancia agravante y de una atenuante[782].

Una opción para salvar este dilema sería partir de una determinada vinculación entre los motivos que agravan la responsabilidad penal y la idea de premeditación. Podríamos afirmar que el artículo 22.4ª CP nunca puede interactuar con el artículo 21.3ª CP: quien cometiera un delito por odio discriminatorio obraría siempre de forma fría, premeditada y deliberada. Sería tanto como admitir que "*el que mata por odio racial, por ejemplo, es quien no siente ningún tipo de compulsión interna que lo lleve a actuar de esa manera*". Sin embargo, lo cierto es que "*se puede matar impulsivamente por odio racial, religioso y por misoginia, homofobia, etc.*"[783]

---

[781] *Vid*. CANCIO MELIÁ, "Partial Defences Due to Loss of Control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law", REED/BOHLANDER, *Loss of Control and Disminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*, 2011, pp. 341-351.

[782] HURD/MOORE, "Punishing Hatred… *op. cit*., pp. 1081-1146 ya destacaban con incredulidad que una misma motivación (el odio) pueda a la vez agravar (por inspirar el *hate crime*) y atenuar (por ser irrefrenable) la responsabilidad penal.

[783] *Vid*. la reflexión sobre la vinculación entre premeditación y agravación por motivos reprochables propuesta por KÖHLER en PERALTA, *Motivos… op. cit*., cit. pp. 46 y 51.

De hecho, es habitual que, tras la comisión de un crimen de odio, el autor manifieste que "no sabía lo que hacía" y que no controlaba sus acciones[784]. En efecto, el componente mecanicista del odio puede operar hasta tal extremo que el sujeto pierda el control. *Ad exemplum*, podríamos reseñar la posibilidad del llamado *spillover effect*: un delito violento cometido en grupo e inspirado por odio discriminatorio puede derivar en una especie de trance adrenalínico. Una paradigmática muestra de ello acaeció en Massachussets: unos individuos iniciaron una oleada de destrucción de vehículos, realizando pintadas cargadas de odio prejuicioso en un barrio con residentes griegos ("Hitler vive", "joderos griegos", etc.). El caso es que destrozaron el coche de un conocido suyo, también *skinhead* neonazi, presas de su trance[785]. En el ámbito penal no es extraño afirmar que "*los autores actúan con frecuencia por pulsiones y motivos no controlados racionalmente*"[786] o que "*la motivación, dígase lo que se quiera, es una forma de esclavitud de la voluntad*".[787] Si el odio discriminatorio es una emoción que puede nublar el juicio del autor cuando comete su delito, parece que concurriría el absurdo de que atenuara su responsabilidad, además de agravarla.

No debería extrañarnos la hipótesis de que el odio pueda atenuar la responsabilidad penal, a pesar de tratarse de una emoción a la que se ha

---

[784] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes: Victimizing the Stigmatized", KELLY (ed.), *Bias Crimes: American Law Enforcement and Legal Responses*, 1993, p. 41.

[785] *Vid*. LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit.*, p. 24 y ss. Un ejemplo patrio nos lo proporciona el testimonio de un periodista infiltrado en un grupo de *skinheads* (SALAS, *Diario de un Skin. Un topo en el movimiento neonazi español*, 2003, pp. 11-14): "*El odio. Un odio nacional, absurdo e irrefrenable nos embargaba a todos. Nos envolvía, como un banco de espesa niebla. Nos impregnaba, como el olor del tabaco en la sala de espera de un paritorio. Se nos adhería a la piel, como el sudor en una sauna. No podías eludirlo. Te empapaba. Yo no entendía de dónde venía. No podía verlo, olerlo ni tocarlo. Pero estaba allí. Abrazándonos fuertemente y creciendo a medida que duraba la cacería. Aquel odio extraño y misterioso nos unía a todos los guerreros arios como el vínculo secreto de la hermandad. En aquella cacería como en todas las demás, lo único que teníamos en común aquellas docenas de jóvenes españoles eran nuestras cabezas rapadas, nuestra estética neonazi y aquel incomprensible brote de odio que sólo podíamos liberar golpeando, y apaleando a quien considerábamos «el enemigo 90». […] Así que, envuelto en aquel torbellino de adrenalina, me dejé llevar por la corriente y escuché mí propia voz, como la de un extraño, maldiciendo a la madre de nuestras víctimas, mientras tomaba una piedra de los jardines de la Castellana para apedrear a los coches navarros que salían del aparcamiento. Si no fuera porque mi cámara oculta grabó todo el episodio, a la mañana siguiente creería haber tenido una atroz pesadilla.*"

[786] DONINI, "Principios constitucionales… *op. cit.*, p. 86.

[787] DORADO MONTERO, *Nuevos derroteros… op. cit.*, p. 74 y ss.

atribuido a lo largo de la Historia un carácter negativo. El Código de Hammurabi contemplaba, no ya la atenuación, sino la exclusión de responsabilidad penal para un determinado supuesto, si el odio en la conducta de una mujer estaba "justificado" – esto es, si era evaluativamente correcto que deseara un mal a su marido -:

> "*Ley 142. Si una mujer toma odio a su marido y le dice: "Tú ya no me tendrás", una investigación será realizada en su distrito. Entonces, si (se averigua que) fue cuidadosa y no se le halla falta, (si) de otro lado su marido salió y la descuidó mucho, esa mujer no es culpable; (re)cogerá su dote y se irá a casa de su padre. Ley 143. Si no fue cuidadosa y, al contrario, fue callejera, (si) dilapidó su casa y humilló a su marido, esa mujer será arrojada al agua.*"[788]

Esta perspectiva de atenuaciones por odio no quedó recluida en la legislación de la antigua Babilonia, especialmente si consideramos que el destinatario de odio por antonomasia es "el enemigo". Así, el Fuero Viejo de Castilla ya preveía una atenuante para quien matara a su enemigo[789], mientras que el Fuero Real establecía nuevamente una "causa de justificación" para quien matara a su enemigo, que se mantuvo en la Novísima Recopilación. Hasta tiempos no tan lejanos, estuvo en vigor la siguiente ley en nuestro ordenamiento:

> "*Todo hombre que matare á otro á sabiendas, muera por ello, salvo si matare á su enemigo conoscido, ó* […] *en otra manera, que pueda mostrar que lo mató con derecho*".[790]

Era admisible, por lo tanto, que el odio, al ser una motivación (esto es, una explicación del autor para un hecho que contraviene la norma penal), atenuara la responsabilidad penal. Lo que ocurre es que, en todos estos supuestos históricos, se atendía de forma evidente al *componente evaluativo* de la emoción para que pudiera tener efectos atenuatorios. E idéntica valoración ha de tener el

---

[788] Aquí el odio tiene un componente evaluativo: sólo si se entiende que es "correcto" odiar al marido, se concede el divorcio (*vid*. comentarios a ambas Leyes en LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, 2008).

[789] Libro Segundo, Título I, Ley III: "*Qui matare suo enemigo, que deva seguir, pechará omecillo, mas non será enemigo*".

[790] Entre esas "causas de justificación" (que la Novísima Recopilación denomina "*casos en que se excusa* [de pena]") asimilables a matar al ser odiado se encontrarían la legítima defensa ("*defendiendose*") o situaciones que atentaban contra el honor del marido ("*dormiendo con su mujer*", "*yaciendo con su hija*", etc.). *Vid*. Fuero de las Leyes, Libro IV, Título XVII, Ley I; y Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXI, Ley I.

odio discriminatorio a nuestros efectos. Desde la concepción evaluativa de las emociones humanas que aquí mantenemos[791], no se aplicará la circunstancia atenuante de arrebato a quien actuó guiado por odio discriminatorio; pero no porque el sujeto en cuestión pudiera efectivamente controlar el componente mecanicista de su emoción. Sencillamente, porque al ser un prejuicio discriminatorio lo que inspiró su conducta, resulta irrelevante a efectos atenuatorios que se llegara a nublar su percepción en el momento mismo de comisión del delito.

El aparente humanismo de las concepciones mecanicistas de las emociones humanas puede dar lugar a valoraciones con una fuerte carga moralista a la hora de determinar cuándo un delito se produjo por arrebato. Así sigue sucediendo en algún caso de feminicidio por celos[792]. Lo que sucede al aplicar la circunstancia atenuante en estos casos es que se perpetúa una jerarquía de géneros a través de la atenuación de una determinada violencia. A la aplicación de la atenuante de arrebato en esos supuestos subyace la reafirmación de un determinado modelo de masculinidad, en el que el hombre podría actuar como si de una legítima defensa se tratara contra las "provocaciones" de las mujeres. Así, al final, la infidelidad de la mujer, su poco cuidado de la vivienda o su desatención de los hijos acaban siendo los factores clave analizados para aplicar la atenuante de arrebato.[793]

---

[791] *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo IV.3.

[792] Asumiendo la anglosajona tesis del "hombre razonable", es paradigmático el supuesto que dio origen a la STS nº 1048/2005, de 15 de septiembre, MP Siro Francisco García Pérez. Aunque el TS puso de manifiesto "*la enorme "culpabilidad" del hecho al ser éste una muestra característica de la llamada violencia de género y mostrar la ejecución de la muerte unas especiales crueldad y persistencia; con lo que resulta, además, en parte mitigada la extraordinaria benignidad con que se ha tratado el caso en la primera instancia*", mantuvo la apreciación de la atenuante de arrebato. Estos eran los hechos probados en la sentencia de instancia: "*El acusado tenía un carácter muy celoso. En la madrugada del día 23 de marzo de 2003 estaba alterado porque sabía que su mujer había salido con una amiga, Edurne, con la que el acusado mantenía gran enemistad al considerarla responsable de su separación dejando solos en casa a los niños menores. Cuando el acusado se las encontró en la calle, después de buscar a su ex mujer por los pubs de la localidad, le recriminó su actitud, respondiéndole ésta despectivamente. Todas estas circunstancias, unidas al hecho de que Alonso sorprendió a su marido cuando la esperaba en el portal de su domicilio produjeron en el acusado una ofuscación, limitando sus facultades de conocer, querer y controlar sus actos*".

[793] *Vid*. RAMOS VÁZQUEZ, "Provocación femenina, violencia masculina y la mitología del feminicidio pasional", *RADPP*, 2012, pp. 311-329.

La concepción evaluativa, además de sortear estos problemas, implica que el odio discriminatorio nunca podrá operar como factor de atenuación. Cuestión, por otra parte, acorde con la doctrina jurisprudencial que rechaza la posibilidad de apreciar la circunstancia atenuante de arrebato cuando el móvil del autor contravenga las normas de convivencia social[794], como lo hace el odio discriminatorio (por todas, STS, Sala 2ª, de 27 de mayo de 1991, MP Luis Román Puerta Luis):

> "*Por lo demás, hay que tener en cuenta que, según tiene declarado reiteradamente esta Sala, para la estimación de la atenuante de arrebato u obcecación, es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos: a) existencia de determinados estímulos potencialmente capaces de producir anomalías psíquicas en el sujeto activo de la dinámica delictiva; b) que tales anomalías tengan un contenido consistente en un estado de furor o cólera, de ofuscación o de turbación permanente, capaces de disminuir el intelecto o la voluntad de la persona; c) que las causas determinantes de los estímulos no han de ser repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social, es decir, que los móviles determinantes no ofrezcan carácter abyecto; e) relación de*

[794] En un sentido similar al que inspiraba el debate sobre los móviles legítimos para apreciar la legítima defensa de terceros, conforme a su regulación en nuestro ACP. La idea es que si el defensor actuaba con base en un móvil reprochable no podía apreciarse la legítima defensa. Es decir, que se exigiría que "*el sujeto no sea impulsado por aquellos motivos ilegítimos. Esto significa una exclusividad en los motivos que determinan al sujeto a obrar, no conciliable con otros que existirían normalmente cuando el defensor se percata de que la persona a quien odia está atacando injustamente a otro y se coloca del lado del agredido*" (*vid*. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 1974, p. 484 y ss). Al margen de esta criticada concepción, que privaría de ayuda a la víctima de una agresión real y no provocada debido a las emociones de su potencial defensor, sí parece que el odio discriminatorio podría haber excluido la apreciación de la eximente. Cuestión relacionada con la anterior es la que se planteó por la defensa del asesino de Isaac Rabin, ex Primer Ministro de Israel. Contextualizando los hechos, conforme a la tradición hebrea, quien presencia un *rodef* (esto es, a un sujeto que persigue a otro para matarlo) tiene la obligación de matar al agresor si, tras un aviso, no desiste del intento homicida. Yigal Amir consideraba que las decisiones políticas de Rabin, demasiado "permisivas" con los palestinos, estaban poniendo en peligro la existencia del pueblo judío y del Estado de Israel. Su defensa intentó excluir o atenuar su responsabilidad penal argumentando que su reinterpretación del *rodef* vendría a suponer una suerte de legítima defensa de terceros. Las motivaciones de Amir no eran tan extremistas como lo que apriorísticamente pudiéramos suponer: muchos judíos israelíes compartían su visión de las cosas. Sin embargo, lo cierto es que no concurrían los requisitos (paradigmáticamente, de necesidad y proporcionalidad) para entender que nos encontrábamos ante un supuesto de legítima defensa. De hecho, tampoco parece que fuera plausible su interpretación del *rodef* conforme a criterio talmúdico alguno, y fue condenado por asesinato a cadena perpetua. Lo interesante de este supuesto, como ha sido señalado, es que fue la motivación del autor (el odio discriminatorio por razón de ideología/religión) lo que determinó en última instancia que se considerara irrazonable su postura y no pudiera apreciarse esa *sui generis* legítima defensa de terceros. Sobre la interacción entre legítima defensa y odio discriminatorio en este supuesto, *vid*. ALEXANDER, "Religiously Motivated Murder… *op. cit*., pp. 1161-1208.

causalidad entre los estímulos y las anomalías psíquicas; y f) una razonable conexión temporal entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión -vid. sentencias de 11 de febrero de 1985, 10 de marzo de 1987, 4 de octubre de 1988 y 6 de abril de 1989, entre otras-."

Por lo tanto, si se asumen todos estos requisitos de la atenuante (especialmente, "*que las causas determinantes de los estímulos no han de ser repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social"*), la comisión del delito por odio discriminatorio no puede suponer, en ningún caso, la apreciación de la circunstancia atenuante de arrebato.

Un *problema distinto* sería que *concurrieran varias motivaciones*, una de ellas acorde con las normas de convivencia y que hubiera generado arrebato, y otra consistente en el odio discriminatorio. Si admitimos que el odio discriminatorio es una emoción compleja, parece sugerente afirmar que "*dejarse llevar por una emoción intensa en parte positiva y en parte negativa es menos grave que dejarse llevar por una emoción intensa doblemente negativa*"[795]. Pudiera plantearse en esos supuestos la concurrencia conjunta de las dos circunstancias modificativas, de forma que se excluiría la aplicación de la agravante (debido a las reglas de interacción de una circunstancia agravante y otra atenuante)[796].

Para dar respuesta a estos problemas, es preciso recordar que el artículo 22.4ª CP hace referencia a "*un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace*

[795] *Vid*. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones… op. cit.*, 2009, p. 37 y ss., cit. p. 151.

[796] Excede el objeto del presente analizar los mecanismos de compensación de agravantes y atenuantes en nuestro ordenamiento, conforme al artículo 66.1.7ª CP. Partimos aquí de la idea de que: "*Una sola atenuante tiene el mismo peso específico que una sola agravante, por lo que la presencia conjunta de ambas supone su anulación recíproca sin la persistencia de un fundamento cualificado ni de atenuación ni de agravación. En efecto, el efecto asociado normativamente a la concurrencia de una sola atenuante se materializa en la obligación de imponer la pena en la mitad inferior del marco legal (art. 66.1.1ª CP), mientras que el efecto asociado a la existencia de una sola agravante determina una pena en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP). Tanto una atenuante como una agravante tienen, entonces, la misma potestad cuantificadora, esto es, una eficacia modificatoria de M (la potestad de determinar el marco concreto en una mitad del marco legal), por lo que –en tanto tienen el mismo valor cuantificador- adquieren igual peso específico en la operación de compensación: se anulan recíprocamente sin que se verifique como saldo de la compensación ningún efecto modificatorio residual, ni atenuatorio ni agravatorio.*", *vid.* BESIO HERNÁNDEZ, "Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes", *InDret*, 2012, cit. p. 20.

referencia", de modo que para su apreciación será "*por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito*" (STS 1145/2006, de 23 de noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). Este criterio jurisprudencial, que ya apuntara la doctrina, implica en palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO que

> "*El móvil discriminatorio no tiene por qué ser el único, pero habrá de ser en todo caso el determinante, en el sentido de que el autor no hubiera finalmente cometido el delito si no fuese por la pertenencia de la víctima a una determinada ideología, etnia, raza, nación, sexo, etc.*"[797]

Esto significa que, si el odio discriminatorio no fue la *motivación determinante* para la comisión del delito, no se apreciará la circunstancia agravante. Obviamente, los procesos psíquicos motivacionales son complejos: si se ha probado que existía un motivo discriminatorio en la conducta del autor, será difícil determinar cuándo fue o no fue "determinante": apriorísticamente, habría que aplicar la circunstancia agravante porque la motivación discriminatoria *existía*. Lo que ocurre es que, si además de esa motivación discriminatoria, se acredita la presencia de otra motivación que la norma socio-cultural de referencia puede llegar a admitir como "disculpa" del autor para su hecho (por ejemplo, agredir a alguien de otra ideología porque pensaba el autor que con ello defendía de inminentes agresiones a sus seres queridos), surgirán dudas acerca de cuál fue esa motivación "determinante": la que tiene efectos agravatorios o la que tiene efectos atenuatorios. En estos supuestos, existe la *posibilidad* de que nos encontremos ante un móvil alternativo al odio discriminatorio. Y si existen *dudas* acerca de cuál fue la motivación "determinante", implicando una de ellas consecuencias agravatorias y la otra consecuencias atenuatorias, el principio *in dubio pro reo* exigirá que se considere que la "determinante" fue esta última: sólo se aplicará la circunstancia atenuante.[798]

---

[797] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP"… *op. cit.*, pp. 138-139.
[798] *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 483.

Así las cosas, si la motivación del sujeto fue el odio discriminatorio, no podría aplicarse la atenuante de arrebato (porque su motivación contravendría las normas de convivencia social, conforme a la precitada línea jurisprudencial[799]). Si la motivación "determinante" del sujeto no fue el odio discriminatorio, sí podría apreciarse la atenuante de arrebato y no se aplicaría el artículo 22.4ª CP, porque existirían dudas (al entremezclarse motivaciones "agravatorias" y "atenuatorias") acerca de cuál fue el motivo para la comisión del delito. Por lo tanto, y a pesar de que en un particular pronunciamiento se admitiera su "compatibilidad gramatical" (STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre[800]), si se

---

[799] En esta línea, la SAP de Madrid, Sección 4ª, nº 136/2011, de 29 de noviembre, MP Javier Mariano Ballesteros Martín, en un supuesto en el que aplicó el artículo 22.4ª CP. Tras recordar que para apreciar arrebato "*la respuesta al estímulo no ha de ser repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia (STS nº 1301/2000, de 17 de julio y nº 209/2003 de 12 de febrero)*", concluía que la "*actuación del acusado difícilmente puede compadecerse con la aplicación de esta atenuante*" (si bien vinculaba también esta incompatibilidad a la existencia de premeditación).

[800] Así confirmó el TS la sentencia de instancia: "*Ahora bien su concurrencia no es gramaticalmente contradictoria con que el acusado actuase también por motivos ideológicos. Seria cuestión no de quebrantamiento de forma, art. 851.1, sino de compatibilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad, que debe encauzarse por la vía de infracción de Ley, art. 849.1 LECrim y en este sentido se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4, con las atenuantes*". Los hechos fueron los siguientes: "*El día 13 de marzo de 2004, sobre las 13 30 horas, Trinidad, que junto con su familia había acudido el día anterior a la manifestación celebrada en Pamplona, en repulsa a los atentados de Madrid del 11-M, bajó de su domicilio, sito en el n° , de Pamplona, dirigiéndose a la panadería-lechería contigua al portal de dicho edificio y que regentaba D. Jose Pedro, donde colocó un cartel-pegatina con la expresión «ETA-NO». D. Jose Pedro, miembro de la asociación «Gurasoak Lanean», al ver a Trinidad, siendo ambos conocidos, salió al exterior del establecimiento, para impedirle que pegara el cartel-pegatina, iniciándose una discusión entre ambos por dicho motivo.* […] *Trinidad, habida cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos (13 de marzo), dos días después del atentado de Madrid del 11-M y las convicciones de Trinidad de que todo el mundo relacionado con una determinada ideología estaba contra ella, tras haber mantenido la discusión con D. Jose Pedro, creó en el ámbito familiar un estado de sobreexcitación, con frases reiterativas, que «calentaron la cabeza» de su marido e hijo, especialmente en éste debido a la gran influencia que ejercía Trinidad, lo que incitó que tanto su marido como su hijo bajaran con la intención de matar a Jose Pedro, sin que Trinidad no sólo lo impidiera, sino que lo alentó.*" En la instancia (SAP de Navarra, Sección 2ª, nº 144/2005, de 8 de julio, MP Francisco José Goyena Salgado), el Jurado declaró probadas dos motivaciones concurrentes: el odio ideológico del autor y un sentimiento de protección hacia su madre: "*sufrió un estado de emoción súbita y de corta duración, de tal intensidad que, sin anular su capacidades cognitivas y volitivas, sin embargo, le llevó a cometer el hecho de clavar un cuchillo a la víctima, creyendo con ello proteger a su madre.*", "*dando lugar a la apreciación de la agravante 22.4 y la atenuante 21.3*". Esta misma resolución afirma que el artículo 22.4ª CP encuentra su fundamento en que los valores de "*tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social*": tratándose pues de un móvil repudiado "*por la norma socio-cultural que rige la convivencia social*", no parece que sea posible aplicar el arrebato, por mucho que sean "gramaticalmente compatibles" ambas circunstancias. De hecho, las consecuencias penológicas para el autor, condenado a la pena mínima por asesinato, indican que sólo se tomó en consideración la circunstancia atenuante: "*Respecto a Jesus Miguel, como autor de un delito de asesinato del art. 139.1 CP, visto el citado precepto y pena genérica que contempla, así como el art. 66. 7ª,*

acredita la concurrencia de dos motivaciones – odio discriminatorio y otra admitida por las reglas de convivencia social – sólo habrá de apreciarse la atenuante de arrebato.

Desde estos parámetros relativos a la concurrencia de varias motivaciones, podemos entrar ya a analizar las interacciones con la circunstancia eximente, completa o incompleta, de *miedo insuperable*; en supuestos en los que el autor actuara por odio discriminatorio. Evidentemente, la interacción de estas dos figuras dependerá de la naturaleza que quiera conferírsele al artículo 20.6º CP. No puede obviarse que jurisprudencialmente el artículo 20.6º CP se ha configurado de modo errático, vinculando la eximente en cualquier caso a la inexigibilidad de otro comportamiento[801]. Si partimos de la STS nº 1046/2011, de 6 de octubre, MP Alberto Jorge Barreiro, serían éstos los requisitos para apreciar su concurrencia:

> "*con respecto a la eximente completa de miedo insuperable tiene establecido esta Sala que deben concurrir los siguientes requisitos: a) la presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción*

---

dada la concurrencia de la agravante genérica de actuar por motivaciones Ideológicas, conjuntamente con la atenuante de arrebato y sin olvidar el coeficiente intelectual límite, que nos lleva a ponderar especialmente la atenuación de responsabilidad, procede imponer la pena de prisión de QUINCE AÑOS." Solución lógica, pues acreditada la concurrencia de dos motivos, el principio *in dubio pro reo* exigía que sólo se tomara en consideración el móvil no repudiado por las reglas de convivencia.

[801] Respecto de estos vaivenes jurisprudenciales, señalaba la STS nº 503/2008, de 17 de julio, MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (que acaba manteniendo una postura psicologicista): "*La jurisprudencia sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable reconoce que su naturaleza no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Pero quizá es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. Como se decía en la STS núm. 2067/2002, de 13 de diciembre, "La aplicación de la eximente incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (STS núm. 1095/2001, de 16 de julio)*".

(SSTS. 332/2000, de 24-2; 143/2007, de 22-2; y 172/2008, de 30-4).Y también ha incidido este Tribunal reiteradamente en que el sujeto que alega tal circunstancia debe acreditar que ha sido víctima de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, del común de los hombres, que se utiliza así de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. Y si bien para la apreciación de la eximente incompleta pueden faltar los requisitos de la insuperabilidad del miedo y el carácter inminente de la amenaza, lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva de la víctima (STS 783/2006, de 29-6; 1107/2010, de 10-12; y 152/2011, de 4-3, entre otras)."

Si el miedo ha de ser el único móvil, la solución a este problema debiera ser análoga a la ya propuesta para la interacción con el arrebato: si se aplicara la eximente, sería porque no fue el odio discriminatorio lo que motivó la conducta del autor. A ello debería añadirse que el artículo 22.4ª CP se aplica a supuestos en los que la víctima no habría contribuido en absoluto a crear el contexto para la comisión del delito, más allá de revestir una determinada condición personal. Para apreciar el miedo insuperable, sin embargo, el autor ha de acreditar que habia sido víctima de una amenaza real. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento se ha llegado a apreciar la eximente a un varón heterosexual que mató a un sujeto homosexual, que le amenazaba con un cuchillo para (aparentemente) agredirle sexualmente[802]. En este caso, el móvil del delito no fue que el sujeto deseara un mal a su víctima debido a la orientación sexual de ésta. Más bien, estaría vinculado a la defensa de su integridad sexual ante una potencial agresión. Por lo tanto, podría aplicarse la eximente, pero no existiría en puridad

[802] *Informe Raxen Especial 2010. Ofensiva xenófoba durante la crisis económica*, p. 74: "*La magistrada presidenta de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra en Vigo condenó este miércoles a Jacobo Piñeiro Rial, autor confeso de la muerte de dos jóvenes, ocurrida en julio de 2006 en la calle Oporto de Vigo, a una pena de 20 años de prisión por un delito de incendio. La juez absuelve en su sentencia al acusado tanto de asesinato como de hurto, ya que su dictamen se basa en el veredicto de un jurado popular que consideró que Piñeiro no era culpable de estos delitos. Según el veredicto del jurado, Jacobo Piñeiro es considerado no culpable de los asesinatos de Isaac P.T., y Julio A.L., a los que asestó 57 puñaladas "en legítima defensa" y llevado por un "miedo insuperable". La sentencia explica que Jacobo actuó después de que Julio lo amenazara con un cuchillo para mantener relaciones sexuales. En base al veredicto elaborado por el jurado popular, la juez considera en la sentencia que Jacobo apuñaló hasta 22 veces a Julio con "el único propósito de defenderse de ser violado o muerto" y que, ante ese temor, lo apuñaló en un estado de "pánico" que anuló su capacidad de comprender la ilicitud de lo que hacía. En la misma línea, la sentencia explica la agresión mortal a Isaac, que recibió 35 cuchilladas, ante la que la magistrada dice que a Jacobo el "pánico" a ser violado también le hizo defenderse. También se le consideró no culpable del delito de hurto que pedía la acusación particular -ya que Jacobo se llevó una maleta del domicilio donde ocurrieron los hechos con diversas pertenencias de las víctimas-.*"

ningún problema de interacción con el artículo 22.4ª CP: al no ser un delito motivado por odio discriminatorio, nunca podría haberse llegado a apreciar la agravante.

Sin embargo, las situaciones fácticas no siempre serán tan claras. El concepto de odio discriminatorio que aquí mantenemos implica que el autor desea un mal a su víctima por razón de la condición personal de ésta. Pues bien, es posible que un sujeto sienta *miedo*, y que esa emoción se articule como el deseo de un mal a la víctima por razón de su condición personal. En estos casos, ese "miedo discriminatorio" podría cumplir las exigencias del artículo 22.4ª CP, pero *al mismo tiempo* (al ser "miedo insuperable") cumplir con los requisitos de la eximente.[803] El miedo insuperable sería el "motivo discriminatorio" que refiere el artículo 22.4ª CP, y ahí si surgiría un importante problema a efectos de interacción: el motivo del autor, desde una perspectiva mecanicista de las emociones, habría sido el miedo; pero el componente evaluativo de esa emoción habría sido discriminatorio. De hecho, ya se ha puesto en práctica en nuestro país, por el momento sin éxito, una estrategia de Defensa[804] consistente en alegar que no procedía aplicar la circunstancia agravante, porque el autor actuó

[803] Desde aproximaciones psicológicas a la noción de miedo insuperable, siguiendo a CUERDA ARNAU y SERRANO BUTRAGUEÑO, señala VARONA, *El miedo… op. cit.*, pp. 153-158, que no necesariamente excluye el miedo (*ergo*, el fundamento de la exculpación) la concurrencia real de la emoción del odio: "*cuanto más poderoso y más alejado del fundamento que justifica la exención de miedo insuperable sea el móvil concurrente, más se diluirá el efecto del miedo sobre la conducta y mayor relevancia adquirirá, por el contrario el otro móvil. Por ejemplo, un móvil alejado del fundamento de la eximente es la venganza* […] *no puede decirse lo mismo del odio, emoción cercana a la venganza, pero que puede estar también presente en la actuación de la persona que se defiende del peligro representado por la fuente reiterada de sus males, sin que por ello tal odio desplace el sentimiento de miedo que guía la acción*".

[804] Así, en el conocido "caso Palomino". *Informe Raxen Especial 2010. Ofensiva xenófoba durante la crisis económica*, p. 12: "*La ONG, personada como acusación popular en la causa de Carlos Palomino, solicitará que se considere "el agravante por motivos ideológicos" en el juicio contra el presunto asesino "que lo mató por ser antifascista". "La defensa de Josué argumenta que actuó en legítima defensa y con un miedo insuperable".*" Finalmente, la SAP de Madrid nº 419/2009, de 14 de octubre, condenó "*al acusado Josué […] como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato, otro delito de homicidio intentado, una falta de lesiones, ya definidos, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica en el primer ilícito*".

motivado por miedo *insuperable*[805], fuera éste o no *discriminatorio*. Parece por ello conveniente ahondar en esta hipótesis.

La línea divisoria entre el odio discriminatorio y el miedo es, efectivamente, difusa. Tomando como ejemplo la evolución del trato a la población negra en EE.UU., puede constatarse que, históricamente, la actitud racista (ejemplificada por el KKK) de la mayoría blanca tendía a ver a sus conciudadanos negros como enemigos que había que destruir. Sin embargo, tras la lucha por sus Derechos civiles, surgió también la llamada "afrofobia"[806]. Es decir, que no sería odio en puridad lo que inspirara el racismo de muchas personas, sino más bien un "miedo discriminatorio". Al considerar que los negros son todos delincuentes peligrosos, la reacción más habitual sería evitarles y huir de ellos.

Supongamos que ese miedo sea el motivo para la comisión de un delito doloso de omisión pura[807]: un sujeto blanco que conduce un vehículo siente un profundo terror hacia los negros y ve a una persona de estas características desangrándose en un páramo desolado. El sujeto no lleva teléfono, por lo que la única forma de salvar a esa persona consiste en acercarse, subirle a su coche y llevarle a un hospital. El sujeto alegaría después que, al ver que seguía vivo y

---

[805] Argumento ya empleado por muchos médicos nazis a la vista de las atrocidades que cometieron durante el *III. Reich*. Lo habrían hecho guiados por un miedo insostenible: era preciso acabar con los judíos, porque de lo contrario estos acabarían con ellos. *Vid*. LIFTON, *The Nazi doctors: medical killing and the psychology of genocide*, 2000, *passim* y p. 417 y ss. Lo que desde luego no parece creíble es que lo hicieran por miedo a padecer consecuencias negativas ejecutadas por sus superiores si se negaban, *vid*. ROXIN, *Autoría… op. cit*., p. 271.

[806] *Vid*. diversos ejemplos en LEVIN/RABRENOVIC, *Why we hate… op. cit*., pp. 39-52.

[807] Aunque en el ejemplo interviene un conductor, partiremos de que las lesiones de la persona necesitada de auxilio no derivan de un accidente de tráfico y que ésta no se encuentra en la vía, sino en el páramo por el que dicha vía transcurre. Por lo tanto, indiciariamente, los hechos del ejemplo serían constitutivos del tipo básico del artículo 195.1 CP (*vid*. DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas", *ADPCP*, 2002, pp. 235-284). No se pretende en modo alguno delimitar aquí el concepto de "delito de omisión pura", máxime atendiendo a que nuestro Código recoge "*tipos de omisión consistentes en la infracción de un deber especial derivado de ley, contrato o injerencia... pero que no son tratados como casos de «comisión por omisión», sino como «omisiones propias»*" (EL MISMO, "Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica", *RDPC*, 2004, pp. 279-316). Excediendo con creces esta problemática el objeto del presente, me remito con carácter general a las esenciales obras de SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, 2003, 502 pp. y DOPICO GÓMEZ-ALLER *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, 901 pp.

pensando que, al ser todos los negros extremadamente violentos e irracionales, podría atacarle, se marchó del lugar dejándole a su suerte y sabiendo que con casi total seguridad moriría. La persona negra, efectivamente, fallece desangrada. A efectos de imputación del artículo 195.1 CP, no podría aceptarse que existía un real riesgo para el omitente por ser negra la persona que se estaba desangrando. Parece, por lo tanto, que lo que motivó su conducta fue efectivamente el odio discriminatorio, tal y como hemos conceptualizado esta emoción: existe el deseo de un mal al decidir dejarle morir desangrado, generado conforme a un prejuicio hacia un estereotipo. Es el odio discriminatorio, en este caso, lo que motiva la comisión del delito: la prestación positiva de salvaguarda de la persona que se estaba desangrando sí se hubiera realizado de ser de la misma raza que quien conducía el coche. A priori, cabría aplicar a ese delito de omisión la circunstancia agravante, como expresamente se prevé en algún ordenamiento de nuestro entorno.[808] Pero imaginemos que este sujeto realmente estaba aterrado ante la simple idea de acercarse a una persona negra y por ello decidió huir. El hecho de que en la conformación del motivo discriminatorio para la comisión del delito intervenga la emoción que normalmente se denomina *miedo*, hace surgir la duda de si, en lugar de o junto con la aplicación del artículo 22.4ª CP, podría llegar a apreciarse la eximente, completa o incompleta, de *miedo* insuperable.

[808] El artículo 422 quater del CP belga establece la siguiente agravación específica respecto del delito de omisión de socorro: "*Dans les cas prévus par les articles 422bis et 422ter, le minimum des peines correctionnelles portées par ces articles peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale.*" Esta farragosa redacción admite dos interpretaciones: que se agravará el delito cuando se omita socorrer a quien está siendo víctima de un crimen motivado por odio discriminatorio, o que se agravará cuando sea la omisión de socorrer a quien se encuentre en grave peligro la que acontezca por motivos discriminatorios. La doctrina ha señalado que la segunda opción, acorde con el "espíritu de la ley", es la acertada (*vid*. DE LA SERNA, "Les abstentions coupables", BOSLY/DE VALKENEER (coords.), *Les infractions contre les personnes*, 2010, p. 573 y ss.).

Esta problemática no acaba aquí, pues el miedo puede que no suponga necesariamente una reacción de fuga. En determinadas circunstancias, el miedo también puede hacer que un sujeto cometa activamente un delito porque considera que no tiene posibilidades de huir.[809] De la fuga, pasaría a desearle un mal a su víctima, y por ello nos encontraríamos con que el odio y el miedo se han entrelazado como las emociones configuradoras de la motivación discriminatoria del autor.

De esta idea deriva una línea de Defensa que se ha abierto camino en materia de crímenes de odio: argumentar que el miedo fue lo que inspiró la conducta del autor, y que por ello procedería eximirle de responsabilidad. Paradigma de esta tendencia fue la estrategia empleada en el famoso "caso Shepard" por parte del letrado de la Defensa de McKinney; denominada la *gay panic defense*. Aunque no tuvo éxito en aquella ocasión, ha proliferado en la práctica forense estadounidense para defender a los autores de crímenes de odio contra homosexuales, y consiste en argumentar lo siguiente: el autor del delito era un homosexual reprimido, o con una homosexualidad latente, que en cualquier caso no quería – como comúnmente se dice - "salir del armario". Ante los avances sexuales de la víctima, que le atraía y que hubiesen supuesto explicitar su orientación sexual, fue presa del pánico. Así, su conducta habría sido motivada por un "miedo insuperable"[810].

La teoría del "pánico homosexual" y su posterior traducción a nivel jurídico, proviene de algunos pronunciamientos del psicoanálisis a partir de los años 20 del pasado siglo. Se referiría a miedos latentes por parte de heterosexuales a los

---

[809] Neurológicamente hablando, el miedo es una emoción mucho más próxima al odio de lo que pudiera ser el amor. Se trata de dos pulsiones básicas de nuestro cerebro reptiliano, que activan resortes muy parecidos. Gracias a ellas, pudimos evolucionar reaccionando de forma adecuada frente a los naturales peligros a los que teníamos que enfrentarnos. El miedo induce primariamente una reacción de huida, y si ésta es imposible, de lucha. El odio induce únicamente la lucha. Así, si un cromañón se topaba con un peligro, pongamos un esmilodonte, intentaría huir. Pero si se veía acorralado, la reacción automática de su cerebro sería pasar de la huída a la lucha, y con ello del miedo al odio. Ampliamente, sobre el efecto de esta interacción en nuestro sistema límbico, DOZIER, *La haine… op. cit.*, p. 28 y ss.

[810] *Vid.* LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit.*, pp. 13-14

que les asusta "descubrir" su homosexualidad (y viceversa), que ante una insinuación con contenido sexual "despiertan" como acciones irrefrenables y agresivas.[811] Esta teoría ha sido denostada por la psiquiatría y la psicología modernas, afirmando que carece de fundamento alguno. Sin embargo, han admitido la posibilidad de que pueda surgir un miedo irrefrenable desencadenado, no por un deseo reprimido, sino por puro terror hacia la inclinación sexual del asaltante en los casos en que exista provocación. El autor no tendría una orientación sexual reprimida, sino muy clara, y un avance en sentido contrario a la misma le produciría una emoción de rechazo incontrolable.

Esta "versión" de la *gay panic defense* (que se suele denominar *homosexual advance* u *homosexual threat*) es la que cuenta con pronunciamientos favorables, en materia de crímenes de odio, ante tribunales estadounidenses[812]. Estos pronunciamientos han sido criticados atendiendo al correcto entendimiento de la *provocation defense*. Salvo que estemos hablando de sujetos psíquicamente enfermos (de los que pudiera decirse que son inimputables), convendremos en que debe exigirse un control mínimo ante una provocación mínima. Si no existe provocación, no puede existir reacción. Si la provocación (el miedo ante lo que pudiera derivar de esa provocación) puede evitarse sin necesidad de cometer un delito (por ejemplo, simplemente manifestando al "provocador" la orientación heterosexual propia, o abandonando el recinto donde ambos se encuentren), debe exigirse al sujeto que no cometa un delito[813]. En ningún caso puede hablarse de atenuación o exclusión de la responsabilidad. Si la provocación es suficiente (retomando el ejemplo precitado de la víctima que

[811] No sólo a la orientación sexual irían referidos estos pánicos de "*evidente contenido erótico*". Como señala GARCÍA-ANDRADE, *Crímenes… op. cit.*, p. 200: "*en los Estados Unidos, cualquier relación de una mujer blanca con un negro era considerada, hasta hace poco tiempo, como violación, con lo cual se "protegía" a la mujer de su posible inclinación y atracción por el negro y al hombre blanco del pánico sexual ante su rival de color, al que siempre se le supuso muy dotado para la sexualidad, al menos en la dimensión genital*". Es decir: se contemplaban como impulsos *irrefrenables,* respectivamente, la atracción xenófila y el pánico sexual xenófobo.

[812] *Vid*. SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law… *op. cit*., pp. 243-244.

[813] ROZELLE, "Controlling passion: adultery and the provocation defense", *RLJ*, 2006, p. 233: "*There is no dangerous felony that must be prevented, no attack on the cuckhold he must deflect to save his own life.* […] *no force is permitted* […] *to retaliate against a homosexual advance*."

amenaza con un cuchillo para mantener relaciones sexuales), el componente evaluativo de la motivación no sería discriminatorio, sino que iría vinculado a la defensa de la propia indemnidad: no existiría un motivo discriminatorio y no podríamos estar ya hablando de interacción con el artículo 22.4ª CP.

Nuevamente, desde la concepción evaluativa de las emociones que aquí se mantiene, si el componente evaluativo del miedo es discriminatorio, por muy intensa que pueda ser la emoción al cometer el delito, no podrá valorarse su carácter atenuatorio, pero sí el agravatorio. Se trata de una aproximación al miedo insuperable acorde con las más recientes tendencias respecto de la eximente anglosajona de *duress*[814]. Para que el miedo que siente un individuo pueda operar atenuando o eximiendo la responsabilidad, es preciso – desde una aproximación evaluativa de las emociones humanas – atender a la situación que dio origen a la emoción y a la reacción del sujeto.

Más evidente se antoja esta idea desde aproximaciones más normativas a la naturaleza del *miedo* al que hace referencia la eximente, como la que plantea MARTÍN LORENZO. Señala esta autora que esta exculpación exige atender al contexto del comportamiento del autor - valorando su dificultad para cumplir con la norma - para determinar la comprensión por parte del ordenamiento hacia el motivo (el miedo) del autor[815]. No se trataría aquí de valorar si realmente concurre una afectación psíquica debido a la real presencia de miedo, sino la dificultad para comportarse de otro modo atendiendo al contexto.

El odio discriminatorio hacia una condición personal es, como ya hemos dicho, un "motivo nulo", que un Estado como el nuestro ni siquiera puede entrar a valorar como potencial "justificación" o "disculpa" para la comisión de un delito. Así, en esos casos no concurriría exención o atenuación alguna por

[814] SPAIN, *The role of emotions… op. cit.*, p. 268 y ss.
[815] *Vid.* MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal… op. cit., passim.* y pp. 460-515, cit. p. 47; así como la igualmente interesante recensión a esta propuesta de FEIJÓO SÁNCHEZ, "Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal", *RDPC*, 2009, pp. 229-252.

miedo insuperable, y sí podría apreciarse la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP. Si, por el contrario, el sujeto actuó para evitar ser agredido sexualmente por un sujeto de orientación sexual contraria y no tenía ninguna posibilidad para evitarlo que fuera menos gravosa que la comisión de un delito, sí podría apreciarse el miedo insuperable: lo que sucedería es que ya no estaría presente el componente discriminatorio como parte de la motivación, y el ordenamiento podría llegar a comprender el motivo.

Capítulo IV

La prueba del odio discriminatorio.

No es el probatorio el único problema procedimental que plantean los crímenes de odio, *ergo* el artículo 22.4ª CP, pero es sin duda uno de los más evidentes cuando se efectúa un planteamiento, como el nuestro, en el que se entiende necesario probar la motivación del autor para que se aplique el precepto.

Evidentemente, la naturaleza y el fundamento que pretendamos conferir al artículo 22.4ª CP influirá de forma decisiva en las exigencias probatorias para su aplicación.[816] Desde nuestra óptica, puesto que lo que supone la aplicación del artículo 22.4ª CP es la comisión del delito por un *motivo* discriminatorio, lo que habrá que probar es, *primero*, la presencia del odio discriminatorio y, *segundo*, que fue ese odio discriminatorio lo que supuso la comisión del delito.

No exenta de problemática esta cuestión, finalizaremos con ella nuestra aproximación al artículo 22.4ª CP, si bien no puede obviarse que no todos los problemas probatorios relativos a la aplicación de esta circunstancia agravante van referidos a las dificultades para probar una motivación. En muchas ocasiones (por ejemplo, SAP de Lleida, Sección 1ª, nº 649/2001, de 7 de noviembre), no se aplicó la circunstancia agravante por otros problemas, relacionados con la identificación del culpable en delitos cometidos en grupo. No nos referiremos, por lo tanto, a todos los problemas probatorios que pueden

[816] Por ejemplo, en la ya mencionada SAP de Barcelona nº 32/2003, de 26 de octubre, se entendía que esta circunstancia agravante se aplicaría sólo si se acreditaba la concurrencia de una determinada carga ofensiva o humillante para un colectivo minoritario tradicionalmente objeto de discriminación. Quiere ello decir que, a efectos probatorios, habría que probar primero si concurría objetivamente esa carga ofensiva, y después si la víctima efectivamente pertenecía al colectivo discriminado (el ya mentado efecto perverso de obligar a la víctima, por ejemplo, a probar su homosexualidad). También habría que probar, obviamente, que el colectivo en cuestión *existía* y que era especialmente vulnerable.

surgir en un proceso penal[817], sino simplemente a aquéllos que guardan relación con la prueba del odio discriminatorio y con su proyección en el delito cometido.

[817] Uno interesante, que afectaría a cualquier circunstancia agravante pero que ha tenido al artículo 22.4ª CP como protagonista, es el relacionado con la polémica facultad del Magistrado-Presidente reconocida por el artículo 49 LOTJ, que dio lugar a la STS nº 1437/2003, de 4 de noviembre, MP José Aparicio Calvo-Rubio. Dicha facultad es la siguiente: "*Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado-Presidente, o éste decidir de oficio, la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. Si la inexistencia de prueba de cargo sólo afecta a algunos hechos o acusados, el Magistrado-Presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos. En tales supuestos se dictará, dentro de tercero día, sentencia absolutoria motivada.*" En primera instancia, el Magistrado-Presidente hizo uso de la facultad reconocida en el segundo párrafo de aquel precepto: considerando que no existían elementos de prueba del odio discriminatorio del autor, excluyó del veredicto la posible aplicación de la circunstancia agravante (que consideró como "*algunos hechos*" a efectos del polémico precepto). En fase de apelación, la STSJ de Cataluña nº 16/2002, de 31 octubre, MP Guillermo Vidal Andreu, rechazó dicha interpretación, entendiendo que la facultad del segundo párrafo no afectaba a circunstancias agravantes, que no serían "hechos", como no lo sería el artículo 22.4ª CP. Sin embargo, el TS dio finalmente la razón al Magistrado-Presidente, por lo que admitió que se sustrajera de la valoración del Jurado la concurrencia del artículo 22.4ª CP. Este fue el razonamiento del Alto Tribunal: "*La Sala de apelación, coincidiendo con un amplio sector doctrinal, es muy crítica con la facultad que el art. 49.2 de la LOTJ atribuye al Magistrado-Presidente* […] *entiende que el Magistrado-Presidente no podía hurtar al Jurado que valorara la agravante de móvil racista en la que las acusaciones habían insistido y así lo había mencionado explícitamente el Auto de Hechos Justiciables, concluyendo con razón que la discutida norma debe aplicarse con cautela y moderación. No puede afirmarse lo mismo de su interpretación sobre el ámbito de la norma que circunscribe exclusivamente a los hechos que sean constitutivos de delito, pero no incluye a los que sean constitutivos de una circunstancia agravante, que también es abarcada por la presunción de inocencia* […] *La expresión «hechos» es susceptible de una interpretación sistemática que abarca también las bases fácticas de las agravaciones [art. 52.1c de la LOTJ]. No sería lógico –como dice el Fiscal que apoya convincentemente el motivo– que el mecanismo previsto en el art. 49 para filtrar toda posibilidad de afectación del derecho fundamental a la presunción de inocencia se limitase a los hechos principales. No es mayor la vulneración de la presunción de inocencia derivada de la imputación sin pruebas de un hecho, que de la apreciación de una agravante sin pruebas. No hay diferencias cualitativas entre uno y otro supuesto.*"

1. La importancia de la investigación policial.

Contextualizando esta problemática, conviene recordar que, en los diez primeros años desde su introducción en nuestro ordenamiento, parece que la posible aplicación del artículo 22.4ª CP habría dado lugar a 14 casos y 23 resoluciones, siendo aplicada finalmente sólo en 6 de los casos[818]. En este sentido, las autoridades españolas manifestaron a la ECRI que el artículo 22.4ª CP sólo se había aplicado en diez casos entre el año 2005 y el 2010, ambos inclusive, y que ello obedecía a que es "*difícil demostrar motivación racial*". La ECRI, por su parte, afirmaba lo siguiente:

> "*con relación al punto 4 del artículo 22, parte del problema obedece a que en los informes policiales se identifica en muy pocos casos la posible motivación racial de los delitos. Ello tiene que ver con el sistema informático utilizado por la policía, que requiere el registro del tipo de delito cometido, pero no las circunstancias agravantes. La ECRI celebra que en diversos cuerpos de policía y servicios de la Guardia Civil se ha puesto en marcha un proyecto piloto que requiere indicar en los informes policiales las circunstancias agravantes*"[819].

Nos encontramos con dos aparentes problemas. El primero consistiría en las dificultades a nivel estadístico para *saber* si el artículo 22.4ª CP se aplica o no. Este problema debería sortearse en el futuro gracias al sistema europeo establecido en el ámbito de los antecedentes penales (conforme al llamado ECRIS, los Estados miembro tienen la obligación de registrar como tal las condenas por crímenes de odio)[820]. El segundo problema consistiría en que, en la fase de investigación policial inicial, no se identifican debidamente los supuestos indiciariamente cometidos por motivos discriminatorios. Esto supone que después resulte difícil *probar* en el proceso judicial la concurrencia de los elementos necesarios para la aplicación del artículo 22.4ª CP. La situación

---

[818] *Vid*. el exhaustivo estudio, entre el 24 de mayo de 1996 y febrero de 2005, de GARCÍA AÑÓN, "Garantías jurídicas… *op. cit.*, p. 65 y ss.

[819] Cuarto Informe de la ECRI sobre España, de 8 de febrero de 2011, p. 15. En idéntico sentido, la crítica ha sido incluso extendida a los sistemas informáticos de fiscalías y tribunales (AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, pp. 50-51).

[820] *Vid*. Anexo A, código 0914 00, de la Decisión Marco 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de Abril por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

podría mejorar, por lo tanto, si se estableciera definitivamente un protocolo que indicara si el supuesto delito investigado presenta caracteres de crimen de odio[821]. Además de revestir utilidad a efectos estadísticos, también serviría esta práctica para poder encauzar la investigación policial de forma útil para el posterior proceso judicial (de modo que, desde un inicio, se investigue si un delito se ha podido cometer por motivos discriminatorios o no). En este sentido, la psicología conductista (*behaviorista* o conductual) ha desarrollado protocolos enfocados a obtener indicios acerca de la posible motivación del autor. Entre estos protocolos destaca el llamado BMP-R, dirigido e implementado por diversos cuerpos de policía, que atiende a varios "indicadores positivos" (simbología de odio, discurso de odio, entrevistas a sujetos del vecindario de víctima y autor, etc.) y negativos (desconocimiento previo de la víctima, etc.). La eficacia de este tipo de protocolos ha sido contrastada, y desde luego confirma la relevancia de la inicial investigación policial a efectos probatorios[822] del artículo 22.4ª CP.

Centrándonos en EE.UU., donde esta proyección procesal del *hate debate* también tiene un largo recorrido, se introdujeron obligaciones estadísticas para los cuerpos policiales con el fin de facilitar posteriormente la interpretación indiciaria de las motivaciones. Así, se considera en EE.UU. que un delito es estadísticamente un crimen de odio si el autor emplea simbología ofensiva hacia la condición personal de la víctima, hace manifestaciones ante la policía en este sentido, tiene antecedentes por delitos similares contra víctimas de semejantes características, forma parte de un grupo cuyos miembros suelen realizar este tipo de conductas, su víctima forma parte de un colectivo que no es

[821] Por el momento, afirma AGUILAR GARCÍA, "Estrategia Policial de Lucha contra los Delitos de Odio y Discriminación", *Cuadernos de Análisis (Movimiento contra la Intolerancia)*, Nº 44, 2012, pp. 24-39, que sólo los Mossos d' Esquadra en Cataluña cuentan con un protocolo (un "*plan global de lucha*", *ibidem*, p. 25) suficientemente consolidado para investigar y perseguir delitos supuestamente cometidos por motivos discriminatorios.
[822] *Vid*. SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law… *op. cit.*, p. 238.

mayoritario en la zona donde se comete el delito y/o no existen otras motivaciones que sea más evidentes[823].

En España, ya ha sido señalado que la investigación policial sobre la motivación del autor es esencial para determinar la posible concurrencia del artículo 22.4ª CP, al margen de su importancia para acordar la prisión provisional del acusado u otras medidas cautelares que aseguren la integridad física de la víctima[824]. Concretamente, se ha destacado que en la condena del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 29 de octubre de 2009, confirmada por la SAP de Barcelona de 23 de febrero de 2010, la aplicación del artículo 22.4ª CP hubiera sido probatoriamente inviable de no ser por las referencias a las motivaciones de los autores en el propio atestado policial[825].

---

[823] KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes…, *op. cit.*. p. 38

[824] Sin perjuicio de las polémicas que ya ha suscitado esta cuestión. Como es sabido, la prisión provisional no es una condena anticipada. De la indiciaria presencia de motivación discriminatoria podría, ciertamente, percibirse el riesgo real de que pudiera atentar el sujeto contra la víctima o de una posible reiteración delictiva, mas puede que no sea ese el caso. Y aunque lo fuera, puede que no concurrieran los requisitos *cumulativos* del artículo 503.1.1º y 2º LECrim (entre otras cuestiones, que se trate de un delito, y no de una falta). La indiciaria concurrencia de motivación discriminatoria será simplemente un factor a considerar por el juez instructor para acordar el ingreso en prisión preventiva, a pesar del potencial ruido mediático derivado de los crímenes de odio. En este sentido, expone VILLEGAS FERNÁNDEZ, "Prisión provisional y opinión pública", *AJA*, 2007, pp. 13-15: "*el día siete de octubre del año 2007, en una de las líneas del ferrocarril urbano de Barcelona, un individuo agredía a una inmigrante ecuatoriana, menor de edad, que viajaba en su mismo vagón. Aunque el atacante propinó a la muchacha dos patadas en la boca, al parecer, no le causó lesiones. Instruido atestado policial, fue remitido al juzgado, el cual ni siquiera se planteó la convocatoria del fiscal a una comparecencia de prisión. Sin embargo, el incidente había sido registrado en las cámaras del metro y se filtró a los medios de comunicación. Entonces todo cambió.* [...] *A esas alturas la Fiscalía de Cataluña ya había instado la detención del sospechoso para interesar del juez su ingreso en prisión preventiva* [...] *Don Eduardo Gómez López, titular del juzgado de instrucción número dos de Sant Boi de Llobregat, se descolgó con un auto mediante el que lo dejaba en libertad sin fianza [...] fuentes del Ministerio Público* [...] *manifestaron su voluntad de recurrir el auto ya que «las expresiones humillantes por motivos racistas que sufrió la víctima, así como las agresiones justificarían el ingreso en prisión».* [...] *el caso que nos ocupa, al no haberse acreditado lesiones, diríase que se reduce a dos faltas, una de maltrato de obra y otra de injurias [...] Sería inquietante que, en un Estado de Derecho, se dislocaran los tipos penales para satisfacer intereses extrajurídicos. Y, además, contra reo.* [...] *hay que elogiar al juez de Sant Boi, pues nadie se formaría una errónea creencia de la naturaleza de los principios de nuestro Derecho leyendo su auto.*"

[825] En este sentido, AGUILAR, "Servei Especial de Delictes d'Odi… *op. cit.*, p. 52. Se trataba de un supuesto en el que los jugadores de un equipo de fútbol agredieron a los del equipo contrario, de origen sudamericano. Destaca el representante del Ministerio Fiscal que, a efectos de lograr la condena, resultó esencial que el atestado policial no se limitara a hacer referencia a las expresiones racistas proferidas, sino que detallara otros elementos importantes en el momento de la detención, como los símbolos neonazis que portaban en su indumentaria los autores. En la misma línea, señala la Memoria 2010 de la Fiscalía de Delitos de Odio de Barcelona, pp. 12-13: "*Es fundamental que los atestados no se limiten a tramitar sin más la agresión, el insulto, la coacción etc*

En efecto, puede ser difícil probar que concurrió una determinada motivación y es importante a este respecto la inicial actuación policial. Por esencial, recordaremos la STEDH, Sección 2ª, Caso Milanovic contra Serbia, de 14 de diciembre de 2010, MP Françoise Tulkens, que admitió la vulneración del artículo 14 del CEDH por parte del Estado Serbio. Sucintamente reseñado, el supuesto de hecho era el siguiente: un sujeto, de religión krisnaíta, había sido víctima de ataques violentos por parte de un grupo de *skinheads* en el año 2001 y en fechas anteriores y posteriores a una festividad religiosa de su confesión, debidamente publicitada. Al parecer, el motivo de dicho ataque pudiera haber estado motivado por un odio discriminatorio hacia esta religión. La policía no realizó indagación alguna al respecto. Es más, a las autoridades serbias parecía interesarles más acreditar la naturaleza "sospechosa" de aquella confesión religiosa (esto es, si realmente eran "los Hare Krishna" una auténtica minoría digna de protección penal, una forma de actuar policial a la que algunas concepciones del artículo 22.4ª CP[826] conducen a efectos probatorios) que la motivación del autor. El TEDH hizo notar que, precisamente porque la prueba de la motivación puede ser difícil, resulta exigible dentro de lo razonable que las autoridades policiales investiguen si el odio o el prejuicio, en tanto que motivación, pudieron jugar un papel en el hecho que investigan.[827] Es decir, que

---

como cualquier otra más. La descripción de la motivación a través de los datos que se obtienen de las declaraciones de víctimas o de los implicados y la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o video gráficos que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores son de máxima importancia para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos y en especial para la apreciación de la agravante del Art. 22.4 del código penal, todo ello además con importantes repercusiones en la posible adopción de medidas cautelares como la prisión provisional o la prohibición de acercamiento del autor a la víctima."

[826] *Vid.*, *supra*, Segunda Parte, Capítulo II.2.

[827] En su versión original, señalaba esta STEDH, § 96: "*The Court considers that, just like in respect of racially motivated attacks, when investigating violent incidents State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any religious motive and to establish whether or not religious hatred or prejudice may have played a role in the events. Admittedly, proving such motivation may be difficult in practice. The respondent State's obligation to investigate possible religious overtones to a violent act is thus an obligation to use best endeavours and is not absolute; the authorities must do what is reasonable in the circumstances of the case (see, mutatis mutandis, Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 160, ECHR 2005 VII; and Members (97) of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v. Georgia, cited above, §§ 138-142).*"

no sólo es posible, sino que es exigible para las autoridades policiales indagar en la indiciaria motivación del autor de un delito.

Ahora bien, creo que no deben desvirtuarse los límites de la importancia de estas iniciales pesquisas. A tal efecto, plantearemos un ejemplo claro: difícilmente puede imaginarse una investigación policial sobre las motivaciones del autor con "mejores resultados" que una confesión de las mismas.

No cabe duda que un elemento probatorio importantísimo para la aplicación del artículo 22.4ª CP sería la confesión, ratificada en el acto de juicio oral, de la propia motivación discriminatoria. Sin embargo, como demuestra la práctica forense y ya señalaran STEFANI y LEVASSEUR, "*son extrañas las confesiones que se producen en juicio, bien raras las que obtiene el juez de instrucción, la inmensa mayoría de las confesiones son registradas en fase policial*". Lo más habitual será, de hecho, que se trate de declaraciones espontáneas, manifestadas por el detenido incluso antes de que su abogado llegara a dependencias policiales. Pues bien, si el autor confesara no sólo el delito, sino también que lo cometió por motivos discriminatorios, sólo podría llegar ello a revestir valor probatorio de cargo si se cumplieran ciertos requisitos: que la confesión sea anterior al momento en el que la investigación se dirigió concretamente hacia el "confesante" como sospechoso principal; que se produzca en un contexto ajeno a un interrogatorio policial; que no se encuentre bajo custodia policial cuando confiesa (entendido esto como incomunicado y privado de libertad) y que sea el detenido quien inicie la conversación con la policía.[828] Obviamente, serán escasos esos

[828] *Vid*. GARCÍA MUÑOZ, "La actividad policial con incidencia probatoria", en LLUCH/GONZÁLEZ, *Estudios sobre prueba penal. Volumen 1*, 2010, cit. p. 207 su traducción de STEFANI y LEVASSEUR. El autor menciona específicamente el artículo 22.4ª CP para referirse al aprovechamiento probatorio de declaraciones espontáneas, siempre que se practiquen con arreglo a los llamados *Miranda Rights* estadounidenses. La STS nº 2380/2001, de 14 de diciembre, MP José Ramón Soriano Soriano, parece emplear un criterio menos estricto que el expuesto por este autor, aunque finalmente concluye que no tomó en consideración esa manifestación espontánea: "*fue el propio detenido, al que no puede amordazarse para impedir que hable, el que se dirigió al agente y no viceversa, diciéndole que «sí que estuvo esa noche con una chica rubia teñida, además de otras personas que había mencionado». Siguió diciendo que esa muchacha había accedido a realizar de forma voluntaria el acto sexual con él, «indicando asimismo que durante dicho acto desvirgó a esa chica rubia»*. […] *Los agentes se limitaron a constatarlo por diligencia, lo que oyeron*

supuestos. Pero si se cumplieran esos requisitos, cabe plantearse si sería esta confesión en sede policial, por sí misma, suficiente como para aplicar el artículo 22.4ª CP.

Pues bien, supongamos que nos encontramos en el acto de juicio oral y el acusado afirma que en ningún momento fueron esas sus motivaciones, sino que su confesión se debió a coacciones policiales, derivadas del intento de aumentar la *ratio* de detenciones por crímenes de odio, siguiendo instrucciones políticas. Ante este supuesto, podríamos traer a colación la STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre, MP Francisco Monterde Ferrer, relativa al trágico asesinato de un conocido magistrado y penalista.[829] Tras una profusa exposición, analizando diversas soluciones, arribó el Tribunal Supremo a la conclusión de que sí puede constituir prueba de cargo válida la confesión en sede policial y en presencia de abogado, aunque no se ratifique ni ante el juez instructor ni ante el sentenciador.[830]

Desde esta perspectiva, parece que la investigación policial deviene clave para la aplicación del artículo 22.4ª CP. Sin embargo, creo que - aunque su importancia se encuentra fuera de toda duda - no es *sólo* en la actuación policial donde recae (ni donde debe recaer) el peso probatorio para la concurrencia de la agravante.

---

del detenido. Lo cierto es que en ningún momento, ni siquiera como consecuencia del recurso de casación, se ha dicho que el joven privado de libertad fuera coaccionado o manipulado antes de declarar, y por tanto antes de poder entrevistarse con su Abogado. […] *ni la sentencia ni las partes acusadoras mencionan o utilizan tal circunstancia como prueba de carácter incriminatorio. Lo constatado en el atestado policial, no fue tenido en cuenta ni como prueba de cargo ni de descargo."*

[829] La Audiencia Nacional condenó a un sujeto afirmando que había "*dispuesto de prueba directa de cargo, obtenida con las debidas garantías, y con suficiente entidad para enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, estando constituido dicho acervo probatorio por su propia declaración autoinculpatoria prestada ante la Policía Autónoma Vasca (en la que hace constar su concreta participación en los hechos)*"; a pesar de que el acusado manifestó que confesó tras ser sometido a tortura.

[830] Aunque esta discutible resolución fue objeto de votos particulares, siendo doctrinalmente definida como un ejemplo de "derecho procesal penal del enemigo", lo cierto es que se condenó con base en una confesión en sede policial no ratificada. Sobre estas cuestiones, *vid*. MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, 2008, pp. 33-62

En primer lugar, considero un tanto simplista reducir las causas de inaplicación del artículo 22.4ª CP a una supuesta inoperancia policial, sin atender al papel de otros intervinientes en el proceso penal[831]. Es preciso destacar que la afirmación de que concurre una motivación en fase de investigación policial puede verse contaminada por la propia interpretación de los agentes sobre lo que es el odio o el prejuicio; sin que ello implique *per se* que estén actuando de modo erróneo[832]. Sólo actuarían de modo *humano*. Como demuestran importantes estudios empíricos, dos grupos policiales, que dediquen idéntico tiempo y esfuerzo a la averiguación de estas motivaciones en casos análogos, pueden llegar a conclusiones muy distintas sobre si el autor de un posible delito tenía una u otra motivación. Todo ello, a pesar de que asignaran prioridad a la investigación de crímenes de odio respecto de otros hechos en ambos casos[833].

---

[831] En EE.UU., como uno de los motivos por el que existen escasas condenas, suele aducirse la actitud de los fiscales. Si contemplan una "condena fácil", y no ven claro que pueda aplicarse una agravante por crimen de odio, no la incluirán en su acusación. Este fenómeno puede ser especialmente significativo en fiscales muy comprometidos con este tipo de legislación, que no quieren promover su inaplicación (esto es, sentencias que creen precedentes desestimando la agravación) debido a planteamientos excesivamente precipitados (LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op cit.*, p. 188). Por otro lado, diversos estudios demuestran que los jueces son reacios a condenar por la comisión de crímenes de odio, porque en ocasiones pueden sentirse presionados por la influencia mediática de este tipo de asuntos, percibiendo intereses políticos ajenos a los hechos que deben juzgar, y que finalmente tienen el efecto contrario (que no se aprecie la agravación). *Vid.* FRANKLIN, "Good Intentions… *op. cit.*, pp. 79-92. No parece descabellado plantear también como causas residuales de la inaplicación del artículo 22.4ª CP explicaciones de este tipo.

[832] Evidentemente, no contemplamos aquí la hipótesis de que algún agente de policía pudiera ser, por ejemplo, racista (e incluso cometer por tales motivos algún delito), de modo que su prejuicio conllevara "interesadas" consecuencias para su investigación en curso sobre la potencial motivación racista de algún sujeto. Conviene, en este sentido, recordar la indirecta mención al fenómeno de los "crímenes de odio policiales" de la STS, Sala 3ª, de 7 de julio de 2009, MP Eduardo Espín Templado: ""*En España hay más de 300 denuncias de malos tratos policiales a inmigrantes por motivos racistas, pero no les estamos escuchando*". *Pues bien, la cita de ese dato puramente objetivo -aun con la imprecisión de no acotar el periodo en el que se acumulan semejante número de denuncias-, que no se acompaña de ninguna referencia directa a los profesionales que integran los cuerpos y fuerzas de seguridad, no puede considerarse un desdoro o una incriminación para la generalidad de los mismos* [...] *Una campaña semejante, tendente a propiciar el respeto a la dignidad humana en relación con un colectivo desfavorecido, coincidente por tanto con los valores constitucionales, ha de calificarse como de carácter benéfico no obstante el hecho de que algunos individuos de determinados colectivos profesionales -en este caso, los de la seguridad pública- pudieran darse por aludidos.*"

[833] Así sucedió en un estudio comparativo entre el proceder de dos unidades policiales. Debido a diferencias entre sus protocolos e incluso sus propios prejuicios, se produjeron divergencias a la hora de catalogar inicialmente unas conductas como posibles crímenes de odio o no hacerlo. Obviamente, esto hizo variar el enfoque de la investigación (principalmente, a efectos de decidir si investigar o no las motivaciones). *Vid.* BOYD/HAMNER/BERK, ""Motivated by hatred or

Por otra parte, retomando nuestro ejemplo, ni siquiera la confesión puede que sea por sí misma suficiente como para acreditar la motivación de un sujeto. Supongamos que un individuo agrede brutalmente a su víctima, afirmando que lo hizo porque odia a todos los sujetos de raza negra. Pues bien, recientes investigaciones, como la desarrollada por WEGNER, sugieren que cuando el autor confiesa el motivo para cometer su delito, puede que esté involuntariamente tergiversando las verdaderas razones que le empujaron a actuar: que se autoconvenza de haberlo cometido por odio discriminatorio hacia una raza (pongamos que situando el origen de su prejuicio racial en un atraco que padeció en su juventud por parte de algún sujeto de semejante etnia a la de su víctima), cuando realmente se estaba vengando de su pareja, que le había sido infiel y también tenía ese color de piel. La idea de que actuara motivado por odio racial cuando mantenía una relación de pareja con alguien de esa etnia se antoja ciertamente contradictoria, pero puede que el cerebro, al recrear sus recuerdos para explicar su acción, optara por el que consideró potencialmente más adecuado, aunque no fuera el verdadero[834]. No significa necesariamente que el sujeto esté mintiendo: lo que cabría plantearse, de admitir estos aportes sobre el funcionamiento de nuestra memoria, es que una

---

prejudice": Categorization of hate-motivated crimes in two police divisions", *LSR*, 1996, pp. 819-850.

[834] Esto sería particularmente cierto cuando ha transcurrido un elevado periodo de tiempo entre el hecho que desencadenó el supuesto motivo y la efectiva comisión del hecho. Así, podemos recordar el conocido caso de Ronald Shanabarger [*vid*. Shanabarger v. State, 798 N.E.2d 210, 213-14 (Ind. Ct. App. 2003)], acaecido en Indiana. Este sujeto era padre de un bebé de siete meses, que el 20 de junio de 1999 apareció muerto en su cuna. Los médicos, en principio, atribuyeron el suceso a un caso de muerte súbita. Sin embargo, para sorpresa de todos, tras el funeral de su hijo, Shanabarger confesó (y confesaría sin contradicciones en posteriores ocasiones) que lo había asfixiado para vengarse de su esposa, que se negó a volver de unas vacaciones para asistir al funeral de su padre en octubre de 1996. Dejando al margen el reducido cociente intelectual del sujeto, que le hacía más vulnerable a la sugestión, se ha señalado que el lapso de tiempo transcurrido entre el hecho que originó su venganza y la consumación de la misma (es decir: que planeara durante tres años matar a un hijo que aún no había sido concebido), aunque no implica que sea falso que cometió el delito por venganza, puede que oculte otras motivaciones o incluso la verdadera motivación. Nuestro cerebro tiene tendencia a descartar una explicación potencial de nuestra conducta si tenemos "disponibles" otras potenciales explicaciones (sobre esta cuestión, DENNO, "Criminal Law In a Post-Freudian World", *ILR*, 2005, p. 676 y ss.).

confesión sobre las motivaciones quizás no fuera en puridad una prueba directa, sino un indicio probatorio, obviamente muy importante.

He aquí, en definitiva, la cuestión. No se trata de que con una magnífica investigación policial sobre las motivaciones del autor sea ya meridiana la aplicación del artículo 22.4ª CP, ni de que siendo deficiente se imposibilite probar que el delito fue cometido por un motivo discriminatorio. Lo que ocurre es que la investigación policial, como la investigación en fase de instrucción, aportará *indicios* sobre la motivación. Esos indicios son los que permitirán, en su caso, probar la concurrencia del odio discriminatorio en el sentido que exige el artículo 22.4ª CP.

No pretendemos obviar que la motivación discriminatoria que debe indiciariamente probarse es la que llevó al sujeto a cometer el delito. Por lo tanto, las primeras investigaciones son ciertamente importantes: puede ser que un sujeto no tuviera en absoluto un prejuicio racial, pero que a consecuencia de ser sometido a los rigores de una instrucción penal en la que insistentemente su víctima, personada como acusación particular, incida en su supuesta motivación racista, desarrolle efectivamente un odio hacia una raza, manifestando el día del juicio su racista convicción[835].

En definitiva, es deseable una mejora en la investigación policial, para obtener mayores indicios de cargo. *También, para poder descartar la motivación discriminatoria desde un principio*. Lo que sucede es que la inaplicación del artículo 22.4ª CP responderá en muchos casos a las deseables reglas que rigen nuestro proceso penal, al margen de lo que las autoridades policiales hayan podido o no investigar, acerca de la llamada prueba indiciaria. Concluiremos de

[835] *Vid.* LEVIN/NOLAN, *The violence… op. cit.*, p. 2 y ss. Esta es la razón por la cual agravantes similares de otros ordenamientos exigen, como criterio legislativo para su apreciación, que dé muestra el autor de su odio "durante, inmediatamente antes, o inmediatamente después" de la comisión del delito. No años más tarde, en el acto de juicio. Así, Parte II.28 (1) (a) de la Crime and Disorder Act de Reino Unido: "…*at the time of committing the offence, or immediately before or after doing so, the offender demonstrates towards the victim of the offence hostility based on the victim's membership*…".

esta forma nuestro análisis del artículo 22.4ª CP atendiendo a nuestra doctrina jurisprudencial sobre esta clase de prueba.

2. Una reflexión sobre la prueba indiciaria.

Como hemos ido adelantando a lo largo del presente trabajo, sería absurdo pretender conocer como verdad absoluta la efectiva concurrencia biológica de una determinada emoción en el momento de comisión del delito. Del mismo modo, imposible resultaría pretender que se probara el prejuicio exacto que el autor tenía en aquél momento. De lo que se trata aquí (como tantas veces en el proceso penal) es de construir una *verdad forense*, empleando las reglas de la lógica, a través de una prueba indiciaria. *Nihil sub sole novum*, pues como ya afirmara la STS nº 1145/2006, de 23 noviembre, MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, respecto del artículo 22.4ª CP:

> "*lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios.*"

En este sentido, conviene recordar que la prueba indiciaria es tanto o más fiable que la prueba directa[836]. La cuestión radica en analizar correctamente los distintos indicios que podrían llevarnos a la conclusión de que el sujeto cometió

[836] Sin perjuicio de las dificultades que puede suponer lograr por vía de recurso la estimación de una prueba indiciaria de cargo, por la importancia de la inmediación. Centrándonos en el recurso de casación, nos remitimos a la STS nº 1528/2003, de 14 noviembre, MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca: "*Sin duda es posible a través de la vía de impugnación del artículo 849.1º de la LECrim rectificar una inferencia efectuada por el Tribunal de instancia. Y lo es en un doble sentido. Bien, cuando se trata de sentencias condenatorias, para afirmar que la inferencia que conduce a la condena no reúne los requisitos exigibles, o bien, cuando siendo la sentencia absolutoria, se sostiene que es equivocado el razonamiento del Tribunal y se pretende el dictado de una sentencia condenatoria. Si en el primer caso es suficiente con demostrar la insuficiencia de la inferencia para que recobre su vigencia la presunción de inocencia, dando lugar por lo tanto a la absolución del acusado, en el segundo caso no basta con la demostración de un posible, o incluso seguro, error del Tribunal en su forma de razonar, pues con ello se demostraría el error del razonamiento que condujo a la absolución, pero no sería suficiente para evidenciar la existencia de otro razonamiento que lleve indefectiblemente a la condena. Para construir esta inferencia que conduzca a un pronunciamiento condenatorio, tal como pretende la recurrente, es preciso acreditar a través de la prueba indiciaria la existencia de los hechos que sirven de base fáctica al delito imputado, cumpliendo con las exigencias que respecto de la prueba indiciaria ha establecido la doctrina de esta Sala.*" Además, si por vía de recurso se pretendiera lograr la aplicación de la agravante no apreciada en la instancia, señala precisamente respecto del artículo 22.4ª CP la STS nº 585/2012, de 4 de julio, MP Luciano Varela Castro: "*tal revisión del resultado de la prueba no puede llevarse a cabo sin la audiencia del acusado por el Tribunal que lleva a cabo el control en vía de recurso conforme a una ya bien asentada doctrina constitucional recogida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.*"

el delito por odio discriminatorio. A este respecto, como señala GONZÁLEZ LAGIER:

> "*la prueba de los hechos internos o psicológicos parece añadir la complicación de que se trata de hechos que no pueden ser conocidos directamente por observación y respecto de los cuales sólo el agente que los tiene puede acceder a ellos –y seguramente no siempre, ni a salvo de errores– a través de la introspección, esto es, a través de un tipo de conocimiento peculiar que no requiere evidencia empírica (al menos externa) La doctrina procesal y la jurisprudencia se han ocupado en ocasiones de la prueba de los hechos internos o subjetivos. Al no ser observables, los hechos psicológicos –se dice– no son susceptibles de prueba directa (salvo en las situaciones en las que se decide dar valor probatorio a la confesión autoinculpatoria), sino de prueba indirecta o de indicios. Esto es, nadie puede haber visto que un sujeto tenía una determinada intención (o una creencia, o una emoción), por lo que los estados mentales deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias contextuales* […] *Esa inferencia debe valorarse de acuerdo con ciertos criterios de racionalidad epistemológica (que los filósofos han estudiado desde hace tiempo, y que coinciden con los que jurisprudencialmente se han venido estableciendo para la prueba de indicios): la cantidad de hechos probatorios, su diversidad, su pertinencia, su fiabilidad, el carácter más o menos fundado de las máximas que actúan de enlace entre el hecho probatorio y el hecho a enjuiciar, la coherencia de la conclusión… y si se trata de una inferencia con un único "eslabón" o se trata más bien de un encadenamiento de inferencias. Es verdad que, cuantas más inferencias (cuanto menos directamente se conecte el hecho probatorio y el hecho a enjuiciar), y permaneciendo igual el resto de criterios, menos sólida es la argumentación en su conjunto, y esto es lo que tiene la prueba directa a su favor. Pero éste es sólo un criterio que hay que contrapesar con los demás. Por tanto, me parece equivocada la tesis de que la prueba de indicios es siempre menos sólida que la prueba directa*".[837]

Pues bien, dada su importancia a los efectos que nos ocupan, no estará de más una breve reseña sobre lo que nuestra jurisprudencia viene interpretando como prueba indiciaria de cargo válida[838]. Como ya explicara ilustrativamente la STC nº 169/1986, de 22 de diciembre, MP Carlos de la Vega Benayas, la prueba de indicios consiste en que el juez

> "*mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de un modo coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como*

[837] GONZÁLEZ LAGIER, "Buenas razones… *op. cit.*, pp. 7-13.

[838] Prueba que ha revestido dispares denominaciones en el pasado. Así, se ha hablado de prueba "*por presunciones judiciales*" (ATC nº 332/1984, de 6 de junio), "*prueba indiciaria o circunstancial*" (STC nº 174/1985, de 17 de diciembre) o "*prueba de presunciones – llamada impropiamente indiciaria –*" (STC nº 169/1986, de 22 de diciembre).

comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".

Centrando los requisitos fundamentales que gobiernan la prueba indiciaria como prueba de cargo en el Derecho Penal, puede traerse a colación la STS de 10 de enero de 2000, MP Joaquín Jiménez García, según la cual la prueba indiciaria debe respetar el Derecho fundamental a la presunción de inocencia:

> *"siempre que existan varios indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, el que tiene que aparecer como razonable (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1990, 21 de mayo de 1992, 18 de junio de 1993, 5 de marzo de 1998 y 26 de octubre de 1999, entre otras), por lo que es exigible un plus de motivación en tales casos".*

En el mismo sentido el ATS de 31 de marzo de 2000 trata en profundidad esta cuestión[839]:

> *"para que la prueba indirecta o indiciaria pueda destruir la presunción de inocencia que ampara a todo acusado deben concurrir dos elementos fundamentales: a) los hechos básicos o indicios, que necesariamente han de ser múltiples –pues uno sólo fácilmente podía inducir a error-, los cuales han de estar plenamente acreditados, como dice el artículo 1249 del Código Civil, esto es, justificados por medio de prueba directa, elemento meramente fáctico* […] *b) la deducción lógica que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* […]. *La inferencia y sus parámetros genéricos ha sido construida por ambas doctrinas jurisprudenciales* […] *exigiendo de modo tan continuado que releva de su fácil datación pormenorizada dos grandes requisitos: a) El primero, consistente en que la fijación de los hechos-base o indicios se verifique mediante prueba directa* […] *b) El segundo, orientado hacia la verificación de que la inferencia es correcta, proyectado hacia las direcciones siguientes: pluralidad de los indicios, conexión con el hecho precisado de prueba e interrelación con tal fin o designio de los datos fácticos periféricos* […]. *El indicio aislado generalmente se ofrece inconsistente y ambiguo, debiendo darse en concurso o pluralidad con otros, radicando en su coincidencia o afinidad significativa la fuerza indicativa o de dirección que se les reconoce. Los hechos o datos indiciarios han de ser recogidos a virtud de prueba directa y aparecer relacionados o en conexión con la infracción criminal que se investiga. Aquella armonía o concomitancia y el vigor o potencialidad reveladora de cada dato o elemento en sí, es lo que puede llevar al Tribunal a formar una convicción ausente de cualquier duda razonable. Y es que la inferencia última, transida de*

[839] Doctrina vigente hasta la actualidad tal y como se puede apreciar en la más reciente STS nº 688/2009, de 18 de junio. Sin ánimo de extendernos, *vid.* la STS nº 774/2005, de 2 de junio, MP Francisco Monterde Ferrer, que contiene un prolijo detalle de los criterios básicos que deben guiar la valoración de semejante prueba.

racionalidad, se corresponderá con los dictados de la lógica en virtud del enlace preciso y directo entre el hecho probado y el que se trata de acreditar, según las reglas del criterio humano (artículo 1253 del Código Civil) (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio y 31 de diciembre de 1987, 23 de marzo y 30 de junio de 1989, 15 de octubre de 1990, 24 de enero y 5 de febrero de 1991, 7 de julio de 1993 y 4 de octubre de 1994. La relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal".

Pues bien, de esta vinculación entre la prueba indiciaria de cargo y la presunción de inocencia deriva la exigencia (por todas, SSTS de 9 de junio de 2008, de 5 de febrero de 2009 y de 2 de marzo de 2009, todas ellas MP Luciano Varela Castro) de que la imputación (en este caso, de una motivación al autor) supere lo que el Tribunal Supremo denomina el "canon de razonabilidad". El canon de razonabilidad se supera cuando las objeciones a la hipótesis condenatoria se muestran "*carentes de motivos racionales que las justifiquen*", de modo que la condena puede sostenerse "*más allá de toda duda razonable*". Dicho de otra manera, requiere la condena que no concurra una "irrazonabilidad del enlace"[840], pues ello supondría una vulneración del Derecho a la presunción de inocencia. *Sensu contrario*, la absolución no requiere, por lo tanto, que se justifique la falsedad de la hipótesis condenatoria, ni siquiera que se justifique la mayor probabilidad de la hipótesis absolutoria. Bastará con que se pueda sostener la posibilidad de dicha hipótesis absolutoria como alternativa razonable: de aquí la importancia del principio *in dubio pro reo*. Si de los indicios

[840] A partir de la conocida Sentencia nº 189/1998, de 29 de septiembre, ya había establecido el Tribunal Constitucional dos modalidades de irrazonabilidad en el enlace: "*La falta de concordancia con las reglas del criterio humano – irrazonabilidad – se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyen el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado* […] *En este ámbito de enjuiciamiento sólo podremos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada*". La jurisprudencia constitucional a este respecto es constante (SSTC nº 78//1994, de 14 de marzo; nº 93/1994, de 21 de marzo; nº 24/1997, de 11 de febrero; nº 68/1998, de 30 de marzo; nº 151/1998, 13 de julio; nº 157/1998, de 13 de julio; nº 171/2000, de 26 de junio; nº 124/2001, 4 de junio; o nº 29/2003, de 18 de diciembre).

concurrentes puede inferirse una motivación plausible y ajena al odio discriminatorio para la comisión del delito, no podrá aplicarse el artículo 22.4ª CP. Nos encontramos, pues, con una postura doctrinal asociada al establecimiento de las condiciones epistemológicas de la prueba[841]. Sintetizando todo lo anterior, a efectos de la aplicación del artículo 22.4ª CP, ya señaló la STS nº 360/2010, de 22 abril, MP Diego Antonio Ramos Gancedo:

> "*Hemos dicho cientos de veces que lo que el agente pretende, prevé, sabe o desea no puede ser establecido por prueba directa al tratarse de elementos íntimos del ser humano que no trascienden por sí al mundo exterior y que, por tanto, no son aprehensibles por los sentidos. Por eso, la determinación del ánimo que guía la acción material debe inferirse tras una evaluación intelectual de los datos fácticos concurrentes debidamente acreditados y de cuyo análisis sometido a las reglas de la racionalidad, del criterio lógico y de la experiencia común, fluya vigorosa la conclusión.*"

Así las cosas, una vez delimitada la operatividad de la prueba indiciaria de cargo conforme a nuestra jurisprudencia reciente, veamos qué indicios pueden suponer la superación del canon de razonabilidad; o cuándo "fluirá vigorosa la conclusión" de que el autor cometió el delito debido a su odio discriminatorio hacia una de las condiciones personales que enumera esta circunstancia agravante.

Partiendo de la práctica jurisprudencial anglosajona, se han considerado importantes indicios para estimar la concurrencia de motivos discriminatorios los siguientes[842]:

> (i) Manifestaciones realizadas por el autor inmediatamente antes, o bien durante, la comisión del delito (insultos referidos a estereotipos, etc.).[843]

---

[841] Principalmente, que no sea "*atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas*". *Vid*. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2004, *passim*, *cit*. p. 613.

[842] *Vid*. SANDLER, "Hate motivation… *op. cit.*

[843] Entre estos indicios podríamos situar la confesión a la víctima de la propia motivación, como sucedió en la SAP de Madrid, Sección 4ª, nº 136/2011, de 29 de noviembre, MP Javier Mariano Ballesteros Martín: "*ha resultado probado que el acusado dijo a la víctima que deseaba experimentar la muerte de una persona de color, y precisamente aquélla resultó ser una mujer de raza negra, y dado que lo que deseaba experimentar con relación a la misma era precisamente acabar con su vida, ninguna duda tiene este Tribunal de que el acusado actuó motivado por una actitud de menosprecio hacia la persona en concreto de raza negra que determina la procedencia de aplicar dicha circunstancia agravante.*"

(ii) Manifestaciones realizadas por el autor después de la comisión del delito (la ya referida confesión, etc.).

(iii) La presencia de determinados "símbolos del odio" en vestimentas, *graffittis* (pintar una esvástica), etc.

(iv) La pertenencia del autor a uno de los llamados "grupo de odio", la reivindicación por parte de ese grupo de la "autoría" del delito o la enemistad existente entre los grupos a los que pudieran pertenecer víctima y autor (piénsese en tribus urbanas ideológicamente enfrentadas).

(v) Si se atenta contra una propiedad, el valor simbólico de la misma (mezquitas, etc.).

(vi) El valor simbólico de la fecha en que se cometen los hechos (por ejemplo, el 20 de noviembre en España).

(vii) El conocimiento, real o percibido, de que su víctima tenía la condición personal que originó el odio discriminatorio (por ejemplo, indagaciones para confirmar que el local donde se comete el delito es "de ambiente gay", etc.).

(viii) Excluir al seleccionar a su víctima a quienes no revisten sus características (por ejemplo, en un autobús lleno de blancos, se ataca al único sujeto negro).

(ix) Ausencia de móvil alternativo.

(x) Si el delito es violento, cometerlo con especial virulencia.

(xi) Antecedentes de comisión de otros crímenes de odio por parte del autor.

(xii) Que la víctima se escoja al azar, siendo desconocida (o apenas conocida) por el autor antes de cometer su delito - *fungibilidad de la víctima* -.[844]

[844] Desde un punto de vista de perfil criminológico del "criminal de odio" tipo, los dos últimos serían los más habituales, si bien no a un nivel tal que su ausencia o presencia pueda, sin más determinar la motivación, *vid*. LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit.*, p. 17 y ss. También han sido admitidos similares indicios, ya en nuestro ordenamiento, como "*indicadores de identificación de delitos de odio*". Es decir: no como pruebas irrefutables, sino como elementos que, de concurrir, aconsejarían continuar las iniciales investigaciones para determinar si realmente los hechos se cometieron por motivos discriminatorios (*vid*. IBARRA, "Metodología de Intervención con la Víctima del Delito de Odio", *CdA*, 2012, p. 73 y ss.).

En nuestro ordenamiento, esencialmente se han reproducido similares indicios para la aplicación de la agravante en la práctica forense[845], si bien existe por parte de nuestros tribunales cierta tendencia a conferir preponderancia a los siguientes: la utilización de expresiones de odio previas a la comisión del delito – en ocasiones, acompañadas del empleo de determinada simbología[846] - y la gratuidad o injustificabilidad de la agresión (es decir, la ausencia de móvil alternativo/fungibilidad de la víctima).[847] El Tribunal Supremo, en particular, confiere mucha importancia al indicio consistente en que se profieran insultos reveladores de la presencia de odio discriminatorio en los momentos

[845] Enumerados en el exhaustivo análisis de DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas… *op. cit.*, p. 379, lo más "llamativo" de nuestra jurisprudencia sería buscar pruebas de la ideología del autor (STS de 24 de abril de 2002), de sus sentimientos (SAP de Huelva de 18 de abril de 2005), pruebas periciales de la motivación interna (SAP de Madrid de 5 de mayo de 2005) o evaluaciones psicológicas para determinar los móviles (SAP de Castellón de 25 de abril de 2005). No compartimos el alto grado de indignación de este autor, ya que no por buscar indicios, por mucho que se refieran a la personalidad del autor, dejan de ser eso: indicios. No se trata de una manifestación del Derecho penal de autor, pues no se sanciona dicha personalidad. Lo que ocurre es que, probada una determinada creencia, puede servir como un indicio más (en ningún caso, definitivo por sí sólo). Ahora bien, convenimos en que en ciertas ocasiones, algún pronunciamiento parece traspasar esa línea. Es el caso de las SSAP de Barcelona nº 32/2003, de 26 de octubre, o de Madrid nº 136/2011, de 29 de noviembre, cuando afirman que "*es preciso que exista una especial predisposición del autor del delito que ha de traducirse en su posterior conducta*". No podemos admitir que sea "preciso": simplemente, de acreditarse, será un indicio más a tomar en consideración.

[846] Por ejemplo, confirmó la STS nº 360/2010, de 22 abril, MP Diego Antonio Ramos Gancedo, la concurrencia de la circunstancia agravante en un delito de asesinato con base en la siguiente prueba: "*El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional "contra el racismo antiespañol"; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos "Sieg Heil", de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Teodoro , a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra "guarros" para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de Teodoro, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Fermín contra Teodoro*." En el caso de la STS nº 713/2002 de 24 abril, MP Joaquín Martín Canivell, se destacaba también que se profirieron determinadas expresiones, en conjunción con ciertos aspectos simbólicos. Atendiendo a los hechos probados: "*un grupo de jóvenes perteneciente al sindicato de Estudiantes de Izquierda (SEI) se encontraba pegando pasquines o carteles sobre las paredes de los edificios de la zona llamada del "Rollo" de esta ciudad, muy frecuentada a dichas horas por la juventud zaragozana en un sábado, y que anunciaban la convocatoria de una huelga estudiantil patrocinada por dicho sindicato e invitaban a que fuera secundada. Cuando, cumplido su cometido, se alejaban del sector* […] *fueron vistos por un grupo de los conocidos como "cabezas rapadas" o "Skin-heads" de comportamiento violento y de doctrina totalitaria e intolerante opuesta frontalmente a las creencias de los pertenecientes al Sindicato de Estudiantes de Izquierda, quienes fueron insultados por aquéllos con frases como: "guarros, venid uno a uno que os vamos a rajar a todos"*; concluyendo "*la real existencia de una palpable y evidente motivación ideológica en los agentes del mismo que actuaban en ocasión de los hechos en un grupo que exteriorizó su oposición al de los que resultaron amenazados y agredidos, de tendencia contraria.*"

[847] Con carácter general, GARCÍA AÑÓN, "Garantías jurídicas… *op. cit.*, p. 67 y ss.

inmediatamente anteriores a la comisión del delito[848]. Así, en sentido negativo (STS nº 1125/2001, de 12 de julio, MP Julián Sánchez Melgar) ha llegado a rechazar la aplicación de la agravante a un supuesto de detenciones ilegales a un inmigrante senegalés porque no resultaba *"suficientemente probado que, en el curso del narrado actuar policial, los acusados dirigieran al denunciante insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional"*.

Sin embargo, al margen de la mayor importancia de unos u otros indicios *en el caso concreto*, lo que como punto de partida debemos señalar es que ninguno de ellos puede ser entendido como determinante *por sí mismo* para la aplicación del artículo 22.4ª CP, y de hecho la jurisprudencia suele obrar conforme a este

---

[848] Así la STS nº 364/2003, de 13 de marzo, MP Perfecto Andrés Ibáñez: "*la sala de instancia sitúa el uso de la expresión «moro de mierda», dirigida por la acusada B. G. al luego lesionado, en el inicio del incidente, que se prolongó de inmediato en la acción de la otra acusada consistente en tirar al suelo las flores que vendía aquél, que, al tiempo, recibió de la misma una patada en los testículos. Después, la persecución se llevó a cabo a gritos de «al moro, al moro». Todo, mientras el acosado se limitaba a adoptar una actitud meramente defensiva. Así las cosas, dado el uso de aquellas expresiones y la absoluta gratuidad de la agresión, la inferencia consistente en atribuirle como único fundamento la particularidad racial de la víctima no sólo no puede considerarse arbitraria, sino que está dotada de plena racionalidad.*" En similar sentido, el ATS nº 2131/2005, de 20 de octubre, MP Juan Saavedra Ruiz: "*el día de autos, primer día de marzo del 2003, el recurrente cuando viajaba en el interior de un vagón de la línea 3 del Metro de Barcelona, comenzó a gritar diversas consignas de ideología fascista, y que en determinado momento, al apreciar la presencia de Domingo y Jon, ambos de etnia magrebí, en el vagón, sin solución de continuidad, se dirigió al primero de ellos con la expresión «¿Qué estás mirando, moro de mierda?», para acto seguido y sin que constase provocación por ninguno de los dos norteafricanos citados, sacó una navaja de tipo mariposa y agredió con ella a Domingo.*" No obstante, lo cierto es que la sentencia de instancia (SAP de Barcelona nº 1210/2004, de 16 de diciembre, MP Jesús Navarro Morales) no sólo tuvo en cuenta las expresiones proferidas, sino también la ideología política del sujeto y los "símbolos del odio" que ostentaba: "*El probado hecho de que el acusado, al tiempo de ocurrir los hechos, tenía una marcada afinidad por la ideología fascista como lo acredita no solo el indubitado hallazgo en su habitación* […] *de numerosos libros, postales, fotos, etc referentes a Hitler, a la Falange y a la División Azul, sino también la estética "Skin" y la indumentaria propia de los cabezas rapadas que el acusado lucía, que el mismo niega pero que se ofrece como patente a partir de la declaración de la víctima, de los fotogramas de la filmación de vídeo de la estación del metro del mismo dia de los hechos* […] *y de la fotografía del reconocimiento fotográfico* […], *claramente ilustrativas de ese extremo; y* […] *al entrar en el vagón del Metro, escenario de los hechos, comenzó a gritar consignas fascistas, tales como "Hail Hitler" y otras semejantes- así lo reconoce el propio amigo del acusado, Jose Augusto en el plenario-, y que, seguidamente, se acercó adonde estaban sentados el perjudicado y su acompañante y les escupió al tiempo que le espetaba a la víctima "¿Tu qué miras, moro de mierda?; resultando acreditado tal extremo merced a la declaración firme y persistente del perjudicado Franco, quien, tanto en el plenario como en su declaración ante el Juzgado* […] *describe el mismo relato con fiable coincidencia.* […] *Se antoja, pues, inconcuso para este Tribunal que el hecho diferencial de pertenecer visiblemente la víctima a una etnia- que algunos de los que son afines a la ideología fascista denigran y desprecian por reputarla inferior- fue determinante para que el acusado actuase en la forma que lo hizo*".

criterio[849]. Creo que existe el riesgo, dadas las particularidades de la prueba indiciaria, de que de la descontextualización del "cuándo se aplica y cuándo no la agravante" pueda crearse la ilusión de una aplicación arbitraria o caótica. Si asumimos que lo que debe probarse es una motivación, y que dicha motivación se infiere de indicios, lógico será que aunque en dos casos concurra el mismo indicio no se llegue a análoga conclusión sobre la aplicación de la agravante, porque el contexto, la inmediación en el acto del juicio, la credibilidad de los testigos, etc.; se desarrolle de manera distinta. Si hablamos de prueba indiciaria, no puede pretenderse establecer unas pautas inequívocas, sino tan sólo unas líneas generales de los indicios que más probablemente podrán tomarse en consideración. Así, sin ánimo exhaustivo, expondremos una serie de reflexiones

[849] Por ejemplo, el indicio determinante en el caso de la SAP de Madrid, Sección 29ª, nº 53/2010, de 30 junio, MP Marta Pereira Penedo (confirmada por la STS, Sala 2ª, nº 815/2011, de 11 de julio) fue la estética de agresores y víctima. Sin embargo, nótese que no parte de ahí, sin más, la inferencia, sino de un cúmulo de factores y contextos (el carácter pacífico de la víctima, que determinó la ausencia de móvil alternativo, etc.), conforme a los siguientes indicios: "*La aplicación de tal circunstancia se basa en la existencia de dos premisas, tales como son la militancia skinhead o simpatía neonazi de los agresores, y el aspecto punk que tenía la víctima. En primer término se cuestiona por los acusados su militancia o simpatía neonazi referida, sin embargo, la Sala, a la vista de la prueba practicada llega a la conclusión de la integración de los acusados en este movimiento, aunque no lo sea en forma de militancia. Tal acreditación se basa, en primer término, en la estética externa que presentaban los acusados al tiempo de comisión de los hechos, común a los tres intervinientes tal como pelo rapado, cazadora tipo bomber, sudaderas con capucha y otras análogas. Su aspecto externo ha determinado unánimemente en todos los intervinientes a lo largo de la instrucción de la causa que se hayan referido a los acusados (también a Arturo) como skins. Durante la investigación de la causa y para identificación de los autores de los hechos, entre las distintas gestiones realizadas por la policía debe reseñarse la comunicación con los Grupos especializados en Tribus Urbanas, confirmándose la pertenencia de Estanislao a grupos radicales de ultra derecha, lo que se confirma en el plenario por el Policía Nacional NUM007, quien lo amplía al resto de los acusados. También se da la circunstancia de que frecuentan establecimientos relacionados con dicho movimiento Skin-head, como es el caso del local Drakar sito en los aledaños del estadio Santiago Bernabeu, lugar de reunión, esencialmente los días en los que se celebran los partidos de fútbol. Entre el material probatorio existente se encuentran también las conversaciones telefónicas intervenidas de las que se deriva el propio reconocimiento de los acusados de su pertenencia a tal ideología. La pertenencia al grupo mencionado se realiza solo como antecedente para fijar el enfrentamiento existente entre dicho grupo y aquellos otros integrantes de la ideología punk, estética que tenía la víctima al tiempo de comisión de los hechos. Aunque sorprendentemente por los testigos, acusadores particulares, no se ha venido a hacer una declaración contundente de tal aspecto estético, lo cierto es que ya en la inicial diligencia policial (folio 1) la madre de Julián describe su aspecto como que tenía una cresta de color rosa, rapado el pelo por ambos lados y que llevaba una sudadera que, posteriormente se pudo determinar que contenía el lema "el fascismo avanza si no se le combate". Pues bien, en la causa se ha expuesto de forma absolutamente clara que el único motivo para atentar contra la integridad física de Julián fue su aspecto punk, aunque conocieran que era una persona pacífica y nada conflictiva. La declaración de todos los acusados en este punto es unívoca y la única razón para "acojonar" a Julián, en cualquiera de las formas barajadas, fue su aspecto punk. Pero además, no se puede llegar a otra conclusión distinta, habida cuenta que, entre los distintos partícipes y la víctima, ni en los momentos previos al ataque, ni con anterioridad se había suscitado cuestión alguna de la que pudiera derivarse el acometimiento posterior.*"

atendiendo al peso de diversos indicios y contraindicios habitualmente evaluados por nuestra jurisprudencia.

Comencemos por la pertenencia a determinadas organizaciones (por ejemplo, de corte *skinhead*, ya sea neonazi o de extrema izquierda). Numerosos estudios demuestran que las mujeres que ingresan en organizaciones *skinheads* no lo hacen porque realmente odien o tengan prejuicios hacia determinadas condiciones personales, sino por razones diversas que incluyen el mantenimiento de amistades o la presión de grupo; habiendo llegado incluso a afirmar que se sienten mal cuando otras personas consideran que son personas llenas de odio (*haters*) por el hecho de su estética *skinhead*[850]. Como ya demuestran investigaciones efectuadas en nuestro país acerca de *skinheads* neonazis, esto es igualmente predicable de los hombres[851].

También plantea problemas la cuestión de los "símbolos" empleados por estos grupos, entendidos como "el espectáculo" de su ideología. Ciertamente, un potente indicio para la aplicación del artículo 22.4ª CP podría ser que el autor dibujara sobre el cadáver de su víctima judía una cruz gamada dextrógira. Sin embargo, surgen dos problemas. El primero, la proliferación de símbolos aparentemente normales, que pueden exhibir determinadas connotaciones ideológicas[852]: el hecho de que estos grupos violentos empleen cada vez más

---

[850] *Vid., passim*, BLEE, *Inside Organized Racism: Women in the Hate Movement*, 2003, cit. pp. 49-50.

[851] *Vid., passim*., SALAS, *Diario… op. cit.*, 376 pp. Por ejemplo, no puede obviarse que el movimiento *skinhead* neonazi abarca una compleja amalgama de factores de atracción, desde un estilo musical (*oi!*) hasta el amor a la naturaleza y el deporte, el gusto por la música clásica, el interés por el paganismo y la fascinación por los conceptos de honor, lealtad y camaradería. No necesariamente ha de ser el odio discriminatorio hacia una condición personal lo que determine la afiliación de un sujeto a uno de estos grupos, aunque posteriormente se vea imbuido de él.

[852] Puede consultarse parte de esta ingente variedad en MADRID/LÓPEZ, "Análisis de la simbología del odio", IBARRA (dir.), *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, pp. 57-83; o en DOCAL GIL/FLÓREZ LÓPEZ, "Símbolos del Odio: Análisis de la simbología del Odio", GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 85-121. Normalmente, el estudio de estos símbolos se ciñe a motivos neonazis, concretamente a los propios de *skinheads* de dicha tendencia. No podemos obviar que el artículo 22.4ª CP se puede aplicar también a un sujeto de tendencia contraria (pongamos, sin abandonar esta tribu urbana, a uno de los llamados "*Skin Head Against Racial Prejudices*" – de extrema izquierda - que agreda por odio ideológico a un manifestante afín a un partido político

símbolos cotidianos dificulta sobremanera la atribución al símbolo, por sí mismo, de un carácter probatorio determinante. De otro lado, es posible que el autor emplee esta simbología "indubitada" (por ejemplo, una esvástica) con motivaciones que no se correspondan con el odio discriminatorio[853]. No por exhibir determinada simbología debe concluirse, sin más, que el sujeto cometió el delito por motivos discriminatorios[854].

Deteniéndonos en el valor simbólico de la fecha de comisión del delito, podemos referir la matanza del instituto de *Columbine*, en 1999, en la que los dos autores escogieron el 20 de Abril por ser el día en el que nació Adolf Hitler. Sin embargo, parece que su motivación no era tanto el odio discriminatorio como la venganza por no sentirse aceptados[855]. Lo mismo puede decirse cuando al valor simbólico de las fechas se añade el de los bienes dañados, lo cual pudiera

---

socialdemócrata). Evidentemente, la simbología cambiará y con ello las necesidades de la investigación.

[853] Atendiendo a la práctica forense de quien suscribe, un sujeto amenazó a otro vía correo electrónico con matarle a él, a su mujer y a su hijo no nato. Se trataba de un acto de venganza, por entender el autor que su despido laboral traía causa de lo que su víctima y excompañero (que podría considerarse como perteneciente al estereotipo mayoritario español) había comunicado a sus jefes. Creó al efecto una dirección de correo electrónico falsa, bajo el pseudónimo de "pesadillatuya88". Este número (88), cuyo significado es "*Heil Hitler*", tenía como principal finalidad dificultar su identificación. Sin embargo, aunque concurría esta "simbología del odio", ello no era indicio válido para la apreciación del artículo 22.4ª CP. Un supuesto similar al relatado tuvo lugar en EE.UU., pero al producirse en un contexto diferente que permitía una distinta valoración del indicio, se convirtió en la primera condena por un crimen de odio cometido a través de Internet (*United States of America vs. Richard Machado, United States District Court for the Central District of California*, SA CR 96-142-AHS, TR vol. 1, pp.1-150-51). En el llamado "caso Machado", un estudiante creó una cuenta de correo electrónico y envió varios correos bajo el pseudónimo "*Motherfucker Asian Hater*". Los correos iban dirigidos a estudiantes de su campus universitario cuyos apellidos tuvieran alguna resonancia asiática, profiriendo amenazas con un alto contenido simbólico. Al margen de las dificultades para probar la autoría real de delitos informáticos (en ese caso, una cámara lo grabó todo y un testigo declaró haber presenciado igualmente que el Sr. Machado era la única persona a esa hora en la sala de ordenadores), lo cierto es en ese caso sí se consideró indiciariamente acreditada la motivación.

[854] En este sentido, podemos traer a colación el relato "Notwehr" de VON SCHIRACH, *Verbrechen*, 2009, 208 pp. La historia comienza con una hábil maniobra narrativa: describiendo a dos sujetos de estética neonazi (cabezas rapadas, botas militares, etc.). Así, el lector está predispuesto a que se le narre un crimen de odio (incluso uno de los sujetos lleva la palabra "odio" tatuada en la mano). Sin embargo, los sujetos no escogen a su víctima por razón de ninguna condición personal (más bien, fruto de un brote de violencia, deciden incordiar al único sujeto que se encontraba presente). Y, finalmente, resultan ser ellos dos las víctimas. A pesar del estereotipo que se presentaba al principio, en ningún momento se concretó la comisión de un crimen de odio.

[855] *Vid.* LEVIN/MCDEVITT, *Hate crimes revisited… op. cit.*, p. 3.

sugerir la indubitada presencia de odio discriminatorio (como incendiar sinagogas el día del *Yom Kippur*). Pues bien, pese a todo, puede que no concurra realmente esa motivación[856]. Del mismo modo, un supuesto aparentemente claro para la aplicación del artículo 22.4ª CP (por ejemplo, un *skinhead* neonazi que agrede a un inmigrante) pudiera no estar motivado por odio discriminatorio, sino por otras causas. Máxime cuando al concurrir varias motivaciones posibles debe imperar el principio *in dubio pro reo*[857].

Por último, el proferir expresiones no implica necesariamente que estemos ante un crimen *motivado* por odio discriminatorio. A lo sumo, significará que – por ejemplo - el autor de unas lesiones es neonazi y como venimos reiterando a lo largo del presente trabajo, lo que se toma aquí en consideración no es sin más la ideología del autor, sino que *cometa el delito motivado* por su odio hacia la ideología de su víctima. El hecho de que tenga una determinada ideología

---

[856] Rememoraremos un supuesto acaecido en 1983 en Hartford, Connecticut. Efectivamente, se provocaron varios incendios (en sinagogas y en la casa de un rabino, uno de ellos durante el Yom Kippur). Aparentemente, se trataba de un crimen de odio antisemita. Sin embargo, el FBI elaboró un perfil y detuvo finalmente al autor de los hechos: Barry Dov Sus, un joven judío, habitual de la primera sinagoga que había ardido. Su motivo era rebelarse contra la autoridad en un arranque propio de la adolescencia. Esto demostraría que las motivaciones aparentes pueden ser engañosas y, al mismo tiempo, que puede esclarecerse cuáles eran. *Vid*. DOUGLAS/OLSHAKER, *The Anatomy of Motive*, 1999, p. 70 y ss.

[857] Paradigmático ejemplo de ello, afirma la STS nº 460/2010 de 14 mayo, MP Francisco Monterde Ferrer: "*Cree el recurrente que el juicio de inferencia efectuado por la Sala de instancia sobre el elemento subjetivo -odio racista neonazi, sobre el origen magrebí de la víctima- del hecho, ha de ser revisado casacionalmente, y ser aplicada la agravante, prevista en el art. 22.4ª CP, de cometer el delito por motivos racistas e ideológicos, existiendo dos premisas probadas como son la militancia skinhead o simpatía neonazi de los agresores, y el origen magrebí de la víctima.* […] *El Tribunal a quo realiza una exposición de los motivos por los que rechaza la agravante cuya aplicación reclama el recurrente, que podrá o no convencer al mismo, pero que no está desprovista de razonabilidad ni de lógica, reuniendo los requisitos de motivación que a la Sala de instancia le son constitucional y legalmente exigibles. Así, en su fundamento jurídico quinto, tras reconocer la ideología neonazi e incluso de la militancia "skinhead" de D. Ángel Daniel, y la simpatía de los acusados D. Eduardo y D. Jose Augusto con tal ideología, así como el indudable origen magrebí de la víctima, sin embargo concluye que no existe prueba en las actuaciones de que estos tres acusados actuaran por motivos xenófobos. Y así explica que, "lejos de ello, desde un primer momento se ha puesto de relieve que el motivo de su actuación trae su causa en unos daños causados en el vehículo de Jose Augusto que éste atribuye a Mourad, y por los que formuló denuncia, que ha sido unida a las actuaciones, el día 15-9-07 manifestando, ya entonces, sus sospechas de que Hernan pudiera ser el autor de los mismos. Por su parte, Basilio manifestó que cuando se habló en el coche del tema, no se habló de los daños, aunque sí se habló después, y lo que se comentó fue que un chaval había amenazado a Jose Augusto y a su novia y que iban a pegarle un susto y que se trataba de un moro y que la novia era española. No consta que se hicieran más comentarios sobre el origen de Hernan ni ninguna otra circunstancia de la cual pueda inferirse racionalmente que fuera el origen de Hernan determinante de la actuación de los acusados". Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.*"

puede servir de indicio para probar su motivación, pero será sólo eso: un indicio, susceptible de ser refutado por contraindicios, como sucedió en la STS nº 241/2006, de 24 de febrero, MP José Antonio Martín Pallín[858].

De hecho, lo mismo puede decirse acerca del valor de un contraindicio en sí mismo, aisladamente considerado. Conviene detenerse, por su profusión casuística, en lo que podríamos denominar la "alegación de amistades": que no se cometió el delito por odio discriminatorio hacia una condición personal porque el autor tiene algún amigo que la reviste[859]. A este respecto, recordemos que el odio discriminatorio se dirige contra el estereotipo que representa la víctima. El autor odia a la víctima porque ve en ella la representación del estereotipo, pero eso no implica que tenga que odiar necesariamente a todos y cada uno de los sujetos que compartan la condición personal de que se trate. Llegado el caso, puede humanizar a un sujeto concreto atribuyéndole características que difieran de las del estereotipo. Así, un sujeto puede odiar al estereotipo de "raza negra". Sin embargo, existe la posibilidad empíricamente contrastada de que sea amigo de un particular sujeto negro[860], probablemente porque la atribuya valores divergentes a los de su estereotipo ("es negro, pero

---

[858] "**...***a primeras horas de la madrugada del día 28 de diciembre de 2002, se produjo en el Paseo del Salón de esta ciudad un enfrentamiento entre varios jóvenes de nacionalidad española, en la cual se habrían podido producir agresiones al menor Valentín, hechos que no son objeto de enjuiciamiento en este acto; pero que dieron lugar a que por parte de uno de los amigos del menor supuestamente agredido, Carlos Miguel, se llamase por medio del teléfono móvil a otro amigo suyo, de origen hispano americano, Jose Manuel; iniciándose de esta forma una cadena de llamadas telefónicas entre un amplio grupo de jóvenes del mismo origen que el anterior, citándose en el Salón para actuar contra el grupo supuestamente agresor.* […] *iniciándose inmediatamente a aquel forcejeo una riña multitudinaria entre ambos grupos, en la que además de las agresiones los intervinientes se proferían insultos y amenazas, algunos de los primeros de carácter racista o xenófobo; disgregándose en el curso de la pelea distintos grupos de contendientes que huían o se acometían en distintos lugares del Paseo del Salón y aledaños.* […] *En este caso, no sólo carecemos de la necesaria precisión en los datos que dan vida al elemento subjetivo de la agravante sino que estamos convencidos de que, el enfrentamiento entre bandas tuvo origen en una rivalidad en la que el factor de la procedencia nacional fue meramente circunstancial.*"

[859] Así la SAP de Barcelona nº 1210/2004, de 16 de diciembre, MP Jesús Navarro Morales: "*En su vano intento de diluir el tinte racista de su actuación, el acusado aseveró que él no era racista, que su madre es filipina y que su amigo, uno de los testigos, es argentino. Pues bien, aunque sean ciertas la nacionalidad de su madre y la de su amigo, es obvio que ello no impide que pueda comportarse de una forma racista con quienes entiende pertenecen a una etnia que él conceptúa como inferior a su mestizaje.*"

[860] Similar a lo que declarara Jonathan SWIFT en su carta a Alexander POPE, el 29 de septiembre de 1725: "*I hate the tribe of lawyers, but I love Counsellor such a one, and Judge such a one*".

es distinto a *los otros*")[861]. Sintetizando estas cuestiones, señalaba la SAP de Madrid, Sección 17ª, de 28 de Junio de 2010, MP Manuela Carmena Castrillo:

> "*El Letrado de la defensa de Eleuterio combatió con insistencia, en el acto de su informe, la aplicación de esta agravante. En los interrogatorios que dirigió a los testigos presenciales así como a los que él mismo propuso se centró en demostrar que Eleuterio, en absoluto, tenía actitud racista de ninguna índole. Así, comparecieron dos de sus hermanos a hablarnos de la actitud liberal y tolerante de Eleuterio y de como el hermano mayor de todos ellos es homosexual y todos lo aceptan con naturalidad y tolerancia. También comparecieron como testigo de la defensa Jose Ramón amigo de Eleuterio, cuya madre nos dijo era de color y procedente de Guinea Ecuatorial, con la que Eleuterio había tenido mucho trato y había compartido comidas así como Mario, persona de raza negra procedente de Colombia y quien dijo ser amigo de Eleuterio y que trabajaba como portero de discoteca en un After (que él llamó amanecedero). Pues bien, y sin perjuicio de algunas consideraciones que pudimos apreciar sobre lo que creemos que puede ser el ambiente familiar en el que se ha desarrollado la personalidad de Eleuterio, debemos precisar antes de nada que la circunstancia agravante de racismo puede concurrir por un mero hecho de carácter racista, sin que desde luego sea preciso que exista una actitud permanente de encuadramiento en una estructura ideológica o en grupos organizativos de la misma, que defienda la discriminación por la raza, como sin duda son los movimientos fascistas y nazis. Además el que una persona, en concreto, puede tener en un momento determinado un comportamiento racista en relación con la raza negra, no está reñido con que pueda tener buena relación con otras personas de esa misma raza.*"

Concluyendo ya este somero repaso de indicios y contraindicios de la motivación, no queremos pasar por alto la polémica de los análisis periciales psicológicos del sujeto, que podrían funcionar en ambas direcciones. Partiremos de ciertas consideraciones previas a su hipotética incardinación jurídico-penal.

No puede obviarse que, a partir del estudio de una actitud, es posible explicar una conducta: por ejemplo, si una persona tiene un prejuicio racista (actitud negativa), no es descabellado plantear que haya cometido un crimen contra un sujeto de otra raza motivado por ese prejuicio. Como ya señalara DORADO, para explicar el comportamiento de un hombre cualquiera, "*no hay sino escudriñar lo*

[861] LEVIN/MCDEVITT, *Hate Crimes revisited… op. cit.*, p. 28, refieren esta curiosa circunstancia: dos jóvenes, negro y blanco, que odiaban a los colectivos del otro, pero que se hicieron amigos al compartir habitación en la Universidad. Sin embargo, esto no hizo que modificaran su prejuicio, sino que justificaran su amistad, atribuyendo el uno al otro características que, seguían defendiendo, no correspondían a *negros* y *blancos*.

que ese hombre sea"[862]. Existen numerosos modelos tipo *test* que permiten evaluar si un sujeto siente odio discriminatorio hacia determinada condición personal (MMPI, MMPI-2 o IAT). Estos modelos, obviamente, sólo pretenden demostrar la actitud; y se emplean con asiduidad en mediación penal, entre otros objetivos, con el fin de determinar si el autor que voluntariamente ha decidido someterse al mecanismo tiene un prejuicio de esta clase hacia su víctima, lo cual desaconsejaría la práctica de la mediación por ausencia de *mediation potential*.[863]

Pues bien, podrían plantearse dos formas de articular la hipotética utilidad de estos modelos (o cualquier informe pericial psicológico o psiquiátrico) a efectos probatorios del artículo 22.4ª CP:

a. De un lado, puede pretenderse afirmar que un resultado positivo acreditaría que un sujeto es racista, y que ello indicaría que cometió el delito motivado por su prejuicio hacia la raza de su víctima.

b. De otro lado, la hipótesis contraria: si el *test* es negativo, podría pretenderse afirmar que en ningún caso cometió el delito por tales motivos.

Esto parte, como mínimo, de dos falacias. Primero, ese *test* sólo serviría, en su caso, para demostrar que el sujeto era racista. Pero el artículo 22.4ª CP no sanciona el *prejuicio del autor en sí mismo considerado*, ni el hecho de que el autor *sea* un "odiador" de determinada condición personal. Tampoco sanciona el hecho de que el autor cumpliera con los requisitos de un "tipo normativo" de "autor de crímenes de odio"[864]. Por lo tanto, lo que el artículo 22.4ª CP exige es acreditar la concreción *ad extra* del prejuicio como motivación para la comisión del *hecho típico*, que es lo que se sanciona. Como hemos dicho, por sí sola una

[862] DORADO MONTERO, *Nuevos derroteros penales… op. cit.*, pp. 83-84.
[863] *Vid.*, *supra*, Primera Parte, Capítulo III.4.
[864] Este "tipo normativo de autor" se discerniría *valorando* si esa clase de conductas las habría cometido, por ejemplo, un racista; en lugar de *comprobando* fácticamente que el autor tenía una personalidad racista. *Vid*. ALONSO ÁLAMO, "Sentimientos... *op. cit.*, *passim* y p. 60 y ss.

actitud racista no sería más que otro indicio, por sí mismo insuficiente sin atender a otras cuestiones que permitan configurar el canon de razonabilidad, o hablar de la irrazonabilidad del enlace. Segundo, esos *tests* nos hablan, en su caso, del prejuicio en el momento de realizar el *test*, no del existente cuando se cometió el delito: nuevamente, por sí sólo, no puede ser determinante el resultado. Dicho esto, si se pretendiera obligar al imputado a que realizara esta clase de *tests* o a exigirle que aportara uno para demostrar que no tenía determinada motivación, se estaría vulnerando el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* y consagrando una inaceptable inversión de la carga de la prueba. No parece que nos encontremos ante una posibilidad admisible como indicio de cargo, pues no podría nunca obligarse al autor a someterse a esta clase de evaluaciones. Sin embargo, nada obsta a que un sujeto se someta como pericial de parte a una de ellas y si el resultado indica que no reviste ningún prejuicio, decida aportarlo al procedimiento como contraindicio. Con las limitaciones propias de todo contraindicio, frente a los indicios que pudieran existir.

Llegados a este punto, creo haber expuesto las bases para concluir esta breve reflexión sobre la prueba indiciaria, conforme a nuestra práctica jurisprudencial y respecto del artículo 22.4ª CP. Partiríamos de un error si pretendiéramos establecer parámetros absolutos, del estilo: "de concurrir el indicio *x*, siempre habrá de aplicarse el artículo 22.4ª CP". Lo mismo, viceversa, si a un contraindicio nos estuviéramos refiriendo. Ello supondría obviar la forma en que viene articulándose la prueba indiciaria en nuestro ordenamiento, plenamente válida para construir la verdad forense a la que aspira el proceso penal. Todos los indicios reseñados permitirán inferir al juzgador la existencia de un prejuicio y, en su caso, si dicho prejuicio pudo motivar la comisión del delito que igualmente está enjuiciando. Pero no será por sí sólo un "indicio destacado en materia de crímenes de odio" el que suponga la apreciación de la agravante, sino el conjunto de elementos con el que el juez construye la verdad forense. En este caso, esta verdad forense requiere de una doble labor: atender a

los indicios para determinar si pudo concurrir el odio discriminatorio y también razonar si ese odio discriminatorio pudo ser "la" motivación del delito.

Lo esencial para la aplicación del artículo 22.4ª CP es que el móvil discriminatorio sea la motivación de la acción delictiva. En este sentido, la SAP de Cuenca Nº 49/1998, de 7 julio, MP Leopoldo Puente Segura definía esta operación de la siguiente manera:

> "*el aplicador del Derecho deberá preguntarse, a la hora de valorar la posible aplicación de esta circunstancia, si prescindiendo del móvil discriminatorio (eventualmente existente) el delito se habría cometido igualmente o si, por el contrario, sin aquél no habría tenido lugar éste, apreciando la circunstancia en el primer caso y despreciándola en el segundo.*"

Si tras efectuar dicha operación persisten dudas acerca de cuál fue la motivación del delito (especialmente si una de las motivaciones plausibles conllevaría efectos atenuatorios), dada la vinculación del "canon de razonabilidad" con la presunción de inocencia (y con el principio *in dubio pro reo*), deberá concluirse que aunque determinadas creencias resulten acreditadas, ello no implica que hayan sido éstas la motivación para cometer el delito. En este sentido, señala la STS nº 585/2012, de 4 de julio, MP Luciano Varela Castro:

> "*Desde luego el recurso no llega a vincular inexorablemente la adopción de opiniones o ideologías políticas favorables a la independencia con la necesidad de realizar actos de agresión contra quienes no postulan iguales ideas o no pertenecen a la nación o grupo social para el que se reclama la independencia política. Por ello, para predicar que concurre el presupuesto típico de la agravante reclamada, sería necesario que el hecho probado predicase, además de la ideología atribuida al acusado, que fue ésta precisamente la que le movió a ejecutar la agresión.*"

En definitiva, repitamos una vez más que, desde la perspectiva que aquí hemos propuesto, los indicios deben ir encaminados a enervar la presunción de inocencia probando la concurrencia de la motivación de odio discriminatorio. Se trata de una labor compleja para un juzgador que deberá extremar las cautelas. Evidentemente, como ya señaláramos, nadie está libre de prejuicios

sobre estereotipos[865]. En este sentido, debe exigírsele una especial imparcialidad y respeto a las normas procesales (también al tribunal de apelación si mantiene la condena) para que pueda constatarse que la certeza personal con base en la cual aplicó la circunstancia agravante se fundamenta en un verdadero razonamiento lógico, y no en un cúmulo de prejuicios[866]. Prejuicios a los que el acusado – si, por ejemplo, vestía de determinada manera - se expone a efectos del artículo 22.4ª CP, como se expone *siempre* todo acusado que ante un juez se presenta vestido o hablando en la forma en que lo hace.

No obstante, cierto es que existen algunos sesgos cognitivos[867] destacables en lo que al artículo 22.4ª CP se refiere. Puesto que el juzgador ha de valorar si el autor actuó o no guiado por un prejuicio, le será difícil abstraerse, por ejemplo, del llamado *in group bias*: sesgo que provoca la errónea valoración de que, como el sujeto pertenece a un grupo, comparte las características - la actitud estereotipada - de ese grupo. Así, si el operador debe juzgar a un *skinhead* neonazi, el sesgo influirá en la posible valoración de que el sujeto actuó motivado por un prejuicio racista. Su prejuicio será indicio del prejuicio ajeno. Otro tanto de lo mismo puede decirse en aquellos supuestos en los que el juzgador comparta alguna de las características de la víctima, especialmente si se trata de la condición personal que supuestamente motivó la comisión del delito. Podría decirse que en el ámbito de del artículo 22.4ª CP se hace especialmente compleja la convivencia con la incertidumbre, por lo que el reconocimiento de la existencia de los sesgos deviene destacadamente necesario a la hora de exigir una especial motivación de la sentencia: que se relacionen de

[865] Como declamaba Amado NERVO sobre el lugar común: "*Expresión dicha ya por cien millones de bocas, está así santificada*."

[866] Siguiendo a FRISTER, "La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal", *InDret*, 2011, p. 16: "*En razón de la estructura intuitiva de la formación de la convicción tampoco un juez profesional, con experiencia, puede excluir con seguridad de la sentencia prejuicios, preferencias y animosidades efectivamente existentes. Incluso cuando él no le quiera asignar ningún valor a los factores referidos, no podrá impedir que, en las consecuencias, ellos se infiltren en la formación de la convicción – pues el proceso de configuración de la convicción no es controlable conceptualmente –*."

[867] Me remito a ALONSO GALLO, "Las decisiones… *op. cit.*, 30 pp.; EL MISMO, "Errores y sesgos… *op. cit.*, pp. 31-47 y MUÑOZ ARANGUREN, "Los sesgos… *op. cit.*, pp. 60-67).

forma muy profusa cuáles son exactamente los indicios que han permitido al órgano sentenciador inferir racionalmente la motivación del autor[868].

Por lo tanto, se aplicará el artículo 22.4ª CP cuando, más allá de toda duda razonable, fuera el odio discriminatorio la motivación del autor. Será sin duda el necesitado debate académico y jurisprudencial sobre este precepto el que despeje finalmente el alcance de su fundamento y de su naturaleza; y con ello, de los supuestos a los que será de aplicación en la práctica forense.

[868] PRATS CANUT, "Cometer el delito por racismo… *op. cit.*, p. 326.

Conclusiones

1. Existe un intenso debate doctrinal en nuestro país respecto de la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante recogida por el artículo 22.4ª CP. Este precepto ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios a la hora de apreciar o no su concurrencia y su misma existencia genera suspicacias en un importante sector de nuestra doctrina, debido a que su tenor literal exige atender a los "*motivos*" discriminatorios del autor al cometer el delito.

2. Buena parte de la polémica generada en torno a la naturaleza jurídica de esta circunstancia agravante radica, realmente, en el debate acerca de su fundamento. Es decir: acerca de si existe una razón suficiente para que un ordenamiento jurídico como el nuestro cuente con un precepto que obliga a imponer al autor de un delito una pena situada en la mitad superior del marco punitivo previsto para ese delito, si es que lo cometió por determinados motivos. Sólo si se estima que tal fundamento existe, es razonable adentrarse en la discusión, de mayor presencia en nuestro ordenamiento, relativa a su eventual naturaleza jurídica conforme a nuestra Teoría del Delito.

3. El debate acerca del fundamento de una institución jurídica exige atender a argumentos de Teoría de Justicia. Se trata de un enfoque de gran calado en las discusiones jurídico-penales propias de ordenamientos de *Common Law*. Además, en esos ordenamientos viene desarrollándose desde hace varias décadas un intenso debate, precisamente centrado en el posible fundamento de instituciones jurídicas que agravan la responsabilidad penal si el autor ha cometido el delito por motivos discriminatorios. De hecho, el origen de estas circunstancias agravantes "por motivos discriminatorios" se encuentra en esos ordenamientos de tradición anglosajona, concretamente en EE. UU.. Así las

cosas, para determinar el fundamento del artículo 22.4ª CP es preciso adentrarse en el precitado debate anglosajón.

4. Existen varios modelos legislativos encaminados a sancionar las conductas denominadas "crímenes de odio" (*hate crimes*). El debate anglosajón varía de contenido dependiendo del modelo legislativo cuyo fundamento se cuestione. Como respuesta a la comisión de "crímenes de odio", puede optarse por el denominado "modelo de la discriminación selectiva" (*discriminatory selection model*), en el que las motivaciones del autor del delito son irrelevantes para apreciar la agravación. En esos casos, se agrava la pena si el autor ha producido unos *efectos* discriminatorios en el seno de determinados colectivos (minorías) especialmente vulnerables. Frente a este modelo legislativo, se alza el denominado "modelo de la animosidad" (*animus model*), conforme al cual lo que se toma en consideración para agravar la pena son los motivos discriminatorios del autor hacia una condición personal de su víctima, con independencia del grupo al que pudiera pertenecer.

5. Nuestro artículo 22.4ª CP es una manifestación del *animus model* legislativo de crímenes de odio.

6. Por lo tanto, nuestra investigación se centró en el posible fundamento que dicho modelo legislativo pudiera revestir. El análisis de las principales ópticas presentes en el debate anglosajón (utilitaristas, "deontológicas" e incluso restaurativas) arroja las siguientes conclusiones:

> 6.1. La existencia del *animus model* reafirma la vigencia del principio de igualdad en nuestro ordenamiento. Esto conlleva importantes efectos comunicativos, que aprovecharán en primer lugar quienes revistan condiciones personales que tradicionalmente han supuesto que fueran victimizados por el odio discriminatorio hacia ellas. Pero la reafirmación de esa vigencia, puesto que del principio de igualdad *entre todos los*

ciudadanos estamos hablando, aprovecha a todos ellos, con independencia del colectivo al que puedan pertenecer. Se está enviando asimismo un mensaje al autor y a los potenciales autores de crímenes de odio: "nuestro ordenamiento no admite la negación del principio de igualdad". Las sanciones que se impongan siguiendo las directrices de este modelo legislativo no mirarán sólo al pasado, sino que cumplirán prestaciones preventivas, incluso de corte utilitarista, respecto de delitos que pueda cometer cualquier ciudadano por odio discriminatorio hacia cualquier condición personal.

6.2. Sin embargo, al margen de las prestaciones preventivas que pueda desplegar, el núcleo del fundamento de este modelo legislativo requiere atender a criterios deontológicos. Si existe un daño que prevenir, es porque se considera dañino contravenir el principio de igualdad entre todos los ciudadanos sea cual sea su condición personal. Esto implica valorar por qué es pernicioso contravenir el principio de igualdad cometiendo un delito por determinadas motivaciones para hallar el *núcleo* del fundamento de instituciones jurídicas pertenecientes a este modelo.

6.3. El principio de igualdad es un presupuesto para que pueda existir un Estado liberal-democrático. Tras el velo de la ignorancia, los ciudadanos que promulgarán las leyes de convivencia han de guiarse necesariamente por él, y no producirá ninguna insalvable fricción en su libertad de pensamiento crear una institución jurídica que exija tomar en cuenta las motivaciones del autor para gradar la pena que corresponderá imponerle por la comisión de un delito. No estarán sancionando la motivación en sí, sino el delito que se haya cometido: la motivación sólo se tendrá en cuenta proyectada en ese hecho. Aunque ello pueda implicar una sanción mayor, no se cercenará la libertad de pensamiento desde parámetros liberales: tras el velo de la ignorancia, los ciudadanos ignoran qué

condiciones personales son las suyas y cuáles las de los demás. Cualquier ley *justa* - que se guíe por una imparcial igualdad y permita una cierta pluralidad conflictual de opiniones - debería revestir suficiente fundamento en un Estado liberal: el *animus model* legislativo de crímenes de odio hace de la imparcialidad bandera, cuando reafirma la vigencia de un principio, el de igualdad entre todos, nuclear para un ordenamiento como el nuestro.

6.4. Así, deontológicamente, hay una razón para la existencia de este modelo legislativo que, conforme a los valores que inspiran un Estado liberal-democrático, es asumible. Pero además del reproche meramente deontológico que los delitos motivados por odio discriminatorio suscitan para el sistema, existen prestaciones preventivas que se desprenden de la existencia de figuras como el artículo 22.4ª CP. Por lo tanto, este modelo legislativo, además de ser constitucional, reviste un fundamento *suficiente* para ser aceptado en tales términos por parte de nuestro ordenamiento jurídico-penal (sin necesidad de reinterpretar las instituciones jurídicas pertenecientes al *animus model* de forma cercana al *discriminatory selection model*).

7. Conociendo el fundamento de esta institución jurídica, podemos entrar a valorar por qué deben ser determinadas características y no otras las que a su vez fundamentaran su aplicación. Puesto que, conforme al fundamento propuesto, no puede justificarse la existencia del artículo 22.4ª CP desde la lógica de protección de determinadas minorías, sino desde el principio de igualdad absoluto, convenimos en que el listado del precepto se refiere a *condiciones personales*, que lo son en tanto que se encuentran vinculadas con la identidad del individuo. Atendiendo al debate anglosajón y a la elaboración dogmática de nuestro propio ordenamiento, propusimos cuatro criterios para evaluar si una condición personal se encontraba vinculada al principio de igualdad a estos efectos:

7.1. Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación hacia un estereotipo.

7.2. Que se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España.

7.3. Que sea en su dimensión general *absoluta* (todas las personas tienen *una* raza, *una* orientación sexual, etc., sea cual sea ésta), con *límites* suficientemente identificables en lo que a la condición personal en concreto se refiere (siendo factible afirmar que alguien es de etnia *gitana*, o de orientación *bisexual*, etc.); lo cual implicará que sean elementos que, *con vocación de permanencia*, definen la identidad de esa persona.

7.4. Que se encuentre desligada en cierta medida de la libre elección (de lo que se hace o de lo que elige) o, al menos, entender que *no se trata de una elección circunstancial*.

8. Fundamentada ya la existencia de esta circunstancia agravante desde la Teoría de Justicia, no quisimos pasar por alto el hecho de que quien actúa motivado por "odio discriminatorio" lo hace guiado por una emoción.

8.1. Desde una *concepción mecanicista* de las emociones humanas, así como desde alguna interpretación radical de los recientes avances experimentados en el campo de la Neurociencia, no se podría responsabilizar a quien actúa por motivos discriminatorios.

8.2. Sin embargo, atendiendo a una *concepción evaluativa* de las emociones humanas y a interpretaciones ya efectuadas por nuestra doctrina jurídico-penal sobre los referidos avances, pudimos concluir que el

fundamento propuesto desde la Teoría de Justicia para el artículo 22.4ª CP superaba el "escollo neurocientífico".

9. El fundamento propuesto para el artículo 22.4ª CP reviste igualmente una importante utilidad práctica, tanto a la hora de interpretar las condiciones personales enumeradas por el precepto como para evaluar la operatividad del principio de inherencia (entendido como un agregado del principio de *non bis in idem* y del de insignificancia) entre el artículo 22.4ª CP y otros delitos tipificados por nuestro ordenamiento.

10. Una vez asumida la razón de ser última del artículo 22.4ª CP en nuestro ordenamiento, pudimos adentrarnos en el debate de mayor presencia en nuestro país, relativo a su naturaleza jurídica.

10.1. La postura mayoritaria entiende que nos encontramos ante una circunstancia cuya aplicación supone una mayor culpabilidad; añadiendo un mayor reproche a la conducta del autor por sus motivaciones abyectas, lo cual explicaría la mayor gravedad de la pena a imponer. Este planteamiento ha sido objeto de las críticas al llamado Derecho penal de la actitud interna. Al margen de que el artículo 22.4ª CP en sí no supone la sanción del pensamiento, la crítica que mayor contundencia revestía era la referida a la posible erosión del principio de culpabilidad. En efecto, si entendiéramos que existe una mayor culpabilidad del autor porque se agrega a su injusto el desvalor que la motivación supone, se plantea el problema de que nadie puede ser más culpable que quien es plenamente culpable. Si a un sujeto se le puede imponer la pena máxima prevista para un asesinato sin concurrir esta circunstancia agravante, entonces: ¿cómo las motivaciones para cometer el delito podían suponer una mayor culpabilidad (cómo podían añadir culpabilidad a quien ya es plenamente culpable)? Ello supondría estar

imponiendo una pena al sujeto concreto que efectivamente la padece por encima de su culpabilidad por el hecho cometido.

10.2. Un importante sector doctrinal aboga por entender que afecta la agravante al injusto subjetivo, pero esta solución no parecía salvar el problema consistente en estar sancionando la motivación del autor aisladamente considerada.

10.3. Nos detuvimos entonces en una importante línea de interpretación, conforme a la cual el artículo 22.4ª CP no estaría sancionando motivos, sino *efectos* discriminatorios para colectivos o personas especialmente vulnerables. Estaríamos ante un *plus* de injusto objetivo debido a un desvalor adicional. Partían estas interpretaciones de que el Legislador, al emplear el término "motivos", no se estaría refiriendo a las motivaciones del autor, sino a situaciones fácticas subyacentes. Estas hipótesis, si bien salvan los problemas que la interpretación cercana al Derecho penal de la actitud interna planteaba (puesto que el artículo 22.4ª CP no estaría sancionando una motivación, sino un hecho objetivo añadido al que supuso la comisión del delito en cuestión), no evitan completamente otros dilemas: una mayor victimización secundaria al exigir que la víctima pruebe su orientación sexual, una inversión de la carga de la prueba, la sanción al autor por lo que *es* y no lo que hace, etc. Pero su principal problema se encuentra más bien en que estas complejas interpretaciones, que parten de una "intención oculta" del Legislador al mencionar el término "motivos", *no son acordes con el fundamento de esta institución jurídica*. La interpretación más sencilla del artículo 22.4ª CP consiste en entender que hay que atender a los procesos psíquicos del autor (sus *motivos* discriminatorios) para aplicarla. Es una institución jurídica que, como manifestación del *animus model* legislativo de crímenes de odio, tiene una razón de ser en nuestro ordenamiento. Por lo tanto, no existe razón alguna para "forzar" el texto de la ley y aplicar el

artículo 22.4ª CP con independencia de los motivos del autor, sólo por los efectos que despliegue su conducta.

10.4. Precisamente porque son los motivos del autor a lo único que hay que atender para aplicar este precepto, descartamos igualmente las propuestas que abogan por conferir a la agravante una naturaleza jurídica "mixta" (que exigían que se acreditaran, además de la motivación discriminatoria, los efectos discriminatorios para un colectivo a la hora de apreciar su concurrencia, ubicando la agravante en el ámbito de la culpabilidad); cuya interesante solución había sido objeto tanto de las críticas al Derecho penal de la actitud interna, como de las efectuadas a la reinterpretación de los *motivos* como *efectos*.

11. Concluimos que la naturaleza jurídica que pretenda conferirse al artículo 22.4ª CP debe partir, por lo tanto, de las siguientes premisas:

11.1. El artículo 22.4ª CP determina la pena a imponer dentro del marco punitivo ya previsto por el delito: al ser una circunstancia agravante genérica, los motivos discriminatorios no fundamentan en sí mismos pena alguna.

11.2. No se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas.

11.3. Lo que se sanciona es el hecho típico, cuya pena viene delimitada por el marco punitivo del delito que se trate.

11.4. A pesar de que no se están sancionando en sí mismos, se toman en consideración los motivos discriminatorios proyectados en el hecho, como explicación para su comisión.

11.5. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes, ni potenciales o reales efectos, sino *motivos*, que es lo que menciona el precepto.

12. Asumiendo estas premisas, planteamos dos hipótesis de solución. Dependiendo de la concepción que de cada categoría de nuestra Teoría del Delito se asuma, podrá optarse por una afectación al injusto objetivo o a la culpabilidad:

12.2. Los motivos discriminatorios tienen la función heurística de *señalar* un hecho más grave debido a la ausencia de justificación de ese hecho. De esta manera, cuando la razón de un sujeto para cometer su delito ha sido el odio discriminatorio, nos encontraríamos con una falta total de justificación de su conducta. Por lo tanto, dado que nuestro ordenamiento no confiere a la motivación discriminatoria ningún valor atenuatorio, lo que sucede es que quien comete un delito concurriendo esta circunstancia agravante ha realizado hasta la mitad superior del marco punitivo todo lo que viene indicado en el tipo, pues su motivación no se reconoce como "justificante" por debajo del límite de la mitad superior. No se trataría de que los motivos discriminatorios agraven un hecho determinado, sino de que su presencia *no atenúa* ese hecho. Desde esta perspectiva, no se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas, sino que únicamente se contemplan como parte del hecho: como razón para la acción. La motivación real del autor es, en realidad, irrelevante. El papel del motivo es el de ser un epifenómeno de la ausencia de reducción de la gravedad objetiva del hecho. Cuando la motivación para la comisión de un delito ha sido el odio discriminatorio, el delito en cuestión es más grave, no por la motivación, sino por el *hecho* de que la víctima no hizo nada para contribuir a su comisión. Lo que implicaría que la agravación *ex* artículo 22.4ª CP fuera, por lo tanto, un *plus* de injusto objetivo: la conducta es más disvaliosa debido a esta

mayor "injustificación" del hecho. Si se aplica esta circunstancia agravante, será porque el motivo discriminatorio *indica* la presencia de un hecho más grave, ya que la víctima no hizo nada para "contribuir" a la comisión del delito, más allá de revestir una determinada condición personal.

12.3. Para plantear que el artículo 22.4ª CP afecta a la categoría de la culpabilidad, habría que admitir que ésta no sólo abarca la imputabilidad *stricto sensu* del sujeto, sino que tiene varios estratos. Uno de ellos sería el contexto en el que se cometió el hecho. Los motivos pertenecerían a ese estrato: son un indicio del grado de implicación personal en la situación. La invocación de determinados motivos (por ejemplo: "pegué a ese sujeto porque me dio mucho miedo al mostrarme su arma") denotarán que el contexto en el que cometió el delito le fue – al menos, en cierta medida - impuesto al autor. La invocación de otros motivos ("le pegué porque era negro") demostrará que el contexto era plenamente atribuible el autor. De esta manera, el motivo puede distanciar o hacer más estrecha la relación del sujeto concreto con el hecho típico y antijurídico cometido. Por lo tanto, no se trata de que las motivaciones añadan desvalor al hecho, sino de que permiten que el desvalor por el hecho se impute hasta un determinado punto. En ese punto, será imponible al autor la pena correspondiente al desvalor culpable de su hecho, por lo que el artículo 22.4ª CP habrá servido para justificar esa pena, aunque en sí misma la motivación discriminatoria no se esté sancionando aisladamente. No existirá una mayor responsabilidad penal derivada de una culpabilidad que se añade al desvalor por el injusto. Lo que sucede es que, al tratarse de un motivo inaceptable para el ordenamiento, no se tiene en cuenta y se le atribuye al sujeto todo el injusto. El motivo discriminatorio es nulo a efectos de operar como filtro del injusto: un Estado como el nuestro no puede siquiera entrar a valorar ese tipo de explicaciones en tanto que disculpas por haber infringido la norma. Por eso, el motivo

discriminatorio del artículo 22.4ª CP se tiene por no puesto. Si el Estado hubiera podido entrar a valorar el motivo del autor, podría haberse filtrado el desvalor por el injusto, por ejemplo resultando una pena situada en la mitad inferior del marco punitivo previsto por el delito. Como los motivos discriminatorios son nulos a estos efectos, el tamiz no filtra nada y la pena necesariamente se impondrá en la mitad superior del marco.

13. En cualquier caso, ya sea porque los motivos discriminatorios no pueden "justificar" el hecho, ya sea porque son un motivo nulo para poder "disculpar" al autor, lo cierto es que el artículo 22.4ª CP se aplicará si el autor comete su delito por *motivos* discriminatorios, aunque su motivación no sea lo que se está sancionando. Ese es el núcleo de su naturaleza jurídica, que habrá que articular conforme a una u otra de nuestras categorías dogmáticas dependiendo de cómo se configuren éstas.

14. Finalmente, analizamos su interacción con otras figuras y las cuestiones relativas a la prueba de esta motivación. Los resultados que se atisban se antojan intuitivamente coherentes. Asimismo, es de destacar que los principales indicios probatorios para su aplicación en la práctica forense (fungibilidad de la víctima, ausencia de móvil alternativo) se compadecen con el razonamiento acerca de su naturaleza jurídica. Quizás podría afirmarse que en sus interacciones prácticas se pueden alcanzar, conforme a nuestra propuesta, resultados menos "punitivistas" que desde otras interpretaciones. Sin embargo, tratándose de una circunstancia *agravante*, difícilmente parece criticable el hecho de que no se aplique de forma cuantitativamente exagerada, habida cuenta de que no todos los delitos que se cometen en nuestro ordenamiento revisten la gravedad propia de los llamados "crímenes de odio" ni, en definitiva, lo son.

Bibliografía citada

AA. VV.: *El problema de la Intolerancia en Europa*, Fundación Encuentro, Centro Internacional de Estudios Europeo, Cuaderno nº 110, Madrid, 1991.

M. ABEL SOUTO, "Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios", *Revista Penal*, nº 25, Enero de 2010, pp. 3-11.

M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006.

M. A. AGUILAR GARCÍA, "Estrategia Policial de Lucha contra los Delitos de Odio y Discriminación", *Cuadernos de Análisis (Movimiento contra la Intolerancia)*, Nº 44, 2012, pp. 24-39.

"Delitos de Odio", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 271-289.

"Necesaria reforma del Artículo 510 del Código Penal", en E. IBARRA (Director), *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, Movimiento contra la Intolerancia, Madrid, 2011, pp. 11-18.

"Servei Especial de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona", *Barcelona Societat*, Nº 18, Julio de 2010, pp. 47-54.

R. ALCÁCER GUIRAO, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, 32 pp. (http://criminet.ugr.es/recpc).

M. C. ALEXANDER, "Religiously Motivated Murder: The Rabin Assassination and Abortion Clinic Killings", *Arizona Law Review*, Volumen 39, 1997, pp. 1161-1208.

G. ALLER, "La co-responsabilidad social por el delito", en A. SERRANO MAÍLLO (Editor), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 231-272.

G. W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Reading (EE.UU.), 1954.

J. ALMAGRO NOSETE, "Expresiones degradantes de contenido sexual", *Diario la Ley*, nº 7660, 27 de Junio de 2011 (http://diariolaley.laley.es).

M. ALONSO ÁLAMO, "Sentimientos y Derecho Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 106, I, Época II, abril de 2012, pp. 35-95 (versión digital).

"Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 95, 2008, pp. 19-52.

"La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)", *Revista Penal*, Nº 21, Enero de 2008, pp. 24-52.

"La circunstancia agravante de discriminación", en AA. VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 533-549.

El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general., Universidad de Valladolid, 1982.

J. ALONSO GALLO, "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal", *InDret*, Nº4/2011, 30 pp. (www.indret.com).

"Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal", en AA. VV., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 31-47.

C. ALONSO SALGADO / C. TORRADO TARRÍO, "Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación: ¿una combinación posible?", en R. CASTILLEJO MANZANARES (Directora), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, 2011, pp. 567-606.

D. ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, ABC-CLIO, Santa Bárbara (EE.UU.), 2005.

G. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal", en AA. VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 301-357.

A. R. AMAR, "The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul", *Faculty Scholarship Series. Paper 1039.*, 1992 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1039).

K. AMBOS, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *InDret*, Nº 3/2012, 47 pp. (www.indret.com).

El Derecho Penal frente a amenazas extremas, Dykinson, Madrid, 2007.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Crímenes de odio, conspiración del silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*, Cencla, Madrid, 2001.

B. M. ANDRADE, *Estudio de Antropología Criminal Espiritualista*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.

R. APARICIO /A. TORNOS / S. CABALA, *Aproximación al estudio de las Bandas Latinas de Madrid*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

M. J. ARIAS EIBE, "La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, 36 pp. (http://criminet.ugr.es/recpc).

ARISTÓTELES, *Retórica*, Aguilar, Madrid, 1968.

J. ARMOUR, "Stereotypes and Prejudice: Helping Legal Decisionmakers break the Prejudice Habit", en G. S PARKS/ S. JONES/ W. J. CARDI (Editores), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, The New Press, Nueva York (EE.UU.), 2008, pp. 11-32.

M. ASENJO GONZÁLEZ, "Integración y exclusión. Vicios y pecados en la convivencia urbana", en CARRASCO MANCHADO/RÁBADE OBRADÓ (Coordinadores), *Pecar en la Edad Media*, Silex, Madrid, 2008, pp. 185-208.

A. ASÚA BATARRITA / E. GARRO CARRERA, *Atenuantes de reparación y de confesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

E. BACA BALDOMERO / E. ECHEBURÚA ODRIOZOLA / J. M. TAMARIT SUMALLA (coordinadores), *Manual de victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

M. BAJO FERNÁNDEZ / B. FEIJOO SÁNCHEZ / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. (México), 2000.

A. BECKER, *Heinous Crimes, Immoral Minds*, Entry Way, Texas (EE.UU.), 2010.

R. BELLIDO PENADÉS, *La extradición en Derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Civitas, Madrid, 2001.

C. M. BENNETT / A. A. BAIRD / M. B. MILLER / G. L. WOLFORD, "Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon: an argument for multiple comparisons correction", *Organization for Human Brain Mapping Abstracts*, 2009.

J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener (Canada), 2000.

R.A. BERK / E. A. BOYD / K. M HAMNER, ""Motivated by hatred or prejudice": Categorization of hate-motivated crimes in two police divisions", *Law & Society Review*, Vol. 30, Nº 4, 1996, pp. 819-850.

"Thinking more clearly about hate-motivated crimes", en G. M. HEREK/ K. T. BERRILL (Editores), *Hate Crimes. Confronting Violence against Lesbians and Gay Men*, Sage, Londres (Reino Unido), 1992, pp. 123-143.

J. BERNAL DEL CASTILLO, *La Discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.

K. T. BERRILL, "Anti-Gay Violence and Victimization in the United States: An Overview", en G. M. HEREK/ K. T. BERRILL (Editores), *Hate Crimes. Confronting Violence against Lesbians and Gay Men*, Sage, Londres (Reino Unido), 1992, pp. 19-45.

M. BESIO HERNÁNDEZ, "Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes", *InDret*, Nº 1/2012, 29 pp. (www.indret.com).

M. BLAKE, "Geeks and Monsters: Bias Crimes and Social Identity", *Law and Philosophy*, Volumen 20, 2001, pp. 121-139.

A. BLANCO ABARCA, "La condición de "enemigo". El ocaso de la inocencia", en M. CANCIO MELIÁ / L. POZUELO PÉREZ, *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 257-305.

K. M. BLEE, *Inside Organized Racism: Women in the Hate Movement*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles (EE.UU.), 2003.

E. BLEICH/ R. K. HART, "Quantifying Hate: The evolution of German approaches to measuring "Hate Crime"", *German Politics*, Volumen 17, Nº 1, Marzo de 2008, pp. 63-80.

M. BOHLANDER, "Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre common law y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional", *InDret*, nº 2/2012, 22 pp. (www.indret.com).

C. BOLEA BARDÓN, "En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, 26 pp. (http://criminet.ugr.es/recpc).

A. BONDE, "On the Conditions and Consequences of Anders Behring Breivik's Terrorist Actions", *European Union Foreign Affairs Journal*, Nº 1, 2011, pp. 5-9.

E. BORJA JIMÉNEZ, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

J. BRAITHWAITE / P. PETTIT, *Not just deserts: A republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, Nueva York (EE.UU.), 2002.

W. BROMBERG, *Psicología de la delincuencia. Personalidad y criminalidad*, Ediciones Morata, Madrid, 1966.

T. BROOKS, "Hegel and the Unified Theory of Punishment", en T. BROOKS (Editor), *Hegel's Philosophy of Right*, Blackwell Publishing, Oxford (Reino Unido), 2012, pp. 103-123.

R. H. BROWN / L. IRVING, *The Role of Telecommunications in Hate Crimes*, National Technical Information Service, Springfield (EE.UU.), 1993.

A. CALDERÓN CEREZO / J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho Penal I. Parte general*, Deusto y Datadiar.com, Madrid, 2005.

T. CALVO BUEZAS / J. L. CALVO BUEZAS, "Odios racistas y xenófobos: ¿un cáncer de la convivencia social", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 39-61.

M. CANCIO MELIÁ / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinadores), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 volúmenes, Edisofer, Madrid, 2006.

M. CANCIO MELIÁ / E. PEÑARANDA RAMOS / C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, AdHoc, Buenos Aires (Argentina), 1999.

M. CANCIO MELIÁ, "Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias" (en prensa)

"The reform of Spain's antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision", en F. GALLI / A. WEYEMBERGH (Editoras), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislations and case-law?*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas (Bélgica), 2012, pp. 99-116.

"Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2012, pp. 246-252.

"Partial Defences Due to Loss of Control and Disminished Responsibility under Spanish Criminal Law", en A. REED / M. BOHLANDER, *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*, Ashgate, Farnham (Reino Unido), 2011, pp. 341-351.

"Errores en la graduación de las penas", en J. P. MATUS ACUÑA (Director), *Beccaria 250 años después*, BdF, Buenos Aires/Montevideo (Argentina, Uruguay), 2011, pp. 93-102.

"De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?", en M. CANCIO MELIÁ / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinadores), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 341-382.

"¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Coordinadores), *Dogmática y Ley Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 57-78.

"Comentario a los artículos 510 a 543 CP", en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1273-1337.

C. CARD, "Is Penalty Enhancement a Sound Idea?", *Law and Philosophy*, Volumen nº 20, 2001, pp. 195-214.

K. M. CARLSMITH / J. M. DARLEY / P. H. ROBINSON, "Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 83, nº 2, 2002, pp. 284-299.

J. J. CARRASCO GÓMEZ / J. M. MAZA MARTÍN, *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*, 4ª Edición, La Ley, 2010.

P. K. CASHMAN, *Class Action Law and Practice*, Federation Press, Sydney, Australia, 2007.

A. CASSESE, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et Justice Pénale Internationale?", en A. CASSESE / M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internacionales*, Presses Universitaires de France, Paris (Francia), 2002, pp. 13-29.

R. CASTILLEJO MANZANARES, "El nuevo Proceso Penal: La mediación", *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 23, Enero de 2010, pp. 69-91.

M. A. CEA D'ANCONA / M. S. VALLES MARTÍNEZ, *Evolución del Racismo y la Xenofobia en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

N. CHAKRABORTI / J. GARLAND, *Hate crime: Impact, Causes and Responses*, Sage, Londres (Reino Unido), 2009.

C. CHORBA, "The danger of federalizing hate crimes: congressional misconceptions and the unintentional consequences of the Hate Crimes Prevention Act", *Virginia Law Review*, Volumen 87, 2001, pp. 319-379.

J. CID MOLINÉ, "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y Derecho Penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2007, pp. 151-168.

M. COESTER, *Hate crimes: das Konzept der hate crimes aus den USA unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsextremismus in Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt (Alemania), 2008.

S. COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*, Routledge, Nueva York (EE.UU.), 2011.

J. CÓRDOBA RODA, "Comentario al artículo 22.4ª", en J. CÓRDOBA RODA / M. GARCÍA ARÁN (Directores), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 290-292.

R. B. CORMIER, "Where there's a Will there's a Way: A Canadian perspective on Restorative Justice", en D. J. CORNWELL (Coordinador), *Criminal Punishment and Restorative Justice*, Waterside Press, Winchester (Reino Unido), 2006, pp. 149-162.

A. J. P. CORTESE, *Opposing Hate Speech*, Praeger, Westport (EE.UU.), 2006.

M. J. CRUZ BLANCA, "Igualdad, Control Social y Derechos Humanos", *Panóptica*, Año 3, Nº 19, Julio-Octubre de 2010, pp. 125- 160.

E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Tomo I (Parte General)*, 14ª edición, Bosch, Barcelona, 1964.

J. CUELLO CONTRERAS / B. MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.

K. DALY, "Revisiting the relationship between retributive and restorative justice", en H. STRANG / J. BRAITHWAITE, *Restorative justice: Philosophy to practice*, Ashgate Publishing Company, Vermont (EE.UU.), 2001, pp. 33-54.

A. M. DANNER, "Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context", *Buffalo Criminal Law Review*, Volumen 6, 2003, pp. 389-450.

P. DAWES / L. A. GERSCHWIN, "Preliminary observations on the response of Chironex fleckeri (Cnidaria: Cubozoa: Chirodropida) to different colors of light", *The Biological Bulletin*, Volumen 215, nº 1, Agosto de 2008, pp. 57-62.

E. DE LA CERA GALACHE, "Protección de la mujer víctima de violencia de género en el derecho español", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 207-219.

I. DE LA SERNA, "Les abstentions coupables", en H. D. BOSLY/ C. DE VALKENEER (Coordinadores), *Les infractions contre les personnes*, 1ª edición, Larcier, Bruselas (Bélgica), 2010, pp. 545-583.

J. DE LUCAS, *Globalización e identidades: claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003.

C. DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

E. DE URBANO CASTRILLO, "La justicia restaurativa penal", *La Ley Penal*, nº 73, Julio de 2010 (http://laleydigital.laley.es/).

R. DEL ÁGUILA TEJERINA, *La Senda del Mal. Política y Razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.

"La democracia", en R. DEL ÁGUILA TEJERINA (Director), *Manual de Ciencia Política*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2000, pp. 139-157.

D. DEL CASTILLO MIRÓN, "Respuestas del Estado de derecho español ante la violencia en el deporte", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 65-84.

E. DEMETRIO CRESPO, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal", *InDret*, Nº 2/2011, 38 pp. (www.indret.com).

D. W. DENNO, "Criminal Law In a Post-Freudian World", *Illinois Law Review*, Octubre de 2005, pp. 601-774.

"Crime and Consciousness: Science and Involuntary", *Minnesota Law Review,* Volumen 87, 2002, pp. 269-399.

P. G. DEVINE, "Prejudice and outgroup perception", en A. TESSER (Editor), *Advanced Social Psychology*, McGraw-Hill, Nueva York (EE.UU.), 1995, pp. 467-524.

P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, Liberty Fund, Indianapolis (EE.UU.), 2010.

D. DHARMAPALA / N. GAROUPA /R. H. MCADAMS, "The Just World Bias and Hate Crime Statutes", *The Berkeley Electronic Press, Paper* 60, 2006, 36 pp. (http://law.bepress.com/uiuclwps/papers/art60/)

J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO / B. FEIJOO SÁNCHEZ / L. POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Cizur Menor, 2008.

J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La agravante por discriminación", en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Director), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 51-64.

"Delitos contra el estado civil de las personas", en M. BAJO FERNÁNDEZ / DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª edición, CEURA, Madrid, 1995, pp. 324-325.

M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Director) *et al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN / A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil. Volumen 1,* 11ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Desarrollo y regulación de los Derechos Fundamentales", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 20/2001 (www.westlawinsignis.es).

J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal", *La Ley*, nº 2, 1993, pp. 90-97.

D. DOCAL GIL / A. FLÓREZ LÓPEZ, "Símbolos del Odio: Análisis de la simbología del Odio", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 85-121.

M. DONINI, "Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa", en D. M. LUZÓN PEÑA (Editor), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 85-100.

J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Motivos racistas o similares", en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coordinador), *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 377-380.

Omisión e injerencia en derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

"Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", *Revista General de Derecho Penal*, Nº 4, noviembre de 2005, 33 pp. (www.iustel.com).

"Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº Extra 2, 2004, pp. 279-316.

"Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Volumen 55, 2002, pp. 235-284.

P. DORADO MONTERO, *Nuevos derroteros penales*, Henrich y Compañía, Barcelona, 1905.

J. DOUGLAS / M. OLSHAKER, *The Anatomy of Motive*, Scribner, Nueva York (EE.UU.), 1999.

R. W. DOZIER, *La haine. Comprendre et éliminer la haine*, Les Éditions de L 'Homme, Québec (Canadá), 2003.

U. EBERT, *Derecho Penal. Parte General*, UAEH, Hidalgo (México), 2005.

P. A. ECHEVARRÍA Y OJEDA, *Manual de Delitos y Penas segun las Leyes y Pragmáticas de España*, 2ª Edición, Imprenta de Aznar, Madrid, 1802.

T. EISENBERG/ S. L. JOHNSON, "Implicit Racial Attitudes of Death Penalty Lawyers", en G. S PARKS/ S. JONES/ W. J. CARDI (Editores), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, The New Press, Nueva York (EE.UU.), 2008, pp. 33-44.

C. EMSLEY, "Albion's Felonious Attractions: Reflections upon the History of Crime in England", en C. EMSLEY / L. A. KNAFLA (Editores), *Crime History and Histories of Crime*, Greenwood, Westport (EE.UU.), 1996, pp. 67-86.

F. J. ESCRIHUELA CHUMILLA, *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011.

J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

J. A. ESTRADA DÍAZ, "Del primado del cosmos al descubrimiento de la subjetividad interior", en P. GÓMEZ GARCÍA (Coordinador), *Las ilusiones de la identidad*, 2000, Frónesis, Valencia, pp. 181-204.

J. FAGET, "The double life of victim-offender mediation", *ADR Bulletin*, Vol. VII, Nº 10, Artículo 4, 2005 (http://epublications.bond.edu.au/adr/vol7/iss10/4).

La médiation. Essai de politique pénale, Erès, Toulouse (Francia), 1997.

V. FAIRÉN GUILLÉN, "Una tiranía colegiada en el siglo XX: la de Hitler y los suyos. Una antitiranía profesional: la de miembros del estado mayor alemán. El General von Tresckow, el Almirante Canaris, el Coronel von Stauffenberg y sus compañeros", en AA. VV., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios 2011*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 31-152.

L. M. FAIRFAX, "The Thin Line Between Love and Hate: Why Affinity-Based Securities and Investment Fraud Constitutes a Hate Crime", *UC Davis Law Review*, Vol. 36, 2003, p. 1073-1143.

J. FALLON, "UK-USA: The British Character of America", *The Social Contract*, Nº de Invierno 2000-2001, 2001, pp. 91-95.

B. FEIJOO SÁNCHEZ, "Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias" (en prensa).

"Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", *InDret*, Nº 2/2011, 57 pp. (www.indret.com).

"La reforma de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas", *La Ley Penal*, Nº 80, 2011 (http://laleydigital.laley.es/).

"Delitos de genocidio", en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coordinador), *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 1708-1726.

"Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 2009, pp. 229-252.

Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal, BdF, Buenos Aires/Montevideo (Argentina/Uruguay), 2007.

"Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo": un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Coordinador), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Majadahonda, 2006, pp. 137-176.

M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La prohibición de discriminación", en M. E. CASAS BAAMONDE / M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Directores), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2009, pp. 292-307.

L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2004.

"El Derecho Penal Mínimo", en J. BUSTOS RAMÍREZ (Director), *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago (Chile), 1995, pp. 25-48.

O. W. FISS, *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge (EE.UU.), 1996.

M. FLEISHER, "Down the passage which we should not take: The folly of Hate Crime Legislation", *Journal of Law and Policy*, Nº 2, 1994, pp. 1-53.

G. P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York (EE.UU.), 1998.

"Two kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuassion Practices in Criminal Cases", *The Yale Law Journal*, Volumen 77, Nº 5, Abril de 1968, pp. 880-935.

K. FRANKLIN, "Good Intentions. The Enforcement of Hate Crime Penalty-Enhancement Statutes", en P. B. GERSTENFELD/ D. R. GRANT (Editores), *Crimes of Hate. Selected readings*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 2004, pp. 79-92.

W. FRISCH, "Cuestiones de conciencia en el Derecho penal", AA. VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 903-918.

H. FRISTER, "La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal", *InDret*, nº 3/2011, 26 pp. (www.indret.com).

"Fuero Viejo de Castilla", "Fuero Real", "Partidas" y "Novísima Recopilación", en M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos Antiguos de España*, 2 volúmenes, J. López Camacho, Madrid, 1885.

S. FUKUDA-PARR (Directora), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Mundi-Prensa, Madrid, 2004.

I. GALLEGO SOLER, "Droga en cantidad de notoria importancia. Criterios jurisprudenciales", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 98, Nº 1, 1999, pp. 133-170.

P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal y la Discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

J. A. GARCÍA-ANDRADE, *Miedo y Crímen*, Dykinson, Madrid, 2012.

Crímenes, mentiras y confidencias. Los casos más destacados de mi carrera de forense, Temas de Hoy, Madrid, 2001.

J. GARCÍA AÑÓN, "Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica de los inmigrantes: examen de la aplicación de la agravante por motivos racistas", en J. CALVO GONZÁLEZ (Coordinador), *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2006, pp. 61-82.

P. L. GARCÍA MUÑOZ, "La actividad policial con incidencia probatoria", en X. A. LLUCH / M. R. GONZÁLEZ, *Estudios sobre prueba penal. Volumen 1*, La Ley, Las Rozas, 2010, pp. 171-233.

N. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

M. R. GARDNER, "The Mens Rea Enigma: Role of Motives in the Criminal Law Past and Present", *Utah Law Review*, Nº 3, 1993, pp. 636-750.

B. A. GARNER (Editor), *Black's Law Dictionary*, 9ª edición, West, St. Paul (EE.UU.), 2009.

S. GARIBIAN, "Pour une lecture juridique des quatre lois «mémorielles»", *Esprit*, febrero de 2006, pp. 158-176.

K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, John Benjamins, Filadelfia (EE.UU.), 2002.

P. B. GERSTENFELD, *Hate crimes: causes, controls and controversies*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 2004.

P. B. GERSTENFELD / D. R. GRANT / C. P. CHIANG, "Hate Online. A Content Analysis of Extremist Internet Sites", en P. B. GERSTENFELD/ D. R. GRANT (Editores), *Crimes of Hate. Selected readings*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 2004, pp. 144-155.

E. GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo a la Decimocuarta Edición", en E. GIMBERNAT ORDEIG / E. MESTRE DELGADO, *Código Penal,* Tecnos, Madrid, 2010.

M. M. GÓMEZ, "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia", en L. CABAL / C. MOTTA (Compiladoras), *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, Siglo del Hombre, Bogotá (Colombia), 2006, pp. 19-58.

C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?", *InDret*, Nº 2/2008, 31 pp. (www.indret.com).

"Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho Penal Federal Europeo?", en S. BACIGALUPO SAGESSE / M. CANCIO MELIÁ (Coordinadores), *Derecho Penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 153-208.

"Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2004, pp. 1606-1615.

V. GÓMEZ MARTÍN, "Discurso del odio y principio del hecho", en S. MIR PUIG / M. CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-118.

Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho Penal, Parte General, 8ª Edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010, Reppertor, Barcelona, 2010.

J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, "Presente y futuro de las circunstancias modificativas", en L. DEL RÍO FERNÁNDEZ (Director), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 11-40.

D. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

"Buenas razones, malas intenciones", *Doxa*, nº 26, 2003, 117 pp. (versión digital).

L. F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

J. GOYENA HUERTA, "Artículos 65 a 68", en M. GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

R. GRATTET / V. JENNESS, *Making Hate a Crime: From Social Movement to Law Enforcement,* Russell Sage Foundation, Nueva York (EE.UU.), 2001.

R. GRATTET / V. JENNESS / T. R. CURRY, "The homogenization and differentiation of hate crime law in the United States, 1978 to 1995: Innovation and diffusion in the criminalization of bigotry", *American Sociological Review*, Volumen 63, Nº 2, 1998, pp. 286-307.

C. GREIG / J. MARLOWE, *Evil beyond belief: An A-Z of heinous crimes*, Book Sales Inc., Nueva York (EE.UU.), 2008.

D. P. GREEN / L. H. MCFALLS / J. K. SMITH, "Hate crime: An emergent research Agenda", *Annual Review of Sociology*, Vol. 27, Agosto de 2001, pp. 479-504.

J. GRIMM / W. GRIMM, *Kinder und Hausmärchen*, Vol. 2, Verlag der Dieterich'schen Buchhandlung, Göttingen (Alemania), 1850.

K. GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main (Alemania), 2005.

"Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis", en M. ROSENFELD / A. ARATO (Editores), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, University of California Press, Los Ángeles (EE.UU.), 1998, pp. 234-254.

P. HAGGARD, "Human volition: towards a neuroscience of will", *Nature*, Volumen 9, Diciembre de 2008, pp. 934-946.

M.S. HAMM, *Hate crime: international perspectives on causes and control*, Northern Kentucky University, Highland Heights (EE.UU.), 1994.

M. HANUS, "Freud et Prométhée, un abord psychanalytique de la résilience", en B. CYRULNIK / P. DUVAL (Editores), *Psychanalyse et Résilience*, Odile Jacob, París (Francia), 2006, pp. 187-203.

R. HARNISHMACHER/ R. J. KELLY, "The Neo-Nazis and Skinheads of Germany: Purveyors of Hate", en R. J. KELLY / J. MAGHAN (Editores), *Hate crime: the global politics of polarization*, SIU Press, Carbondale (EE.UU.), 1998, pp. 37-50.

W. HASSEMER, "Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal", *InDret*, nº 2/2011, 14 pp. (www.indret.com).

"Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 9, 1989, pp. 553-559.

I. HEREDIA URZÁIZ, "Control y Exclusión Social: La Ley de Vagos y Maleantes en el Primer Franquismo", en C. ROMERO / A. SABIO (Coordinadores), *Universo de Micromundos*, IFC, Zaragoza, 2009, pp. 109-120.

C. HERRERO HERRERO, *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

S. HESSEL, *Indignez-vous!*, Indigène Éditions, Montpellier (Francia), 2010.

H. HORMAZÁBAL MALARÉE, "Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad", *Revista de Derecho*, Volumen XVIII, nº 2, Diciembre de 2005, pp. 167-185.

T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin (Alemania), 1999.

D. L. HUDSON JR., *Hate crimes*, Infobase, Nueva York (EE.UU.), 2009.

L. B. HUGHES, "Can anyone be the victim of a hate crime?", *University of Dayton Law Review*, Vol. 23, 1998, pp. 591-622.

H. M. HURD, "Why liberals should hate "hate crime legislation"", *Law and Philosophy*, Volumen 20, 2001, pp. 215-232.

H. M. HURD / M. S. MOORE, "Punishing Hatred and Prejudice", *Stanford Law Review*, Volumen 56, 2004, pp. 1081-1146.

E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationen: Eine Einleitung in die Phänomenologie*, Meiner Verlag, Hamburgo (Alemania), 1899.

E. IBARRA, "Metodología de Intervención con la Víctima del Delito de Odio", *Cuadernos de Análisis (Movimiento contra la Intolerancia)*, Nº 44, 2012, pp. 64-75.

Los crímenes del odio: violencia skin y neonazi en España, Madrid, 2003.

E. IBARRA / C. STROHAL *et al.*, *La lucha contra los Delitos de Odio en la región OSCE*, OSCE/OIDHR, Varsovia (Polonia), 2005.

P. IGANSKY, *Hate Crime and the City*, Policy Press, Bristol (Reino Unido), 2008.

E. IÑIGO CORROZA, "Circunstancias modificativas de la responsabilidad", en J. M. SILVA SÁNCHEZ (Director), *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 105-120.

"Caso de la Librería Europa", en P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coordinador), *Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 613-631.

J. JACOBY, "Punish crime, not thought crime", en P. IGANSKY (Editor), *The Hate Debate. Should Hate Be punished as a crime?*, Profile Books, Londres (Reino Unido), 2002, pp. 114-122.

J. B. JACOBS/ K. POTTER, *Hate Crimes, Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 1998.

G. JAKOBS, *El Derecho Penal como disciplina científica*, Civitas, Pamplona, 2008.

"Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Volumen 97, 1985, pp. 751-785 (traducción de E. PEÑARANDA RAMOS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324).

J. A. JÁUREGUI OROQUIETA, *La identidad humana*, Martínez Roca, Barcelona, 2001.

L. JERICÓ OJER, "El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?", *Revista Penal*, Nº 18, 2006, pp. 153-175.

H. H. JESCHECK / T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª Edición, Duncker & Humblot, Berlín (Alemania), 1996.

L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. Tomo 1*, Losada, Buenos Aires (Argentina), 1964.

D. M. KAHAN, "Two liberal fallacies in the hate crimes debate", *Law and Philosophy*, Volumen nº 20, 2001, pp. 175-193.

D. M. KAHAN / M. C. NUSSBAUM, "Two conceptions of emotion in Criminal Law", *Columbia Law Review*, Volumen 96, nº 2, Marzo de 1996, pp. 269-374.

I. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Vrin, París, (Francia), 2008.

S. KARSTEDT, "Emotions and Criminal Justice", *Theoretical Criminology*, Volumen 6(3), 2002, pp. 299-317.

W. R. P. KAUFMAN, "Motive, Intention, and Morality in the Criminal Law", *Criminal Justice Review*, Volumen 28, Nº 2, Otoño de 2003, pp. 317-335.

T. V. KAUFMAN-OSBORN, "Capital punishment as legal lynching?", en C. J. OGLETREE JR./ A. SARAT (Editores), *From Lynch Mobs to the Killing State. Race and the Death Penalty in America*, New York University Press, Nueva York (EE.UU.), 2006, pp. 21-54.

R. J. KELLY/ J. MAGHAN, "Introduction", en R. J. KELLY/ J. MAGHAN (Editores), *Hate crime: the global politics of polarization*, SIU Press, Carbondale (EE.UU.), 1998, pp. 1-21

R. J. KELLY/ J. MAGHAN/ W. TENNANT, "Hate crimes: Victimizing the Stigmatized", en R. J. KELLY (Editor), *Bias Crimes: American Law Enforcement and Legal Responses*, 1993, pp. 23-47.

J. W. KINGDON, *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, 2ª Edición actualizada, Longman, Harlow (Reino Unido), 2010.

T. A. KINNEY, *Hate speech and Ethnophaulisms*, en W. DONSBACH (Editor), *The International Encyclopedia of Communication*, Blackwell, 2008 (http://www.blackwellreference.com).

R. H. KLONOFF, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 3ª Edición, Thomson West, St. Paul, EE.UU., 2007.

D. KONSTAN, *The emotions of the Ancient Greeks. Studies in Aristotle and Greek literature*, University of Toronto, Toronto (Canadá), 2006

E. LA CROCE, "Empédocles de Agrigento", en AA.VV., *Los Filósofos Presocráticos II*, Gredos, Madrid, 1979, pp. 128-294.

J. M. LANDA GOROSTIZA, "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 7, enero de 2012, pp. 297-346.

"Racismo, xenofobia y Estado democrático", *Eguzkilore*, Nº 18, Diciembre de 2004, pp. 59-71.

"El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código Penal de 1995: una aproximación crítica", *Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 1-2, 2002, pp. 159-206.

La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la "normativa antidiscriminatoria" del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia), Comares, Granada, 2001.

La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999.

F. LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

E. LARRAURI PIJOAN, "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", *InDret*, 1/2009, 17 pp. (www.indret.com).

J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno)" (en prensa).

"¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 23-35.

"La libertad de expresión tenía un precio", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 6, 2010, pp. 69-78.

A. LATORRE LATORRE, *Introducción al Derecho*, 15ª edición, Ariel, Barcelona, 1999.

P. LAURENZO COPELLO, "Discriminación por razón de sexo y Derecho Penal", en D. CERVILLA / F. FUENTES (Coordinadoras) *Mujer, Violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 77-92.

"La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces Para la Democracia*, nº 34, 1999, pp. 16-23.

"La discriminación en el Código Penal de 1995", *Estudios Penales y Criminológicos*, Nº 19, 1996, pp. 219-288.

F. M. LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1999.

L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1961.

J. LEVIN / J. MCDEVITT, *Hate crimes revisited: America's War on Those Who Are Different,* Westview, Cambridge, EE.UU., 2002.

J. LEVIN / J. NOLAN, *The Violence of Hate: Confronting Racism, Anti-Semitism, and Other Forms of Bigotry*, 3ª Edición, Pearson, Nueva Jersey (EE.UU.), 2010.

J. LEVIN / G. RABRENOVIC, *Why we hate*, Prometheus Books, Amherst (EE.UU.), 2004.

R. J. LIFTON, *The Nazi doctors: medical killing and the psychology of genocide*, Basic Books, Nueva York (EE.UU.), 2000.

M. LINACERO DE LA FUENTE, *Derecho del Registro Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.

E. LINDE PANIAGUA, "El indulto como acto de administración de Justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias", *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 5, 2000, pp. 161-175.

P. LLOP CUENCA, "La violencia contra las mujeres en el ámbito internacional", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 221-232.

J. LOCKE, *Carta sobre la Tolerancia*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid, 1991.

C. LOMBROSO, *El delito. Sus causas y remedios*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1902.

J. F. LÓPEZ AGUILAR, "El hartazgo de las Instituciones", *Claves de Razón Práctica*, nº 215, Septiembre de 2011, pp. 20-28.

J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El papel del Derecho Penal en la Segunda Modernidad", en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Coordinador), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Majadahonda, 2006, pp. 325-338.

D. M. LUZÓN PEÑA, "Libertad, culpabilidad y neurociencias", *InDret*, Nº 3/2012, 59 pp. (www.indret.com).

D. MADRID / A. LÓPEZ, "Análisis de la simbología del odio" en E. IBARRA (Director), *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, Movimiento contra la Intolerancia, Madrid, 2011, pp. 57-83.

J. MALEM SEÑA, "De la imposición de la moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart", *Isonomía*, Nº 4, Abril de 1996, pp. 7-16.

D. MANN / M. SUTTON / R. TUFFIN, "The Evolution of Hate. Social Dynamics in White Racist Newsgroups", *Internet Journal of Criminology*, 2003 (http://www.internetjournalofcriminology.com).

J. L. MANZANARES SAMANIEGO, "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español", *Diario La Ley*, Año XXX, Nº 7.255, 5 de Octubre de 2009 (http://laleydigital.laley.es/).

M. L. MAQUEDA ABREU, "Els Limits de la Intervenció Penal contra el Racisme i la Xenofobia", en AA. VV., *El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les*, SOS Racisme, Barcelona, 2008.

F. MARTÍN DIZ, "Mediación en materia de violencia de género: Análisis y argumentos", en M. DE HOYOS SANCHO (Coordinadora), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 669-688.

M. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

I. MARTÍN SÁNCHEZ, "El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa", en R. GARCÍA GARCÍA / D. DOCAL GIL (Directores), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 235-262.

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Minorías Religiosas", en AA. VV., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios 2011*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 153-183.

A. MARTÍNEZ ARRIETA, "La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal", en J. L. SEGOVIA BERNABÉ *et al.*, *Mediación Penal y Penitenciaria: 10 años de camino*, Fundación Ágape, 2010, Madrid, pp. 57-101.

L. G. MARTÍNEZ DEL CAMPO, "La construcción de identidades colectivas a través de la toponimia urbana", en C. ROMERO / A. SABIO (Coordinadores), *Universo de Micromundos*, IFC, Zaragoza, 2009, pp. 203-220.

M. I. MARTÍNEZ GONZÁLEZ / S. MENDOZA CALDERÓN, "El acoso en derecho penal: "Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso"", *Revista Penal*, Nº 18, 2006, pp. 188-216

D. MARTÍNEZ IÑIGO, "La mediación en la resolución de conflictos", en I. A. HOYO SIERRA (Coordinadora), *Introducción a la Psicosociología del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 177-208.

A. D. MATTHEWS, *Doctorado en crímenes (Memorias de un médico de Scotland Yard)*, Morata, Madrid, 1963.

J. P. MATUS ACUÑA, "La influencia del Profesor Enrique Gimbernat Ordeig en el desarrollo de la teoría del concurso aparente de Leyes en España hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995", en AA. VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1273-1306.

El Concurso aparente de Leyes, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago (Chile), 2008.

I. MAUSS, "Control de las emociones", *Cuadernos Mente y Cerebro*, Nº 2, 2012, pp. 24-29.

F. MAYOR ZARAGOZA, *Delito de Silencio*, Comanegra, Barcelona, 2011.

J. MCDEVITT *et al.*, "Improving the quality and Accuracy of bias crime statistics nationally", en B. PERRY (Editora), *Hate and Bias crime. A reader,* Routledge, Nueva York (EE.UU.), 2003, pp. 77-92.

J. MCDEVITT *et al.*, "Consequences for victims. A comparison of Bias – and Non-Bias – motivated assaults", en P. B. GERSTENFELD/ D. R. GRANT (Editores), *Crimes of Hate. Selected readings*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 2004, pp. 45-57.

B. MENDOZA BUERGO, "Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro", en C. M. ROMEO CASABONA (Editor), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, pp. 435-473.

El derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

I. MEREU, *Historia de la Intolerancia en Europa*, Paidós, Barcelona, 2003.

G. MERKEL, "Das Sprachspiel der Schuld", G. ROTH / S. HUBIG / H. G. BAMBERGER, *Schuld und Strafe: Neue Fragen*, C. H. Beck, Munich (Alemania), 2012, pp. 19-39.

A. MESTITZ, "A comparative perspective on victim-offender mediation with youth offenders throughout Europe", en A. MESTITIZ/GHETTI (Editoras), *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An overview and comparison of 15 countries*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 3-22.

J. S. MILL, *Utilitarianism*, Forgotten Books, 2008 (reimpresión de la edición de 1863, www.forgottenbooks.org).

S. MIR PUIG, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011.

Derecho Penal. Parte General, 9ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011.

C. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2011.

F. MOLINA FERNÁNDEZ, "Desigualdades penales y violencia de género", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 13, 2010.

"Concursos de leyes y de delitos", en F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 329-338.

Antijuridicidad penal y sistema del delito, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

A. MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

P. MONTAÑA DE LACRUZ / M. M. MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mecanismos Jurídicos Nacionales contra la Discriminación", en AA. VV., *Acción contra la Discriminación*, Women's Link Worlwide, Madrid, 2007, pp. 54-66.

M. A. MONTOYA TAMAYO, *Las claves del racismo contemporáneo*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.

J. F. MORALES, "El prejuicio racial como actitud negativa", en S. YUBERO / J. F. MORALES (Coordinadores), *Del prejuicio al racismo: perspectivas psicosociales*, Servicio de Publicaciones de la UCLM, Cuenca, 1996, pp. 11-22.

R. F. MORAN, "Law and Emotion, Love and Hate", *Journal of Contemporary Legal Issues*, Volumen 11, 2001, pp. 747-784.

S. J. MORSE, "Mental Disorder and Criminal Law", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 101, Nº 3, 2011, pp. 885-968.

R. P. MULHERON, *The class action in Common Law legal systems: A comparative perspective*, Hart Publishing, Portland (EE.UU.), 2004.

A. MUÑOZ ARANGUREN, "Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional", *El Notario del siglo XXI*, nº 42, marzo-abril de 2012, pp. 60-67.

F. MUÑOZ CONDE, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 8ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2008.

Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

B. MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Berlin (Alemania), Carl Heymanns, 2005.

J. NAVARRO MASSIP, "La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8, Diciembre de 2011, pp. 49-62.

"El delito de ultrajes a España y la libertad de expresión", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7, 2009 (www.westlaw.es).

J. NAVARRO MASSIP / J. PINA MASSACHS, *Cómo ganar un juicio penal*, Martínez Roca, Barcelona, 2002.

M. A. NAVARRO PORTERA, "El Tratado de Lisboa y el futuro de la acción exterior de la Unión Europea en un mundo globalizado", *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, nº 24, 2009, pp. 7-14.

A. NIETO MARTÍN, "Legitimidad y aplicación práctica del Derecho Penal europeizado", *Ministerio de Justicia*, 2011 (www.mjusticia.es).

F. NIETZSCHE, *El Crepúsculo de los ídolos*, Longseller, Buenos Aires (Argentina), 2005.

C. S. NINO, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 1, 1999, pp. 47-82.

Introducción al análisis del Derecho, 9ª edición, Ariel, Barcelona, 1999.

Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Astrea, Buenos Aires, 1980.

J. T. NOCKLEBY, "Hate speech", en L. W. LEVY / K. L. KARST (Editores), *Encyclopedia of the American Constitution*, volumen III, 2ª edición, Macmillan, Detroit (EE.UU.), 2000.

V. F. NOURSE, "Hearts and Minds: Understanding the New Culpability", *Buffalo Criminal Law Review*, Volumen 6, 2003, pp. 361-388.

M. NUSSBAUM, *From disgust to Humanity. Sexual orientation and Constitutional law*, Oxford University Press, Nueva York (EE.UU.), 2010.

El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley, Katz, Buenos Aires (Argentina), 2006.

C. J. OGLETREE JR, "Making Race Matters in Death Matters", en C. J. OGLETREE JR./ A. SARAT (Editores), *From Lynch Mobs to the Killing State. Race and the Death Penalty in America*, New York University Press, Nueva York (EE.UU.), 2006, pp. 55-95.

I. OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, La Ley, Las Rozas, 2007.

J. ORTEGA Y GASSET, *Estudios sobre el amor*, 10ª edición, Edaf, Madrid, 2009.

Y. ORTIZ MALLOL, "Racism and Sports in the European Union. The Spanish Case", *Ministerio de Juventud y Deportes de la República de Serbia*, 2009 (http://www.mos.gov.rs).

S. OSKAMP/ P. W. SCHULTZ, *Attitudes and Opinions*, 3ª Edición, Taylor&Francis, Nueva York (EE.UU.), 2009.

J. F. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código Penal comentado y concordado*, Imprenta de la viuda de Perinat y Compañía, Segunda Edición, Madrid, 1856.

A. PALOMO DEL ARCO, "Los estados pasionales", en L. DEL RÍO FERNÁNDEZ (Director), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 163-250.

M. S. PARDO / D. PATTERSON, "Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia", *InDret*, Nº 2/2011, 51 pp. (www.indret.com).

D. PARFIT, "Personal Identity", *The Philosophical Review*, Vol. 80, Nº 1, Enero de 1971, pp. 3-27.

E. PEÑARANDA RAMOS, "La pena: Nociones Generales", en J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ (Coordinador), *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 221-260.

"Caso Rose-Rosahl", en P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coordinador), *Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 61-79.

"Asesinato", en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coordinador), *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 619-637.

"¿Qué puede hacer el Derecho Penal contra la violencia de género?", *Debate*, Nº 2, 2008, pp. 3-4.

"Prólogo", en J. P. MATUS ACUÑA, *El Concurso aparente de Leyes*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago (Chile), 2008.

"Sobre el alcance del art. 65. 3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber", en C. GARCÍA VALDÉS *et al.*, *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1419-1452.

"Bioética y Derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº extraordinario, 2006, pp. 75-106.

"Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal", *Humanitas*, Nº 3, Mayo de 2006, pp. 11-27.

Estudios sobre la distinción homicidio-asesinato, 2006. Trabajo de investigación inédito, presentado al segundo ejercicio de las pruebas de Habilitación nacional para el acceso al Cuerpo de Catedrático de Universidad del Área de conocimiento de Derecho Penal, convocadas por Resolución de la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria de 2 de noviembre de 2004 (BOE de 30 de noviembre).

"Homicidio", en M. BAJO FERNÁNDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I*, CEURA, Madrid, 2003, pp. 21-174.

"Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito", *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 289-321.

Concurso de leyes, error y participación en el delito, Civitas, Madrid, 1999.

La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990.

J. M. PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

G. PEREIRA-MENAUT, *Topica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Rasche, Alcobendas, 2010.

O. PÉREZ DE LA FUENTE, "El enfoque español sobre lenguaje del odio", en O. PÉREZ DE LA FUENTE / J. D. OLIVA MARTÍNEZ (Editores), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-155.

C. A. PÉREZ GINÉS, "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento", *Diario La Ley*, Año XXI, nº 7.397, 7 de Mayo de 2010, pp. 1-6.

M. PÉREZ MANZANO, "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", *InDret*, Nº 2/2011, 41 pp. (www.indret.com).

La prohibición Constitucional de incurrir en Bis in Idem, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, UAM, Madrid, 1990.

B. PERRY, *In the name of Hate. Understanding Hate Crimes*, Routledge, Londres (Reino Unido), 2001.

J. PETERSEN, *Murder, the Media, and the Politics of Public Feelings: Remembering Matthew Shepard and James Byrd Jr,* Indiana University Press, Indiana (EE.UU.), 2011.

C. PETROSINO, "Connecting the past to the future. Hate crime in America", en B. PERRY (Editora), *Hate and bias crime: a reader*, Routledge, Nueva York (EE.UU.), 2003, pp. 9-26.

P. PETTIT, "Reflexiones republicanas", *Claves de Razón Práctica*, Nº 215, Septiembre de 2011, pp. 4-8.

F. POLETTA, "The Laws of Passion", *Law and Society Review*, Volumen 35, nº 2, 2001, pp. 467-493.

G. PORTILLA CONTRERAS, "Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima", en G. QUINTERO OLIVARES (Director), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 37-40.

L. POZUELO PÉREZ, "Reparación del daño", en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coordinador), *Memento Práctico Penal 2011,* Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 355-356.

El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

J. PRATS CANUT, "Cometer el delito por racismo o xenofobia (art. 22.4 CP/1995)", en G. QUINTERO OLIVARES (Director) / F. MORALES PRATS (Coordinador), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 324-326.

P. PRESTON, *El Holocausto Español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Barcelona, 2011.

L. PUENTE SEGURA, *Circunstancias Eximentes, Atenuantes y Agravantes de la Responsabilidad Criminal*, Colex, Madrid, 1997.

E. PUNSET CASALS, *Viaje al optimismo. Las claves del futuro*, Destino, Barcelona, 2011.

Excusas para no pensar, Destino, Barcelona, 2010.

El viaje al poder de la mente, Destino, Barcelona, 2010.

El viaje al amor. Las nuevas claves científicas, 5ª edición, Destino, Barcelona, 2010.

El viaje a la felicidad. Las nuevas claves científicas, 11ª edición, Destino, Barcelona, 2010.

J. J. QUERALT JIMÉNEZ, "La última respuesta penal a la violencia de género", *La Ley*, Nº 1, 2006, pp. 1423-1436.

C. QUESADA / T. MARCOS, "Estudio comparativo de los Crímenes de Odio en el Ámbito de la Unión Europea", *Cuadernos de Análisis (Movimiento contra la Intolerancia)*, Nº 45, 2012, pp. 7-30.

R. RAGUÉS I VALLÈS, "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas", *InDret*, Nº 3/2012, 11 pp. (www.indret.com).

"La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: Baze v. Rees y Kennedy v. Luisiana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11, 2009, 26 pp (http://criminet.ugr.es/recpc).

J. A. RAMOS VÁZQUEZ, "Provocación femenina, violencia masculina y la mitología del feminicidio pasional", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº 27, Enero-Abril de 2012, pp. 311-329.

J. B. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition*, Harvard University Press, Cambridge (EE.UU.), 1999.

The Law of Peoples with "The idea of Public Reason revisited", Harvard University Press, Cambridge (EE.UU.), 1999.

F. G. REAMER, *Heinous crime: cases, causes, and consequences*, Columbia University Press, Nueva York (EE.UU.), 2005.

R. REBOLLO VARGAS, "Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2º semestre, 2006, pp. 223-242.

F. RENART GARCÍA, "La agravación del delito por motivos discriminatorios: Análisis del artículo 22.4ª.º del Código Penal de 1995", *Diario La Ley*, Nº 5626, 4 de octubre de 2002 (http://laleydigital.laley.es).

J. C. RÍOS MARTÍN, "Conclusiones del curso "La mediación civil y penal". Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales", *Estudios de derecho judicial*, nº 136, 2007, pp. 253-302.

J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª edición, Rodríguez Devesa, Madrid, 1974.

J. M. RODRÍGUEZ DEVESA / A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª Edición, Dykinson, Madrid, 1995.

D. RODRÍGUEZ HORCAJO, "Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas? Recensión a ROBINSON, P. H.; Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?, Nueva York (Oxford University Press), 2008, 267 pp.", *InDret*, Nº 4/2012, 9 pp. (www.indret.com).

J. L. RODRÍGUEZ LAÍNZ, "Mediación Penal y violencia de género", *Diario La Ley*, Año XXXII, nº 7557, 28 de Enero de 2011, pp. 1-7.

G. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 22.4ª CP", en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137-139.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", en M. E. CASAS BAAMONDE / M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Directores), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2009, pp. 276-291.

L. RODRÍGUEZ RAMOS, "Discriminación punible", en M. COBO DEL ROSAL (Director), *La reforma del Código Penal de 1983. Tomo V – Vol. 2º.*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 601-622.

C. RODRÍGUEZ YAGÜE, "Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código penal español", *Dos mil-tres mil*, nº 11, 2007, 24 pp. (www.cienciaspenales.net).

G. ROTH, "Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?", en C. GEYER (Editor), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 66-85.

A. ROULSTONE / H. MASON-BISH (ed.), *Disability, Hate Crime and Violence*, Routledge, Nueva York (EE.UU.), 2013.

C. ROXIN, "Informe Final", en L. ARROYO ZAPATERO/U. NEUMANN/A. NIETO MARTÍN, *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*, UCLM, Cuenca, 2003, pp. 317-328.

Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

"¿Tiene futuro el Derecho Penal?", *Revista del Poder Judicial*, nº 49, 1998, pp. 373-392

"Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal", *Nueva Doctrina Penal*, 1996 B, pp. 479-498.

"La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones", en AUTORES VARIOS, *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 19-30.

S. D. ROZELLE, "Controlling passion: adultery and the provocation defense", *Rutgers Law Journal*, Volumen 37, 2006, pp. 197-233.

F. J. RUBIA VILA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica,* Crítica, Barcelona, 2009.

L. F. RUIZ ANTÓN, "La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 1998, pp. 5-34.

A. RUIZ MIGUEL, "La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva", *Jueces Para la Democracia*, Nº 55, 2006, pp. 35-47.

"La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, Nº 19, 1996, pp. 123-140.

A. SALAS (alias), *Diario de un skin. Un topo en el movimiento neonazi español*, Temas de Hoy, Madrid, 2003.

C. SALINERO ALONSO, "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas", en L. A. ARROYO ZAPATERO / I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coordinadores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1297-1326.

F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, "Sobre la irracionalidad de las intuiciones punitivas. Hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisoria", *Diario La Ley*, nº 7841, 19 de abril de 2012, pp. 1-8.

M. J. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, Farra, Straus and Giroux, Nueva York (EE.UU.), 2010.

J. SANDLER, "Hate Motivation as an Aggravating Factor on Sentence: An Overview of the Legal Landscape", Universidad de Toronto, Totonto (Canadá), 2010 (http://www.law.utoronto.ca/documents/).

E. M. SANTANA RAMOS, "Algunas paradojas del régimen legal de la extranjería en España", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, Nº 10/11, 2005/2006, pp. 279-284.

D. M. SANTANA VEGA, "Protección penal de la discriminación y libertad de expresión", en S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 121-149.

J. P. SARTRE, *L 'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Gallimard, París (Francia), 1976.

F. SCHAUER, "The Exceptional First Amendment", *KSG Working Paper*, Nº RWP05-021, Febrero de 2005 (http://papers.ssrn.com).

E. SCHMIDHÄUSER, "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en K. LACKNER *et al.*, *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, De Gruyter, Berlín/Nueva York (Alemania/EE.UU.), pp. 81-97.

C. SCHMITT, *The concept of the political*, University of Chicago Press, Chicago, (EE.UU.), 1996.

H. J. SCHNEIDER, "Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktskategorie", *Juristenzeitung*, nº 58, 2003, pp. 497-504.

A. SERRANO MAÍLLO, "Teoría causal de la acción y teoría criminológica contemporánea", en A. SERRANO MAÍLLO (Editor), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 46-85.

Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena, Dykinson, Madrid, 1995.

C. SHEFFIELD, "Hate violence", en P. S, ROTHENBERG (Editora), *Race, class and gender in the United States*, St. Martin Press, Nueva York (EE.UU.), 1995, pp. 432-441.

A. H. SHENK, "Victim-Offender mediation. The road to repairing Hate Crime Injustice", en P. B. GERSTENFELD/ D. R. GRANT (Editores), *Crimes of Hate. Selected readings*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 2004, pp. 299-309.

U. SIEBER, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME–Study –*, preparado para la Comisión Europea en la Universidad de Würzburg (Alemania), 1998.

J. M. SILVA SÁNCHEZ, "¿Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural?", *InDret*, nº 3/2011, 3 pp. (www.indret.com).

"La reforma del Código Penal: Una aproximación desde el contexto", *Diario La Ley*, nº 7654, 9 de Septiembre de 2010, pp. 1-7.

"El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", *Cuadernos Penales José María Lidón*, Nº 6, 2009, pp. 15-34.

Tiempos de Derecho Penal, Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2009.

"Doctrines regarding "the fight against impunity" and the "victim's right for the perpetrator to be punished"", *Pace Law Review*, Vol. XXVIII, Nº 4, Verano de 2008, pp. 865-884.

La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, B de F, Buenos Aires/Montevideo (Argentina / Uruguay), 2008.

"La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", *InDret*, Nº 2/2007, 15 pp. (www.indret.com).

"Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal", en M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / J. A. GARCÍA AMADO (Coordinadores), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2006, pp. 365-395.

"Los principios informadores de las propuestas de un Derecho Penal Europeo. Una aproximación crítica", *Revista Penal.com*, nº 13, 2004, pp. 138-150.

El Delito de Omisión. Concepto y Sistema, 2ª edición, B de F, Montevideo (Uruguay), 2003.

"Eficiencia y Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1996, pp. 93-128.

F. SOKULLU-AKINCI, "Hate crimes", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, vol. 41, nº 58, 2009, pp. 101-117.

M. SOUZA E SILVA, *Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional*, Juruá, Curitiba (Brasil), 2007.

E. SPAIN, *The Role of Emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lessser Evils*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2011.

J. SPONG, "The Hate Debate", *Texas Monthly*, 4 de Abril de 2001 (http://www.texasmonthly.com/2001-04-01/law.php).

G. STRATENWERTH, "Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale", en H. WELZEL *et al.*, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburstag*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, pp. 171-191

T. STREISSGUTH, *Hate Crimes*, Infobase, Nueva York (EE.UU.), 2009.

C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ / A. JUDEL PRIETO / J. R. PIÑOL RODRÍGUEZ, "Agravantes", en *Tratados y Manuales (Civitas)*, Aranzadi, 2011 (www.westlawinsignis.es).

M. SULLAWAY, "The Psychology of Hate Crime Law, Victims and Offenders", en G. S PARKS/ S. JONES/ W. J. CARDI (Editores), *Critical Race Realism. Intersections on Psychology, Race and Law*, The New Press, Nueva York (EE.UU.), 2008, pp. 235-245.

J. TAMARIT SUMALLA, "La justicia reparadora en el sistema penal de menores", en E. SOLA RECHE *et al.*, *Derecho Penal y psicología del Menor*, Comares, Granada, 2007, pp. 137-168.

"La mediación penal reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor", en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC *et al.*, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47-78.

B. TVERSKY/ E. J. MARSH, "Biased Retellings of Events yield Biased Memories", *Cognitive Psychology*, nº 40, 2000, pp. 1-38.

M. S. UMBREIT, *The Handbook for Victim-Offender Mediation. An essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Francisco (EE.UU.), 2001.

D. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.

C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "El régimen jurídico-penal de la violencia de género: algunas consideraciones críticas", en R. CASTILLEJO MANZANARES (Directora), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 147-160.

M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, París (Francia), 2008.

S. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER / P. ARAGONESES ALONSO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª edición, Prensa Castellana, Madrid, 1970.

S. VICH SÁEZ, "Antisemitismo", *Historia y Vida*, Nº 7, 2011, pp. 33-55.

C. VILLACAMPA ESTIARTE, "El maltrato singular cualificado por razón de género: Debate acerca de su constitucionalidad", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 09-12, 2007, 20 pp. (http://criminet.ugr.es/recpc).

C. VILLAGRASA ALCAIDE / A. M. VALL RIUS, "La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares", *La Ley*, Nº 3, 2000, pp. 1793-1804.

J. M. VILLEGAS FERNÁNDEZ, "Prisión provisional y opinión pública", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 741, 2007, pp. 13-15.

J. VINCENT, *History*, Continuum, Nueva York (EE.UU.), 1995.

F. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Valletta, Buenos Aires (Argentina), 2007.

F. VON SCHIRACH, *Verbrechen*, Piper Verlag, Múnich (Alemania), 2009.

S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American controversy*, University of Nebraska Press, Omaha (EE.UU.), 1994.

A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Consejo de Europa, Estrasburgo (Francia), 2009.

J. B. WEINSTEIN, "First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech?", *Criminal Justice Ethics*, Nº 11, Verano/Otoño de 1992, pp. 6-20.

M. WELNER, "Classifying crimes by severity: From Aggravators to Depravity", en J. E. DOUGLAS *et al.*, *Crime Classification Manual*, 2ª Edición, Jossey-Bass, San Francisco (EE.UU.), 2006, pp. 55-72.

R. K. WHILLOCK / D. SLAYDEN, *Hate Speech*, Sage, Thousand Oaks (EE.UU.), 1995.

P. H. WIKSTRÖM, "Problemas centrales de la teoría criminológica", en A. SERRANO MAÍLLO (Editor), *Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.17-27.

N. WOLFSON, *Hate speech, sex speech, free speech*, Praeger, Westport (EE.UU.), 1997.

M. WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Man & A Vindication of the Rights of Women*, Cosimo, Nueva York (EE.UU.), 2008.

S. YUBERO, "Aproximación psicosocial al racismo desde el proceso educativo", en S. YUBERO/ J. F. MORALES (Coordinadores), *Del prejuicio al racismo: perspectivas psicosociales*, Servicio de Publicaciones de la UCLM, Cuenca, 1996, pp. 103-116.

L. ZAIBERT, "The Ideal Victim", *Pace Law Review*, Vol. XXVIII, Nº 4, Verano de 2008, pp. 885-903.

É. ZOLA, *J'accuse…! La Vérité en marche*, Complexe, Bruselas (Bélgica), 1988.