



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL: CIRCUNSTANCIA
AGRAVANTE DE MOTIVOS DISCRIMINATORIOS**

Alba Vicente Benedí

Director:

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS.....	3
II.	INTRODUCCIÓN.....	4
III.	HISTORIA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.....	5
IV.	CAMBIOS LEGISLATIVOS.....	8
V.	DEFICIENCIA LEGISLATIVA EN LA REDACCIÓN DEL ART.22.4 CP.....	9
VI.	FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	10
VII.	ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	12
VIII.	COMPATIBILIDAD.....	15
IX.	ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DE LOS MOTIVOS.....	16
	1. MOTIVOS RACISTAS.....	16
	1.1. Racismo, raza y etnia.....	16
	2. MOTIVOS XENÓFOBOS.....	18
	2.1. Nación.....	18
	3. MOTIVOS IDEOLÓGICOS.....	19
	3.1. Antisemitismo.....	19
	3.2. Religión.....	20
	3.3. Creencias.....	21
	3.4. Ideologías políticas.....	22
	3.5. Sexo.....	23
	3.6. Orientaciones sexuales.....	24
	4. MOTIVOS REFERENTES A LA CONDICIÓN FÍSICA O PSÍQUICA DEL SUJETO PASIVO.....	25
	4.1. Enfermedad.....	25
	4.2. Minusvalía.....	26
X.	INTERPRETACIONES DOCTRINALES.....	28
XI.	CONCLUSIONES.....	36
XII.	BIBLIOGRAFÍA.....	39

I. ABREVIATURAS

CE: Constitución Española de 1978

CP: Código Penal

Art: Artículo

LO: Ley Orgánica

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

II. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de estudio es la agravante de motivos discriminatorios recogida en el art.22.4º Código Penal. La razón principal para elegir esta materia es su constante actualidad y el interés que suscita.

Pese a que han pasado décadas desde que se planteara el regular esta situación, siguen surgiendo los mismos problemas y sentimientos discriminatorios en la población. Es más, en época de crisis económica se continúa concibiendo al inmigrante como una amenaza, por lo que es necesario conocer el pasado para no volver a cometer los mismos errores en el futuro. No hay que olvidar que precisamente son esos sentimientos discriminatorios los que han conducido a situaciones tan injustas como el holocausto, y es conveniente achacar cualquier resquicio racista que pudiera perdurar desde entonces.

Desafortunadamente, una ideología extremista o incluso la ignorancia llevan a los ciudadanos a culpar a inocentes de su desgracia por el simple hecho de ser de otra raza, etnia o religión. Es por ello, por lo que me parece interesante realizar un análisis de esta circunstancia agravante para así poderme crear una opinión formada acerca de la cuestión.

Pero la discriminación se produce también en otros campos en los que parece estar más camuflada y justificada, como es el caso de la discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Es común ver en los medios de comunicación y redes sociales altercados motivados por un odio irracional a las mujeres y a los homosexuales. Desde sueldos más bajos o la anterior prohibición de contraer matrimonio a personas del mismo sexo, hasta el maltrato físico y psicológico sufrido por estos sujetos pasivos.

El trabajo se compone de siete epígrafes en los que se va abordando el tema desde una perspectiva académica y crítica. Comienza con una breve reseña histórica para explicar la introducción de la agravante, continuando con los cambios legislativos producidos desde su tipificación y una crítica a su redacción. Se analizará su ámbito de aplicación, la compatibilidad con otras figuras penales, y se realizará un estudio pormenorizado de las circunstancias que integran la agravante del art.22.4 CP. Se explicará el estado de la doctrina y, por último, se extraerán unas conclusiones.

III. HISTORIA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

La Constitución Española de 1978 plasma en su artículo 14¹ el principio de igualdad y no discriminación de todos los españoles, por lo que trata de evitar toda injusta discriminación de las personas. Esta tarea la lleva a cabo junto con otras normas internacionales² y con la agravante objeto de estudio. Este principio también está proclamado por la moderna sociología, filosofía y teología³.

Pero como vaticinaba Landrove en 1994⁴, el hecho de que todos somos iguales sin distinción alguna se ha convertido en un tópico institucionalizado y teórico, que se halla continuamente vulnerado en la práctica. A partir de los años noventa, se incrementaron las acciones racistas y xenófobas en la Comunidad Europea y, en particular, en nuestro país, por lo que surge la necesidad de reprimir y tipificar las conductas discriminatorias, como ya advertía un sector de la doctrina española.

Para explicar los comportamientos xenófobos debemos centrarnos en justificaciones multifactoriales, ya que esta problemática tiene un origen histórico, sociológico, psico-social, cultural-antropológico, político-económico y jurídico⁵. Por lo tanto, para que el Derecho, y en concreto, el Derecho penal, cumpla su cometido de

1 El art.14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

2 En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas del 26 de Junio de 1945, que recoge como objetivo básico el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. También el art.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, que establece el compromiso de los Estados parte de seguir, por todos los medios apropiados sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas.

3 Basta citar a autores como Aranguren, Caro Baroja, Raimon Panikkar, Fernando Savater, entre otros.

4 LANDROVE, 1994: «El principio de que todos los seres humanos somos iguales, sin distinción de raza, sexo, lengua, religión, opiniones políticas, nacimiento o posición económica, surgido a finales del siglo XVIII, se ha convertido hoy en un tópico institucionalizado, prácticamente indiscutido en teoría pero vulnerado sistemáticamente en la práctica».

asegurar el orden social, tenemos que comprender el fenómeno discriminatorio en sus múltiples dimensiones.

Para ello, se debe partir del conocimiento de la realidad, por lo que es interesante conocer los procesos sociales que desencadenaron estas conductas racistas, de marginación, opresión y agresión a grupos o individuos en atención a su origen étnico.

El resurgir de la violencia racista y xenófoba se produce tras la Segunda Guerra Mundial⁶, debido a que el desarrollo industrial de la Europa occidental había supuesto un crecimiento económico de estas zonas. Esto genera la necesidad de mano de obra, que proviene la mayoría de modo masivo de diversos países y naciones. Sin embargo, con la crisis de los años setenta y la recesión económica, se produce un cambio en el pensamiento de los nacionales de estos Estados y se comienza a percibir al inmigrante como a un competidor en el mercado laboral, brotando actitudes racistas y xenófobas.

En los años ochenta, ascienden al poder partidos políticos de extrema derecha⁷, en cuyos programas electorales se albergan ataques directos a la población inmigrante y la propagación de ideas antisemitas, con una ideología nacionalsocialista. Un hito histórico en este tiempo es la caída del muro de Berlín y la reunificación de las dos Alemanias.

En general, como afirma Renart García⁸, se produce una redistribución del mapa geográfico europeo. Los movimientos migratorios provocados por los acontecimientos políticos y bélicos coinciden con el resurgir de ideologías antisemitas en los países receptores, por lo que, ante esta injusta situación, se procede a reformar las legislaciones penales de los diferentes países.

5 RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

6 Fundamentalmente en Inglaterra y Holanda

7 Como el Front National en Francia o el Vlaams Blok en Bélgica.

8 RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

España, a diferencia de otros Estados europeos⁹, no es un país con un recelo inicial al inmigrante. Tiene tradición emigratoria, aunque a mediados de los ochenta, con la mejora económica, los españoles emigrados retornan a España, así como otras personas no nacionales. De esta forma, se convierte el desempleo en un problema, alzándose la idea de que el inmigrante es un enemigo a la hora de obtener un puesto de trabajo.

Hay autores, como Landa Gorostiza¹⁰, que considera que se ha llevado a cabo una política activa contra el inmigrante, y defiende la postura de que el ejercicio del control social sobre este colectivo es previo a su rechazo por la ciudadanía y es un factor que desencadena su inadversión¹¹.

Es en los noventa cuando se modifica el anterior Código Penal de 1973, a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Es el precedente inmediato de la actual regulación de nuestro vigente Código Penal de 1995.

⁹ Los países de nuestro entorno como Italia, Francia, Alemania y Portugal.

¹⁰ LANDA GOROSTIZA, J.M., «La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal», Comares, Granada, 2001.

¹¹ Es decir, se somete al inmigrante a un proceso de etiquetamiento ocasionado por las instancias oficiales de control social. Como consecuencia, la ciudadanía considera al inmigrante como un sujeto extraño, diferente y ajeno a la población española. Esta idea se refuerza por los medios de comunicación, que comparan el flujo migratorio español con el francés y el alemán, produciendo el temor de que se repita y se adquiera la conflictividad de esos países.

IV. CAMBIOS LEGISLATIVOS

La circunstancia del art.22.4 CP amplía el ámbito de aplicación en relación con el anterior art.83 del Proyecto de Código Penal de 1992 y la circunstancia del art.10.17 Código Penal derogado¹².

Aunque pudiera verse un precedente en la vieja circunstancia de desprecio, en realidad tiene una orientación distinta. El verdadero antecesor es el número 17 del art.10 del anterior CP, que fue introducido por la LO 4/1995, de 11 de mayo¹³. Como establece la propia exposición de motivos, la agravante se introduce cuando el móvil para la comisión del delito sea discriminatorio, en razón de las características de la víctima y en respuesta a las prácticas genocidas y de violencia racista y antisemita¹⁴.

Los motivos que fundamentan la agravación del delito aparecen delimitados, pero tras la aprobación del actual Código Penal de 1995, se modifican y amplían. Se produce una progresiva ampliación de la proyección de la agravante tanto en el número de delitos en los que puede ser aplicada como en las causas a las que viene referida. Desaparece el límite referente a la aplicación de la agravante solo a los delitos contra las personas y el patrimonio, pudiéndose aplicar a cualquier delito, salvo inherencia o incompatibilidad. Además se extiende la agravante a otras situaciones como son el sexo, la orientación sexual, la enfermedad y la minusvalía de la víctima. Eso sí, pese a que los motivos son de muy diversa índole, son *numerus clausus*, es decir, solo aplicable a los especificados en la ley.

12 BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

13 Art.10.17º CP 1973: «Son circunstancias agravantes: 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».

14 Aunque no cabe dudar genéricamente de su constitucionalidad (STC 176/1995 de 11 de diciembre), es preciso aplicarla con sumo cuidado dado lo etéreo de su contenido, debiendo acreditarse claramente la intención o dolo específico del sujeto.

V. DEFICIENCIA LEGISLATIVA

Autores como Mercedes Alonso Álamó, definen la redacción de la agravante como casuística, redundante e imprecisa¹⁵. Pese a la insistencia del legislador de intentar regular todas las situaciones posibles, no dejando ninguna fuera del tipo, la redacción del artículo no es agotadora¹⁶. También es semánticamente poco afortunada y excesivamente amplia. Los términos empleados son de difícil delimitación y tienen contenidos reiterativos, por lo que falta seguridad jurídica.

No es comprensible la referencia específica a los motivos antisemitas coexistiendo con los motivos racistas o de discriminación por la etnia, raza o nación, ya que el primero podría estar comprendido en los motivos segundos. Además, carece de sentido la determinación de los motivos racistas por un lado, y de la discriminación por raza por otro, puesto que podrían considerarse sinónimos.

La redacción del anterior Código Penal establecía «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al...», derivándose que los motivos del autor constituían el elemento rector de la agravación. En cambio, la redacción actual es confusa, puesto que en el primer apartado sí que se hace referencia a los «motivos racistas, antisemitas» pero en el segundo inciso solo establece «u otra clase de discriminación referente a...», sin dejar abierta la posibilidad de una fórmula que podría redactarse como «o por otros motivos discriminatorios», de donde pudiera apreciarse una tendencia a la objetivización de la circunstancia¹⁷.

15 ALONSO ÁLAMO, M., «La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002.

16 Puesto que deja fuera supuestos como la prostitución o la mendicidad practicada por el sujeto pasivo del delito.

17 ALONSO ÁLAMO, M., «La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002.

VI. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Para comenzar, habría que diferenciar los elementos presentes en el caso concreto que son condición necesaria para que el juzgador aprecie la concurrencia de la agravante.

Por un lado, el elemento subjetivo, atinente al móvil o ánimo específico de actuar por alguna de las motivaciones recogidas en el precepto. Debe probarse el hecho, la participación de los acusados, la condición del perjudicado o de las víctimas y la intencionalidad del autor¹⁸. Se excluyen los supuestos en los que estas circunstancias carezcan de suficiente relieve o no lo tengan, o cuando la motivación discriminatoria es un dato aleatorio. El delito se agrava por la comisión del mismo motivado por consideraciones discriminatorias, lo que podría pertenecer al fuero interno del autor lo que suscita un intenso debate doctrinal.

Por otro lado, el elemento objetivo correspondiente a la integridad física y moral de las víctimas o, dicho de otro modo, que en la víctima concurra la condición o característica que ha motivado el delito¹⁹. El legislador pretende frenar los delitos de odio.

Hay distintas posiciones doctrinales acerca del fundamento de esta circunstancia agravante.

La mayoría de la doctrina fundamenta esta circunstancia en la reprochabilidad de los móviles del actuar, enmarcándose el plus de gravedad en el ámbito de la culpabilidad. Esta postura es seguida por Cuerda Arnau quien sostiene que el fundamento de la agravante reside, más que en un incremento del injusto de hecho, en el móvil abyecto que lleva al sujeto a actuar²⁰.

En cambio, para la postura minoritaria el fundamento de la agravante reside en un mayor contenido de injusto. Mir Puig afirma que la agravante aumenta el injusto

¹⁸ BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

¹⁹ STS 23/11/2006 (RJ 2007/583)

²⁰ CUERDA ARNAU, M.L., «Comentarios al Código Penal de 1995», Tomás (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

subjetivo del hecho, añadiendo al injusto propio del hecho realizado la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución. Para este autor, toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, por lo que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho sin que puedan elevar la imputación personal²¹.

En cuanto a la naturaleza, existe una postura doctrinal mayoritaria que mantiene que es eminentemente subjetiva.

Pese a ello, hay autores que sostienen que la agravante tiene una estructura compleja, tanto subjetiva como objetiva, con prevalencia del elemento subjetivo pero vinculado a las cualidades objetivas que se describen en la ley.

Otros, mantienen que su naturaleza es estrictamente objetiva, porque consideran que el fundamento se halla en el ataque a una serie de valores especialmente protegidos por el legislador, incrementándose el contenido del injusto al añadirse a la ilicitud del hecho delictivo el procedente de la lesión específica a estos valores.

Sobre esta cuestión profundizaré en el apartado de las interpretaciones doctrinales.

21 MIR PUIG, S., «Derecho Penal Parte general», t.6º, Reppertor, Barcelona, 2002.

VII. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Para aplicar la agravante se requiere que el sujeto activo haya actuado movido por una motivación discriminatoria en relación a determinadas cualidades de las víctimas. El problema se presenta cuando el motivo no concurre en el agredido. Pese a ello, se podrá aplicar la agravante siempre que exista una relación directa entre la motivación y la agresión²². En sentido contrario, por el simple hecho de que concurre en la víctima alguna de las circunstancias recogidas en el artículo, esto no significa que vaya a aplicarse la agravante en todo caso. Como en la sentencia 152/2014 de 4 de marzo de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), ARP 2014\754, en los que se produce la una agresión a unos homosexuales pero no se aprecia la agravante puesto que el detonante no es su orientación sexual sino las malas relaciones previas por otras causas entre los agresores y las víctimas.

Si el móvil es independiente de la condición de la víctima o cuando la finalidad discriminatoria no motiva la comisión del delito sino la elección de la víctima, la agravante no operará²³. Algunos autores defienden que solo se aplicará cuando el sujeto tenga conocimiento de las cualidades de la víctima que motivan la comisión del delito, por lo que el error sobre las cualidades de las víctimas impedirá su aplicación²⁴.

El legislador, prima facie, no establece ninguna limitación explícita acerca de los delitos en los que se pudiera apreciar la agravante. Por tanto, la misma será aplicable a toda clase de delitos. Se incluyen los delitos contra la vida e integridad de las personas, contra la libertad, el patrimonio, contra los derechos de los trabajadores, entre otros, siendo una novedad del nuevo precepto del Código Penal de 1995²⁵.

22 Por ejemplo, cuando un español blanco que agrede, por odio a la raza negra, a una joven de raza blanca que acompaña a un amigo negro.

23 BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

24 Opinión contraria defiende Antonio Beristain Ipiña quien sostiene que si el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor como son los móviles de su actuación, no parece que un error en el conocimiento del agresor pueda ser suficiente para que no opere la agravante, ya que el autor estaría movido por una motivación discriminatoria, independientemente de que la cualidad de las víctimas fuera otra.

Esta generalidad se ve limitada en la práctica por el principio de inherencia (art.67 CP) o por la incompatibilidad de la misma con la naturaleza de algunos delitos.

No se aplicará la agravante por el principio de inherencia en los tipos en los que se contemple expresamente una expresión o manifestación concreta de una actitud discriminatoria, como la discriminación en el empleo (art.314 CP), genocidio (art.607 CP), pertenencia a una asociación ilícita discriminatoria (art.515.5º), violencia en el ámbito doméstico o familiar (arts.148.4º, 153, 172.2º y 173.2º). Por ello, si el móvil discriminatorio establecido en estos delitos coincide con el de la circunstancia agravante, no será aplicable esta última.

Tampoco será aplicable cuando los motivos sean causa específica de agravación en los tipos cualificados de un delito, como el delito agravado de amenazas del art.170 CP.

Hay supuestos problemáticos, donde queda latente la disparidad de las opiniones doctrinales sobre el asunto.

El primero de ellos, es en el marco de los atentados contra la libertad sexual donde el motivo discriminatorio es el sexo. Existe un acuerdo unánime en rechazar la aplicación de la agravante en los delitos en los que el sexo forme parte de la estructura del tipo, pero las posturas divergen respecto de los ataques sexuales cometidos contra una persona de otra raza. Autores como Felipe Renart García²⁶ y Ruiz Vadillo defienden la aplicación de la agravante cuando se acredite que el agresor actúa con la única o principal finalidad de humillar a la víctima por los motivos citados en el precepto.

Otro, es el caso de las injurias, donde una acción o expresión lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (art.208 CP). Cuerda Arnau considera que no debe apreciarse la agravante cuando el

25 La fórmula introducida en el número 17 del artículo 10 del anterior Código Penal, se incorporó por la LO 4/1995 de 11 mayo, debido a la alarma social provocada por el incremento de actos delictivos con un trasfondo xenófobo y racista, limitando el uso de la agravante a los delitos contra las personas o el patrimonio. «Son circunstancias agravantes: [...] 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».

26 RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

contenido de la injuria incorpore alguna de las motivaciones o características de la circunstancia.

En sentido contrario, podría discreparse, sin vulnerar el *ne bis in idem*, en que la expresión injuriosa lo fuera, no solo con *animus iniuriandi*, sino también con *animus discriminatorio*, por lo que podría apreciarse la agravante ya que los bienes jurídicos protegidos son diferentes: el honor y la dignidad por un lado, y el derecho a un trato igualitario y no discriminatorio, por otro.

Por tanto, para poder aplicarse la circunstancia, tiene que actuar el sujeto activo con un dolo difamatorio, y un dolo discriminatorio, así como que las acciones injuriosas sean distintas y que el sujeto activo del delito realice las mismas por los motivos del art.22.4 CP²⁷.

No se apreciará en los delitos imprudentes, ya que la agravante lleva aparejado un elemento intencional reforzado, ni tampoco en los casos en los que la motivación carezca de relieve, atendidos los hechos y circunstancias concurrentes en la comisión del delito. Será aplicable a los partícipes en los que concurra el móvil discriminatorio, por la regla de la comunicabilidad. Tampoco se aplicará en todo delito en el que la víctima sea una persona en la que concurren las características objeto de protección con la agravante.

Si el sujeto que comete la acción delictiva actúa movido por motivos discriminatorios y otros móviles que no se hallen expresamente regulados, la agravante se apreciará cuando junto a los motivos discriminatorios aparezcan otros de diversa naturaleza siempre que los primeros sean los predominantes y conminen al delincuente a la comisión del delito. Para ello, el juzgador deberá valorar las motivaciones²⁸.

Se debe acreditar el móvil discriminatorio en cualquier caso. La prueba del mismo es problemática, puesto que la motivación por su carácter íntimo y personal, no

27 ARROYO DE LAS HERAS, A., «Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.

28 ARROYO DE LAS HERAS, A., «Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.

resulta fácilmente aprehensible. Por lo general, se llevará a cabo a través de pruebas indiciarias²⁹.

Los extremos que deben ser probados, además del hecho constitutivo de la infracción, son, como establece Alfonso Arroyo de las Heras influido por Ruiz Vadillo y Prats Canut, la condición de las víctimas o perjudicados y la motivación e intencionalidad del delincuente.

VIII. COMPATIBILIDAD

Es aplicable a toda clase de delitos, con las salvedades expuestas al tratar el ámbito de aplicación de la agravante.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, es incompatible con las eximentes incompletas de legítima defensa y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, pero es compatible con las demás eximentes y atenuantes. En las atenuantes en las que el sujeto sufre una disminución de sus facultades psíquicas, no es una cuestión de compatibilidad, sino que el problema es averiguar si existe o no el móvil discriminatorio, ya que la propia deficiencia puede convertir el móvil discriminatorio en una motivación inconsciente.

En principio es compatible con las circunstancias agravantes. Aunque hay que tener en cuenta la imposibilidad de sustentar sobre un mismo hecho dos o más circunstancias, lo que puede crear problemas a la hora de aplicar al mismo tiempo la agravante del art.22.4º CP, sobretodo, con la agravante de abuso de superioridad. Cuando se cometa un delito por discriminación en razón del sexo, enfermedad o minusvalía, se produce un desequilibrio entre la víctima y el delincuente que se aprovecha de su mejor condición para facilitar la comisión del delito o buscar su impunidad. Por ello, se debe estimar el abuso de superioridad preferente, basándonos en la mayor debilidad física de la víctima. Pero estas agravantes se pueden compatibilizar,

29 Como señala Manuel Gómez Tomillo, lo ordinario será la prueba indiciaria que permitirá, a través de ciertos signos o evidencias externas, la existencia de esa motivación discriminatoria, basándose en las manifestaciones del culpable precedentes y acompañantes a la agresión, la actividad anterior y posterior al delito, las relaciones precedentes entre el autor y la víctima, entre otras. En la mayoría de los casos nos encontraremos ante un juicio de valor o inferencia que deberá ser motivada por el juzgador.

pese a su dificultad, ya que puede suceder que el sujeto actúe movido por motivos discriminatorios y, además, se aproveche de la situación de desequilibrio que le beneficia.

IX. ANÁLISIS E INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS MOTIVOS

1. MOTIVOS RACISTAS

1.1. Racismo, raza y etnia

Son los pilares fundamentales y originarios para la creación de esta circunstancia. Las opiniones doctrinales se hayan enfrentadas en cuanto a la forma en que estos motivos se recogen en la agravante: hay un sector de la doctrina que considera que la reiteración se debe a su importancia, mientras que otros sostienen su innecesaridad. La mayoría de la doctrina afirma que no son expresiones sinónimas rechazando una concepción amplia de raza, puesto que los grupos étnicos son aquellos que, dentro de una raza, presentan características antropológicas que los distinguen, y en cambio la raza es la identificación de grupos humanos que se distinguen por el color de la piel y otros caracteres morfológicos y fenotípicos. Por tanto, se distinguen principalmente en el componente biológico predominante en raza, y el factor cultural en etnia³⁰.

Generalmente las víctimas y el agresor pertenecen a diferentes razas o etnias, aunque de forma excepcional podrá darse la agravante cuando el autor y el sujeto pasivo sean de la misma, no siendo necesario que pertenezcan a una minoritaria sino que puede ser por la pertenencia a una raza o etnia mayoritaria por parte de la víctima, siempre que el agresor se haya movido por este motivo para cometer el delito³¹.

Cuando el precepto alude a los «motivos racistas» se refiere al hecho de cometer el delito motivado por el racismo, lo cual puede entenderse como un odio discriminatorio por razón de la raza. Pero el precepto se reitera al hablar posteriormente de las motivaciones discriminatorias por razón de la raza. Por tanto, 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 22.4º 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. Nos encontramos ante una innecesaria repetición.

30 RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

31 BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

Aunque a efectos interpretativos la referencia puede servir 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. Este argumento no parece ser 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 (los delitos motivados por el odio discriminatorio hacia la raza o la etnia de los inmigrantes que llegaban a nuestro país).

Esta criticable redacción ha habilitado una interpretación alejada del fundamento del precepto. Esta especial mención y separada, junto a los motivos antisemitas, de las demás, parece privilegiar paradójicamente una condición personal, como la raza y el semitismo, sobre las demás, sancionándose con mayor amplitud la comisión de un delito motivado por la discriminación hacia una condición personal sobre otras, siendo que todas ellas se encuentran de igual manera vinculadas al principio de igualdad.

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. Lo verdaderamente importante para delimitar el alcance del precepto no es tanto definir el racismo (a estos efectos está englobado por la discriminación por raza o etnia), sino definir los conceptos que contienen estos últimos.

Raza y etnia no son sinónimas, pero resulta difícil diferenciarlas. A efectos del artículo 22.4º 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 (por ejemplo los pelirrojos). No es aconsejable admitir una noción biológica de raza como la que sostiene el TEDH al respecto porque carece de sustento científico (STEDH, Sección 2ª, Caso Timishev contra Rusia, de 13 de

diciembre de 2005, MP A. B. Baka)³², sino que debe admitirse una noción amplia de raza, que incluiría en buena medida el origen étnico. Esta posición es apoyada por el TC³³.

La etnia, que podría entenderse subsumida en la noción de raza, se basaría en las características culturales como factor de diferenciación. Se puede interpretar de forma amplia, de forma que abarcaría otras condiciones personales que ya prevé el artículo (como la religión) y puede incluso englobar la lengua, siempre que esté estrechamente vinculada al concepto cultural de etnicidad o de pertenencia a un pueblo³⁴.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), sentencia núm. 1210/2004 de 16 diciembre, JUR 2005\28962, condenó al acusado como autor de un delito de homicidio intentado con la agravante de actuar por motivos discriminatorios, por intentar agredir con una navaja a una persona de origen árabe, además de proferirle insultos, escupitajos y otras vejaciones por el simple hecho de ser extranjero. Lo curioso de esta sentencia es que el tribunal emplea indistintamente los términos raza, racismo y etnia, por lo que se recalca que en la praxis judicial su uso es indiscriminado.

2. MOTIVOS XENÓFOBOS

2.1 Nación

32 «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. 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».

33 Por tanto, el concepto de raza no se reduce al color de piel dividiéndose entre blancos (epidérmicos), amarillos (xantodermos) y negros (melanodermos).

34 DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

Existen dos acepciones tradicionales que definen nación: como la población de un Estado regido por un gobierno, con personalidad jurídica internacional y soberanía propia; y como el conjunto de personas nacidas u originarias de un lugar, que comparten la misma identidad cultural y el mismo idioma, con perfiles diferenciadores del resto de las comunidades, ya estén incluidas en un estado comprensivo de varias naciones o en el seno de varios estados³⁵.

Es más correcta la primera porque la segunda supondría una interpretación muy extensiva, que iría en contra del criterio restrictivo de interpretación de las normas penales, y la referencia a la raza y a la etnia, vaciaría de contenido la alusión a la nación³⁶. En relación con el odio hacia las nacionalidades autonómicas, no pueden reconducirse por este apartado puesto que la nación es única (española, marroquí, francesa), pero sí que tiene cabida por la vía ideológica o de la etnia.

3. MOTIVOS IDEOLÓGICOS

3.1 Antisemitismo

En palabras de Juan Alberto Díaz López, «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»³⁷.

Por ser una motivación racial e ideológica, la mayoría de la doctrina la considera redundante y superflua, e incluso supone una discriminación por estar prevista

35 RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

36 Aunque en el caso de las bandas latinas y, en especial, los «Latin Kings» los grupos suelen estar formados por sujetos de una misma nacionalidad, por lo que posiblemente 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 diferente a la propia. Aunque hay otros casos en los que no se podrá usar este argumento porque las bandas cuenten con miembros de nacionalidades distintas. Es importante para su aplicación que el delito se cometa por un odio discriminatorio hacia la nacionalidad, raza o etnia de la víctima.

37 DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

expresamente en detrimento de otros colectivos³⁸. Tanto la etnia (en su dimensión negativa), como los motivos racistas (raza hebrea) así como los religiosos o las creencias, ya sirven para castigar la discriminación sufrida por este colectivo, sin necesidad de un apartado específico.

Su inclusión se debe a razones históricas, pero esto no llega a justificar la innecesaria reiteración. En España la protección de los judíos carece de sentido porque no tiene una tradición histórica tan negativa como otros países de su entorno (como Francia, Austria, Alemania, Bélgica e Italia), existiendo profundas diferencias históricas, sociales, económicas y políticas entre ellos, lo que nos aleja en esta materia. Desde la expulsión de la comunidad judía a finales del siglo XV, dejan de redactarse medidas legislativas antisemitas por carecer de legitimarios. Incluso con Franco su política no se centraba en la represión hebrea. Desde la instauración de la democracia, los partidos de extrema derecha y de ideología neonazi han tenido un seguimiento popular simbólico, no convirtiéndose en un peligro real significativo. Además, no hay que olvidar la gran diversidad cultural y racial de las nacionalidades que integran nuestro estado.

La justificación de la previsión expresa puede encontrarse en el temor del legislador a que los hechos acaecidos en los países citados puedan ser copiados en nuestro país, pero, pese a sus buenas intenciones, no ha considerado la realidad social y política española mediante una adecuada reflexión de su sentido y alcance.

Existe un consenso doctrinal para su reconducción a los motivos racistas (raza y etnia y más si entendemos que se engloba la lengua), o incluso, a la religión o creencias de la víctima, abogando por su supresión. De esta forma ya quedarían cubiertos todos los supuestos de odio antisemita.

3.2 Religión

Ya se preveía en el Proyecto de 1994 (art.23.5º), sin que su previsión haya originado nunca debate.

³⁸ Ruiz Vadillo puntualiza que la palabra «antisemita» sobraba puesto que no considera correcto especificar tanto, ya que cuanto menos se distinga mejor.

La religión es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad o la transcendencia, de sentimientos y/o pensamientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, poseyendo un sentido claramente espiritual. Se excluyen los cultos que tienen un interés económico o sexual ocultado tras una supuesta espiritualidad, y aquellos en los que no se ingrese y se permanezca de forma voluntaria.

Plantean discrepancias los elementos constitutivos del concepto de religión, lo que dificulta la determinación del carácter religioso o no de un grupo. Por seguridad jurídica y certeza además de por la salvaguarda de los derechos fundamentales, hay quienes sostienen que se deberá interpretar restrictivamente el término religión y se deberá acudir al Registro de Entidades Religiosas para definir el radio de acción de la agravante³⁹. Pero la opinión doctrinal no es unánime en este punto, puesto que algunos afirman que las razas, las etnias o las ideologías políticas no se encuentran tasadas ni registradas, y que al entenderse éstas de manera amplia carece de sentido no hacer lo mismo con la religión. No se justifica el excluir a las religiones más o menos sectarias aunque no estén reconocidas en el ordenamiento jurídico. Además, si para poder apreciarse la agravante debe tratarse de una Iglesia inscrita en el Registro, se dejaría sin protección los supuestos de odio discriminatorio hacia el ateísmo, que supone la negación de la divinidad. Debe incluirse en el ámbito de aplicación de esta agravante porque lo que se protege es la condición personal consistente en la creencia de la víctima de una concepción del mundo desde un prisma ético y trascendente que sufre un ataque por un odio discriminatorio o perjuicio del autor. Por tanto, se engloba cualquier creencia vinculada al general reconocimiento del Derecho a la libertad religiosa derivado del principio de igualdad, incluyéndose las creencias espirituales y trascendentes hacia determinadas formas de divinidad, así como la convicción atea o agnóstica.

También se ha propuesto que opere la agravante únicamente cuando se trate de un credo identificable, que fundamente su doctrina de forma distinta a otras religiones. En los colectivos organizados de naturaleza pseudorreligiosa requiere que se le aplique la circunstancia con cautela mediante una interpretación estrictamente normativa del elemento religioso.

39 En opinión de Renart García y Borja Jiménez, y en sentido contrario, Juan Alberto Díaz.

3.3 Creencias

Su concepto es difuso, entendiéndose como las concepciones personales de naturaleza no política, o la doctrina a la que debe acomodarse el comportamiento ético de quienes la practican. Se descartan las creencias políticas y religiosas por estar expresamente previstas en otros supuestos, y sirve para fundamentar un ataque discriminatorio que no sea reconducible por su contenido o especificidad a otras causas.

Algunos autores se refieren al comportamiento ético o a las concepciones personales no políticas, pero estos son elementos inaprensibles y etéreos que deben ser rechazados por la falta de seguridad jurídica que generan. Los límites de la protección del legislador ante cualquier discriminación se encuentra en los principios penales de un estado democrático para así no producir un trato discriminatorio institucionalizado. Por tanto, basándonos en este argumento debería suprimirse.

Sin embargo, esta referencia tiene una gran utilidad interpretativa en relación con las menciones a la ideología y la religión, no interesando su eliminación.

En atención a las «creencias religiosas», la referencia a las creencias refuerza la idea de que las religiones no han de estar necesariamente inscritas en el Registro para gozar de la protección de la agravante, incluyéndose el ateísmo.

Gracias a las «creencias ideológicas» se consigue englobar los casos en los que una persona, con la misma ideología política o la misma religión que otra, comete un delito por considerar que el otro sujeto tiene una visión adulterada o inaceptable de la misma. El odio iría referido a las creencias religiosas o políticas.

3.4 Ideología política

Se encuentra vinculada con el odio político. Debe entenderse en el sentido de 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. Se fundamenta en que, como establece García Pablos, todas las democracias acusan ciertos coeficientes de intolerancia política.

La disparidad ideológica, junto a la racial, es una de las principales causas de desigualdad y de ataques por grupos extremistas. En nuestro país su necesidad es clara y acertada su previsión expresa, ya que aparece tristemente contrastada la existencia de colectivos neofascistas y neonazis junto a grupos organizados y activos de corte separatista, aunque la jurisprudencia es reticente a aplicar la agravante en este último caso. Es curioso que, hace no mucho tiempo, en nuestro ordenamiento jurídico existía una atenuante «de actuar por móviles patrióticos», lo que era contraproducente para aplacar la violencia puesto que provocaba graves conflictos e iba en contra del principio de igualdad⁴⁰.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) dictó la sentencia núm. 419/2009 de 14 octubre, ARP 2009\1294, en el caso de un antifascista asesinado por un skin en el metro, donde se le condenó por un delito de asesinato agravado por el art.22.4 CP. El condenado atacó contra la víctima por su ideología, siéndole indiferente agredir a una u otra persona siempre que fuera simpatizante de la ideología contraria a la neonazi.

3.5 Sexo

Se refiere a la condición biológica de hombre o mujer⁴¹, al margen de su orientación sexual. Como establece la CE debe interpretarse en términos de paridad entre el hombre y la mujer, siendo únicamente relevante que el sexo haya sido el motivo de la conducta delictiva. Esto la diferencia de la antigua agravante de desprecio de sexo⁴² donde el sujeto pasivo solo podía ser una persona del género femenino.

40 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».

41 E incluso a los hermafroditas.

42 Suprimida por la reforma de 1983 en aras al principio de igualdad puesto que su fundamento era el mayor respeto que el hombre debe a la mujer.

Este concepto de discriminación por razón del sexo abarcaría los delitos cometidos por el hecho de tener unos determinados atributos sexuales, así como las cuestiones estrechamente vinculadas con los mismos, que determinan esa condición personal⁴³.

Este artículo no incluye ninguna referencia al género⁴⁴. Como clarifica Juan Alberto Díaz, no es lo mismo un delito machista (especialmente, en el ámbito de la pareja) que un delito motivado por misoginia⁴⁵. Es esta segunda noción a la que alude el artículo 22.4º CP. Como conclusión, no se aplicará la agravante cuando el sujeto solo pretenda perpetuar unos determinados roles de género, en cambio, sí que se dará cuando además pretenda consumir su deseo de causar un mal a su víctima por el sólo hecho de ser biológicamente mujer u hombre.

La circunstancia objeto de estudio es una agravación por motivaciones, pero, en cuanto a la violencia de género, ésta no sanciona las motivaciones del autor sino determinados efectos en el contexto de las relaciones de pareja (imposición de una relación de supremacía en el ámbito de la pareja). Así pues, el ámbito de aplicación de la agravante no es coincidente ni abarca completamente los supuestos de violencia de género⁴⁶.

No existe acuerdo doctrinal sobre la conveniencia de este motivo. Para Lorenzo Copello la desigualdad en el trato que sufre la mujer es difícil de comparar con la de otros grupos a los que la legislación penal pretende asimilarlo (homosexuales, algunas

43 Como cometer un delito contra una mujer embarazada, por odiar a las mujeres encinta, actuando por motivos discriminatorios por razón del sexo.

44 Alusión como la recogida en la LO 1/2004 de 28 de diciembre.

45 Por ejemplo, el artículo 54.2.g del Estatuto de los Trabajadores distingue entre «acoso sexual» y «por razón de sexo».

46 ALONSO ÁLAMO, M., «Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género», CPC, 2008, pp. 19-52. Dice así: «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 si se acepta que tal circunstancia se apoya en los motivos del autor».

razas o nacionalidades). Larrauri Pijoan considera que la protección excesiva de la mujer, perpetua una imagen distorsionada de la misma como un ser necesitado de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección estatal. Renart García afirma que hay que extremar la cautela en su aplicación e interpretarse de forma restrictiva, para evitar su admisibilidad automática.

3.6 Orientación e identidad sexual

Por identidad sexual se refiere al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, al margen del sexo biológico⁴⁷.

La orientación sexual hace referencia a las opciones que cada uno adopta en cuanto a su vida sexual, incluyendo todas las tendencias sexuales⁴⁸, pero excluyéndose la forma de ejercer la sexualidad⁴⁹. Hay que matizar este concepto, puesto que en cuanto a esta tipología existe un amplio debate doctrinal, por la concreción de su contenido.

Hay posturas restrictivas, que cercenan el ámbito de la expresión a las conductas sexuales de la homosexualidad y el lesbianismo, y posiciones extensivas, que engloban también la prostitución y la pederastia. Dentro de esta última, hay quienes también incluyen el travestismo e incluso la heterosexualidad entendida como un comportamiento susceptible de ataques discriminatorios.

A mi entender, la postura sostenida por Felipe Renart García y Conde Pumpido Ferreiro es la correcta, al considerar que la orientación sexual hace referencia a la sexualidad desviada del modelo heterosexual (aunque este también podría ser objeto de ataque por ser el sujeto heterosexual), ya que la prostitución no es una opción sexual sino una instrumentalización del sexo en el marco de una actividad profesional. Es constatable los innumerables ataques a este último colectivo el cual queda excluido de esta agravante. Por ello, el legislador debería incluirlo expresamente.

47 Aplicándose la agravante a supuestos de transfobia y transexualidad.

48 A saber heterosexualidad, homosexualidad, asexualidad, promiscuidad, zoofilia o pederastia.

49 Refiriéndose a la prostitución.

La primera aplicación con relevancia pública de la agravante fue en la SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 13 de marzo de 2000, confirmada por la STS nº 1341/2002, de 17 de junio. En el supuesto se enjuiciaba la paliza sufrida por un homosexual por esa simple condición. Es reseñable que no quedó realmente probada la orientación sexual de la víctima pero se aplicó porque se consideró que lo relevante era probar que el móvil de los autores consistió en un odio discriminatorio por razón de orientación sexual.

4. MOTIVOS REFERENTES A LA CONDICIÓN FÍSICA O PSÍQUICA DEL SUJETO PASIVO

4.1 Enfermedad

Su inclusión ha sido valorada de forma positiva por la doctrina, pese a la amplitud del concepto de enfermedad. Hay dos posturas al respecto. Los que consideran que habrá que interpretarlo restrictivamente para limitar su aplicación a enfermedades clínicamente graves por su importante afectación a la salud física y psíquica del sujeto pasivo y por su trascendencia médico-social. Y los que opinan que sirve de base cualquier enfermedad de las padecidas por la víctima, algo que daría lugar a situaciones absurdas.

La enfermedad debe presentar características que hagan que quien la padece sea considerado un ser humano desvalorizado y objeto de discriminación por ciertos grupos.

Se incluyen enfermedades físicas y enfermedades que llevan un componente psicológico, por lo que se engloba el ataque a toxicómanos, alcohólicos y enfermos de sida. No es necesario que la enfermedad se haya desarrollado, sino que solo basta que el sujeto activo conozca la condición de enfermo de la víctima. Cuando exista duda habrá que acudir a la definición de las enfermedades que ofrece la Organización Mundial de la Salud.

El juzgador debe separar los supuestos de discriminación de los de abuso de superioridad. Se debe distinguir dos supuestos: cuando la agresión con un móvil discriminatorio se perpetúe sobre un individuo, estando ambos en igualdad de condiciones por estar plenas sus facultades físicas y psíquicas (solo agravante por motivos discriminatorios), y cuando además del móvil discriminatorio, el sujeto pasivo

tenga mermadas sus facultades físicas y psíquicas habiendo un desequilibrio entre el autor y la víctima (ambas agravantes).

4.2 Minusvalías

Abarca todas aquellas que de manera grave y manifiesta inciden en el normal desarrollo y actividad de los sujetos que las padecen. Se incluyen minusvalías como la ceguera, el mongolismo o las paraplejias.

Normalmente son supuestos de carácter irreversible, por lo que se complica la aplicación conjunta de las agravantes de abuso de superioridad y discriminación sin violar el principio *ne bis in idem*. La agravante de abuso de superioridad debería ser apreciada por la irremediable y permanente desproporción de fuerzas entre el agresor y la víctima. Así pues, la averiguación del móvil discriminatorio es más compleja, por lo que se deben investigar manifestaciones o actos anteriores, coetáneos o posteriores al hecho delictivo que hagan indubitada la existencia de dicha motivación.

Un complejo problema que puede plantearse es el supuesto en el que alguien, movido por la compasión, decide quitarle la vida a un discapacitado⁵⁰. Podríamos diferenciar dos campos separados por una línea muy estrecha: la eutanasia por un lado, y el crimen de odio por otro, entendido este último como que el autor mata a un discapacitado porque opina que todos merecen morir (móvil discriminatorio).

Se debería aplicar el art.22.4º CP a quien mata a un discapacitado alegando que actuó por «compasión» (se trata más bien de «compasión discriminatoria»), por entender que quien tiene una discapacidad es un ser inferior en comparación con las personas «sanas». Aunque hay que prestar especial atención al caso en el que una persona mata a un concreto discapacitado, aún sin su consentimiento, porque está padeciendo sufrimientos evidentes y quiere acabar con su dolor, y por tanto no lo hace por odio a los discapacitados. También el contexto en el que el discapacitado hubiera pedido al autor de forma seria, expresa e inequívoca que acabara con su vida no debería aplicarse la agravante.

50 DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

En cualquier caso, estos supuestos plantean serios problemas de prueba, en los que el principio in dubio pro reo puede suponer la inaplicación de la agravante.

X. INTERPRETACIONES DOCTRINALES

No existe una decisión doctrinal unánime acerca de la corrección del precepto estudiado. Una parte de ella ve con buenos ojos esta respuesta sancionadora específica y cualificada de unos actos delictivos cualitativamente más dañinos. Otra es contraria a este artículo por considerar que la norma parece vincular ese plus sancionador con circunstancias pertenecientes al fuero interno de la persona, y así fundamenta una sanción adicional con un expediente propio del derecho penal de autor.

Aunque sin duda el debate se centra en determinar si la circunstancia agravante encuentra su naturaleza jurídica o, mejor dicho, su fundamento, en el plano del injusto o en el de la culpabilidad.

Las motivaciones abyectas como incremento de la culpabilidad.

La postura doctrinal y jurisprudencial dominante española integra esta circunstancia agravante en la esfera de la culpabilidad.

Según estos autores para determinar el fundamento de la agravante no debemos basarnos en un elemento externo, como los efectos de la conducta para la víctima, sino en el motivo que guió al autor a cometer el delito. De forma de que no siempre que concurra en la víctima alguna de las características discriminatorias previstas legalmente debe entrar en juego la agravante del artículo 22.4ª CP. Deberán diferenciarse unos y otros supuestos atendiendo a cuál fue la motivación del autor⁵¹.

Esta tendencia ha sido asumida jurisprudencialmente, atendiendo a un elemento subjetivo, como es el móvil específico de actuar por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo los supuestos en los que estas circunstancias carezcan de suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Por consiguiente, la jurisprudencia exige como requisito que la motivación discriminatoria sea determinante para cometer el delito⁵². El artículo 22.4º CP se aplicará si se prueba que la motivación del autor para cometer su delito fue el odio discriminatorio.

⁵¹ Por ejemplo, la sentencia AP de Madrid (sección 23), del 30 de octubre del 2000, rec.20001/1999, en los que no se apreció la circunstancia agravante al no quedar probado que los acusados se dirigieran a las víctimas por su origen egipcio sino por pensar que estaban llevando a cabo una venta de sustancias estupefacientes.

En opinión de Cerezo Mir, la agravante tiene su fundamento en la mayor reprochabilidad que merece el móvil discriminatorio que impulsa al autor a cometer el delito, suponiendo una mayor gravedad de la culpabilidad.

Destaca Cuerda Arnau⁵³, quien busca el fundamento de la agravante en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar, lo cual determina un mayor desvalor del ánimo y mayor culpabilidad.

Muñoz Conde considera que hay que buscar el fundamento de la agravación en los móviles de la actuación del sujeto, en su fuero interno, puesto que no hay nada que apunte a ratificar el fundamento basado en un mayor desvalor del injusto.

Para Bustos Ramírez es una circunstancia personal de motivación, en la que se aprecian los más bajos y primitivos instintos de desprecio del ser humano, a los derechos fundamentales de las personas y de una ideología que es determinante en su decisión de lesionar los bienes jurídicos de sus víctimas, por lo que se incrementa la culpabilidad.

Según este sector doctrinal, las motivaciones abyectas⁵⁴ mostrarían un delincuente más temible, justificándose el incremento de la culpabilidad. La capacidad criminal del sujeto se determinará por su perversidad al cometer el delito. Por ello, cuando se comete por motivos discriminatorios, nos encontramos ante un estado peligroso del sujeto, al que se añade a la responsabilidad por la comisión del delito, la responsabilidad por peligrosidad. Cuando un sujeto ha realizado un acto externamente antijurídico, es preciso valorar si el autor tenía internamente la actitud de incumplir la norma. El motivo discriminatorio demostraría que la calidad de la actitud interna era pésima, añadiéndose al desvalor por el injusto típico cometido un desvalor adicional, que afectaría a la culpabilidad.

52 DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

53 ARNAU, M.L., «Comentarios al Código Penal de 1995», Tomás (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

54 También llamadas por Juan Alberto Díaz López «el motivo bajo o antisocial».

Esta postura ha sido criticada por otro sector doctrinal, el cual define como peligroso el hecho de que los motivos discriminatorios que mueven al autor de un delito se tengan en cuenta para agravar la responsabilidad penal, la culpabilidad, valorando la moral del mismo. Se corre el riesgo de caer en un Derecho penal de autor, de forma que se repriman las ideas o los sentimientos. Desde el punto de vista procedimental, consideran que nos puede conducir a decisiones más inseguras y a investigaciones más incisivas que traten de alcanzar el aspecto más íntimo de la persona. En sentido contrario, los autores que rebaten estos argumentos añaden que el pensamiento falaz de la «pendiente resbaladiza» no es admisible, porque la agravante no supone la sanción del pensamiento. Además los anteriores autores no evidencian que la agravante fundamentada en un plus de injusto nos conduzca a una praxis menos incisiva sobre el sujeto. La idea de que el artículo 22.4º CP afecta a la culpabilidad es el sentido más próximo a las intenciones del legislador y a la formulación legal.

Los detractores defienden que la gravedad del delito no puede determinarse atendiendo a la gravedad de la culpabilidad, puesto 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 posibilidad de imputar al sujeto activo el desvalor de esa lesión del bien jurídico protegido. Según esto, nunca puede ser más grave el delito por una afectación a la culpabilidad, sino que únicamente se reducirá su culpabilidad porque el hecho no le fuera plenamente atribuible. Si un sujeto comete un delito (un hecho antijurídico) habrá de imponérsele una pena dentro del marco previsto legalmente. Si apela a sus motivaciones, y éstas son aceptadas socialmente se le puede imputar el hecho en menor medida. Pero si fue el odio discriminatorio lo que motivó su conducta, será un motivo 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.

La culpabilidad sería entendida como la posibilidad de añadir al desvalor propio del injusto un desvalor adicional que no tendría que ver con el hecho delictivo cometido, sino con la actitud interna del sujeto. Duplico se plantea el problema de cómo puede ser posible que un hecho cometido sin motivos discriminatorios se entienda ya como plenamente imputable al autor, y admitir al mismo tiempo que de haber concurrido la circunstancia agravante del artículo 22.4º CP le hubiera sido más

imputable. Si la agravante afectara a la culpabilidad podría estar sancionándose al sujeto con una pena por encima del límite correspondiente.

Juan Alberto Díaz López⁵⁵ ofrece tres posibles soluciones: la primera sería no tomar en consideración los motivos a efectos agravatorios, la segunda matizar la concepción mayoritaria de la categoría dogmática de culpabilidad, y la tercera, dar a los motivos discriminatorios cabida en la noción de injusto.

Un mayor injusto subjetivo.

Se parte de la idea de que el motivo discriminatorio origina la intención de cometer el delito, por lo que no se sanciona el motivo en sí, sino la intención que dicho motivo expresa cuando el autor comete el hecho.

Su naturaleza jurídica radicaría en la intencionalidad, no en la culpabilidad. Esto confiere una mayor gravedad al hecho, ya fuera por la intención de causar un daño al grupo que comparte las características de la víctima, o por la intención de negar el principio de igualdad.

Un importante sector doctrinal, encabezado por Mir Puig, ha partido de que la agravante añade al delito la intención de negar el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, y así configura la mayor gravedad antijurídica del hecho cometido por estos motivos discriminatorios, afirmando que nos encontramos ante un mayor injusto subjetivo.

Los motivos serían un elemento subjetivo del delito al que se aplica la agravante, justificándose la mayor pena a imponer. Esta concepción parece partir de una concepción del dolo que sólo atiende a su carácter intencional, del que se deriva una mayor gravedad del hecho.

Pero esta postura también encuentra detractores. El dolo no es sólo intención, sino también conocimiento del riesgo que puede derivarse de una conducta. Así, lo que distingue al dolo directo del dolo eventual no es la intensidad de la intención, sino el conocimiento del riesgo derivado de la conducta. Y los motivos no afectan al

55 DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

conocimiento del riesgo. Que se actúe movido por un motivo discriminatorio al cometer un delito es igualmente compatible con el dolo directo que con el eventual, siendo la conducta igualmente dolosa. Por tanto, no puede admitirse que se sancione de forma más grave un delito cometido por dolo eventual porque se cometió por motivos discriminatorios que uno cometido por dolo directo sin tales motivaciones, ya que el dolo sería igualmente grave en ambos casos.

Tampoco puede admitirse que se agrave la responsabilidad porque se añada un elemento subjetivo específico (intención de negar el principio de igualdad) distinto al del injusto ya cometido. Ello supondría valorar el elemento subjetivo de la intención aisladamente, sancionando el pensamiento. La valoración de las motivaciones del autor ha de realizarse partiendo de que se valora un hecho, no unas motivaciones o intenciones al margen de ese hecho.

Un mayor injusto objetivo

Interpretación orientada a sostener que el artículo 22.4º CP aumenta la gravedad del injusto objetivo porque los motivos añaden un desvalor adicional a ese hecho típico, al resultado. El punto de partida consiste en reinterpretar la alusión a los «motivos» y considerarlos como algo ajeno a los procesos psíquicos del autor.

El precepto se refiere a las situaciones fácticas subyacentes en las que tiene sentido la alusión a las motivaciones. Debido a la imposibilidad de enumerar todos los supuestos fácticos en los que cobraría significado la sanción penal, el legislador opta por hacer alusión a elementos motivacionales. Por consiguiente, a pesar de aludir a los «motivos», realmente se refiere a unas situaciones objetivas en las que se producen unos efectos que implican un mayor desvalor objetivo de la conducta del autor, explicando la agravación de la responsabilidad penal. Por tanto, dan cierta prioridad sobre el móvil discriminatorio al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. El bien jurídico que se protege especialmente es el derecho a ser diferente⁵⁶.

56 MACHADO RUIZ, M.D., «El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº5, 2002.

Lo relevante a la hora de vulnerar el bien jurídico protegido no es la presencia de la motivación discriminatoria en el pensamiento del autor, sino que la hubiera exteriorizado a través de unos efectos.

Dentro de esta línea, Lorenzo Copello añade que los bienes jurídicos comprometidos son tanto el lesionado por el delito cometido como el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro. Arroyo Las Heras⁵⁷ defiende que la comisión del delito afecta además a otros valores socialmente reconocidos y que el legislador ha pretendido tutelar.

Dopico Gómez-Aller⁵⁸ esgrime que el fundamento de la agravación reside en la existencia de una mayor antijuridicidad, puesto que considera que se incurre en un error de extensión por pensar que una conducta daña el principio de igualdad si es motivada por factores xenófobos. Este principio sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. A una conclusión parecida llega Landa Gorostiza quien considera que el titular del interés al que se refiere la agravante, no es el concreto agredido, sino el colectivo. Opina que el plus de gravedad debe buscarse en la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito y en el que concurren las características tipificadas en el artículo. Por lo tanto, no se centra en el destinatario inmediato de la conducta delictiva, sino en el colectivo de pertenencia⁵⁹.

Volviendo con Dopico Gómez-Aller, este sostiene que el delito al que se aplica la agravante produce un efecto comunicativo intimidante, teniendo un efecto supraindividual que justificaría el incremento de pena. Este efecto comunicativo del delito para que se aplique la agravante debe derivar de un mensaje idóneo en términos

57 ARROYO DE LAS HERAS, A., «Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.

58 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 57, nº1, 2004, pp. 143-176.

59 LANDA GOROSTIZA, J.M., «La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal», Comares, Granada, 2001.

de peligrosidad objetiva (verosimilitud, concreción, inminencia y gravedad). El desvalor de resultado vendría dado por el perjuicio tanto a la víctima como a su colectivo.

Mantiene que es necesario configurar el injusto subjetivo necesario para imputar al autor el delito agravado. Por tanto, se tendría que dar un dolo que abarcaría el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una población amenazada y que la propia conducta cumple esa amenaza, y debe además estar emitiendo un mensaje discriminatorio.

Esta postura tiene dos incidencias. 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 que si con su hecho el autor ha exteriorizado ese significado comunicativo, aunque realmente no hubiera cometido el delito por odio discriminatorio, se le aplicará la agravante⁶⁰. Las críticas a esta posición llegan a la conclusión de que sería irrelevante que se cometiera el delito por motivos discriminatorios, pudiendo sancionarse más duramente a un sujeto que no cometió el delito por estos motivos. Además, si el artículo hace referencia expresamente a los «motivos» crea problemas en base al principio de legalidad el reinterpretarlo de otra forma.

La mayor crítica es aquella que sostiene que estos autores transmutan el fundamento de la agravante puesto que el mismo ya no radicaría en el principio de igualdad sino en la protección de colectivos especialmente vulnerables.

Si admitimos que la aplicación de la agravante supone un desvalor adicional de resultado, la circunstancia sólo se aplicará cuando la víctima efectivamente reúna las condiciones propias de la minoría protegida. Así las cosas, se potenciaría la victimización secundaria, ya que se exigiría a la víctima que acreditara, por ejemplo, su homosexualidad. En vez de indagar en las motivaciones del autor, se sometería a la víctima o a sus allegados a una serie de interrogatorios para averiguar la condición personal motivadora del delito.

⁶⁰ Por ejemplo, en un caso de simulación de la motivación racista

Existen unas **concepciones mixtas objetivo-subjetivas** para intentar solucionar el problema de que se aplique la agravante a quien no actúa por motivos discriminatorios. Para que se aplique el art.22.4º CP es necesario que se produzca un efecto discriminatorio (mayor peligrosidad del hecho) y que concurra un proceso psíquico motivacional en el autor (actitud más reprochable).

Destaca Alonso Álamó⁶¹ quien defiende que, aunque la motivación del autor es un aspecto central, la agravante se halla delimitada objetivamente. Los motivos a tener en cuenta son los regulados legalmente, no siendo válido que concurra cualquier motivación en el autor. Es más deben concurrir en la víctima las características explicitadas en el texto legal. Habrá que probar tanto la motivación del autor como que la persona agredida forma parte de un colectivo, normalmente minoritario, objeto de discriminación. Se sanciona el efecto del delito para el colectivo y la motivación discriminatoria.

Con esta postura se salva el que se aplique la agravante a quien no actúa por motivos discriminatorios, pero se le sigue criticando desde la perspectiva del Derecho Penal de la actitud interna. Como dicen los autores que difieren en esta postura, si se diera por hecho que siempre existe el peligro de la exteriorización del motivo del autor para los bienes jurídicos implicados, se estaría sancionando la motivación en sí misma considerada, como un añadido al desvalor por el injusto del delito cometido. Además, si es necesario probar tanto la motivación discriminatoria como el peligro para un colectivo, la agravante no se aplicará casi nunca. La postura se encuentra alejada del fundamento del artículo 22.4º 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 un colectivo, ni tampoco que sea preciso probar la existencia de unos efectos para dicho colectivo.

61 ALONSO ÁLAMO, M., «La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002.

XI. CONCLUSIONES

Esta agravante ha sido objeto constante de debates doctrinales, dando lugar a opiniones muy dispares e incluso antagónicas.

La doctrina es unánime al afirmar la deficiente técnica legislativa con la que es redactada. En cambio, la divergencia se produce entre quienes califican su implantación de fundamental por su operatividad práctica y su previsible aumento, y quienes se basan en la falta de correspondencia real entre los supuestos de la agravante y la realidad social española. Considero tristemente necesaria la implantación de una agravante que imponga la pena en la mitad superior del marco punitivo previsto para el delito cuando el autor actúa por motivos discriminatorios. Pese a ello, su redacción debe ser depurada y modificada para adaptarse a la realidad del tiempo y el lugar en el que va a ser aplicada.

La inclusión de los motivos antisemitas carece de sentido, puesto que la sociedad española actual o incluso la tradición de nuestro país, no ha destacado por un exacerbado odio hacia los judíos, siendo víctimas más habituales de este tipo de delitos las prostitutas o los mendigos por lo que sí que debería incluirse su previsión expresa para garantizar su protección. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1160/2006 de 9 noviembre, RJ 2007\299, se agrede a un indigente por considerarlo un ser inferior y el TS no aprecia la concurrencia de la agravante por no estar recogido expresamente en el precepto.

Nuestra doctrina aboga por la previsión de circunstancias tales como la discriminación por la edad, situación familiar o económica e incluso plantea la posibilidad de introducir una cláusula abierta para englobar otras posibles situaciones que pudieran acontecer. En mi opinión, hay situaciones inadmisibles que deben solucionarse a través de un cambio legislativo y así evitar situaciones tan injustas como la citada sentencia del mendigo, pero siempre teniendo en cuenta que en el Derecho Penal debe prevalecer la seguridad jurídica y la taxatividad de la ley penal. Estas características las ofrece un listado *numerus clausus*, que reduciría drásticamente la discrecionalidad judicial. Por ello, las situaciones que merecen una especial protección deben ser recogidas expresamente.

Aunque sin duda la principal problemática se centra en la determinación de la naturaleza jurídica de la agravante. Existe un intenso debate doctrinal y pronunciamientos doctrinales contradictorios en cuanto a su aplicación. Los esfuerzos interpretativos de la doctrina se dirigen a evitar que la agravante se enmarque en un Derecho penal de autor. Es necesario probar ese móvil discriminatorio, basándonos en que la conducta del sujeto activo se acompañe de expresiones o hechos anteriores, coetáneos o posteriores de los que se pueda objetivamente inferir su voluntad discriminatoria.

Como comentábamos en el apartado número X, la postura mayoritaria entiende que la naturaleza jurídica de la agravante y lo que justifica la mayor gravedad de la pena reside en una mayor culpabilidad, por lo que se aumenta la reprochabilidad de la conducta del autor por las motivaciones abyectas que lo mueven a actuar. Se le critica por el hecho de que puede terminar convirtiéndose en un Derecho Penal que pene la actitud interna, además de que pueda suponer un atentado contra el principio de culpabilidad.

Otro sector doctrinal aboga por entender que afecta al injusto subjetivo, pero el problema principal radica nuevamente en sancionar la motivación del autor, o su fuero interno mejor dicho.

Dentro de la posición que sitúa la agravante en el plano del injusto, están aquellos que entienden que se basa en un injusto objetivo. Según estos autores la agravante sanciona los efectos discriminatorios que provoca el delito para determinados colectivos o personas especialmente vulnerables. Entienden que el legislador se refiere a las situaciones fácticas subyacentes cuando habla de los motivos. Esta postura soluciona los problemas citados en las anteriores teorías, puesto que se sanciona tanto un hecho objetivo como el delito cometido, no las motivaciones del autor. En cambio, propicia la victimización secundaria y va en contra del principio de legalidad esa extralimitación a la hora de interpretar lo que el legislador quiso expresar al mencionar el término «motivos».

Hay propuestas que abogan por la naturaleza mixta de la agravante, exigiendo que se pruebe la motivación y los efectos discriminatorios. Esta posición cuenta con detractores y críticas en ambas caras de la misma, tanto por la parte subjetiva como por la objetiva.

Por ello, en mi opinión hay que partir de la idea de que no se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas sino un hecho típico, cuya pena viene delimitada legalmente. Si bien es cierto que no se puede evaluar penalmente el fuero interno mientras el mismo no se exteriorice con hechos, en Derecho Penal se admiten los motivos, puesto que son elementos imprescindibles para delimitar lo ilícito penal de otros ilícitos y de lo lícito. Así pues, a pesar de que no se sancionen los motivos, estos se tienen en cuenta para explicar la comisión del delito.

No hay que entrar a valorar la actitud interna del autor de un delito siempre y cuando no cometa un delito en base a unos motivos discriminatorios, para lo cual será necesario su prueba. Una persona puede ser racista, homófoba o no gustarle un determinado colectivo como opción de conciencia pero no puede delinquir basándose en esta motivación. En el caso de que lo hiciera, es cuando su conducta es más reprochable que el mismo delito perpetrado sin esa motivación, por lo tanto situaría la circunstancia agravante en el plano de la culpabilidad.

Al hacer alusión el artículo a los «motivos», son estos mismos los que hay que probar, no las situaciones fácticas subyacentes ni los efectos. Habrá que prestar especial atención al contexto en el que se cometió el hecho delictivo, puesto que sirve para determinar el grado de implicación personal del sujeto en la situación. Es decir, el motivo ayuda a delimitar la relación del autor con el hecho típico cometido.

Las motivaciones permiten que el desvalor por el hecho se impute hasta un determinado punto en el que será imponible al autor la pena correspondiente al desvalor culpable de su hecho. De esta forma, el artículo 22.4º CP habrá servido para justificar la pena, aunque en sí misma la motivación discriminatoria no se esté sancionando aisladamente. Al tratarse de un motivo inaceptable en un Estado de Derecho, no se tiene en cuenta para atenuar la pena sino que se considera nulo y se le atribuye al sujeto todo el injusto.

Para concluir, añadir que es importante educar a las futuras generaciones en un clima de igualdad y respeto, para así formar a individuos tolerantes y fomentar la pacífica convivencia entre personas distintas, ya sea por la raza, la edad o cualquier otra razón, puesto que las diferencias no nos hacen raros sino únicos. Como sabiamente decía Nelson Mandela «Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, o su origen, o su religión. La gente tiene que aprender a odiar, y si ellos pueden aprender a

odiar, también se les puede enseñar a amar, el amor llega más naturalmente al corazón humano que su contrario»,

XII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, M., «La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002.

ARROYO DE LAS HERAS, A., «Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995», Muñoz Cuesta (coord.), Aranzadi, Navarra, 1997.

BERISTAÍN IPIÑA, A., «Comentarios al Código Penal», Cobo Del Rosal (dir.), Edersa, Madrid, 1999.

CUERDA ARNAU, M.L., «Comentarios al Código Penal de 1995», Tomás (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DE URBANO CASTRILLO, E., «Comentarios al Código Penal», Conde Pumpido (dir.), López Barja de Quiroga (coord.), t. I, Bosch, Barcelona, 2007.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., «El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», Civitas, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 57, nº1, 2004, pp. 143-176.

GOYENA HUERTA, J., «Comentarios al Código Penal», Gómez Tomillo (dir.), Lex Nova, Madrid, 2010.

LANDA GOROSTIZA, J.M., «La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal», Comares, Granada, 2001.

LANDA GOROSTIZA, J.M., «Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP», en *InDret*, nº3, 2014.

MACHADO RUIZ, M.D., «El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº5, 2002.

MIR PUIG, S., «Derecho Penal Parte general», t.6º, Reppertor, Barcelona, 2002.

PRATS CANUT, J.M., «Comentarios al nuevo Código Penal», Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), ed. 6, Aranzadi, 2011.

RENART GARCÍA, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995», en *Diario La Ley*, nº 5626, 2002.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al Código Penal», La Ley, 2010.