



Universidad
de Alcalá

LA AGRAVANTE POR ODIO Y DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL.

THE AGGRAVATING FOR HATE AND DISCRIMINATION IN THE PENAL
CODE. THE ARTICLE 22.4 PENAL CODE.

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor: D. Zeidan Salec Gordo

Tutora: Dra. D^a Raquel Roso Cañadillas

Alcalá de Henares, a 14 de febrero de 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. EL DELITO DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN	8
1. IRRUPCIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN	8
2. CONCEPTO DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN	12
3. MARCO JURIDICO GENERAL NACIONAL E INTERNACIONAL	16
4. DERECHO COMPARADO. MODELOS POLITICO-CRIMINALES.....	20
III.LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4 DEL CP	23
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	23
2. EL ARTÍCULO 22.4 EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL.....	24
3. NON BIS IN IDEM.....	26
IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA AGRAVANTE	29
1. CULPABILIDAD	29
2. INJUSTO SUBJETIVO.....	31
3. POSICIÓN MIXTA OBJETIVA-SUBJETIVA	33
4. INJUSTO OBJETIVO.....	37
5. PRINCIPIO DE IGUALDAD O PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA	41
V. PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA JURÍDICA.....	45
1. DESCONOCIMIENTO DEL NÚMERO DE HECHOS	45
2. FALTA DE FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS.....	48
3. INVESTIGACIONES POLICIALES Y JUDICIALES INSUFICIENTES	48
4. TRATAMIENTO Y ATENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS	49
5. PROPAGACIÓN DEL ODIO	49
VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA.....	51
1. CONCLUSIONES	51
2. PROPUESTA.....	53
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	57
ANEXO I. JURISPRUDENCIA.....	60
1. JURISPRUDENCIA DESTACABLE EN APLICACIÓN DEL ART. 22.4 CP	60
2. OTRA JURISPRUDENCIA CITADA EN EL TRABAJO.....	63

ABREVIATURAS

AAVV- Autores varios

AN- Audiencia Nacional

ART- Artículo

CE- Constitución Española de 1978

CERD -Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

CP- Código Penal

ECRI- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

FGE- Fiscalía General del Estado

FJ- Fundamento Jurídico

LOTJ- Ley Orgánica del Tribunal Jurado

ONU- Organización de naciones unidas

OSCE- Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa

SAN- Sentencia Audiencia Nacional

SAP- Sentencia Audiencia Provincial

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

TC- Tribunal Constitucional

TEDH-Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS- Tribunal Supremo

UE- Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se estudia la agravante, recogida en el artículo 22.4 del Código Penal, que sanciona, más gravemente, los llamados delitos de odio y/o discriminación y que puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como normativa penal antidiscriminatoria, que viene a perseguir dentro del ámbito penal este tipo de conductas.

Las razones para la elección de esta materia son principalmente tres, la gravedad que conlleva este tipo de delitos, el actual contexto histórico, político, económico y cultural, en el que nos encontramos, y por último, la falta de consenso existente sobre dicha materia, tanto en la doctrina y los operadores jurídicos, como en el seno de la propia sociedad. Expondremos a continuación brevemente, dichas razones, la estructura y metodología seguida en este trabajo y los objetivos que, con él, se pretenden.

Los delitos de odio y discriminación suponen una de las mayores expresiones de la intolerancia el rechazo a las personas por el mero hecho de ser diferentes, sus principales expresiones son el racismo, la xenofobia, la homofobia o transfobia, la aporofobia (odio a los pobres), la intolerancia religiosa en cualquiera de sus manifestaciones (islamofobia, antisemitismo o cristianofobia), la misoginia y el machismo, el desprecio a personas discapacitadas y otras formas abominables de odio dirigidas contra las personas y basadas únicamente en el desprecio a su diferencia.

Estas conductas anhelan destruir la pluralidad y la diversidad, la cohesión y la convivencia social, intentando convertir la libertad en miedo. Este tipo de hechos constituye un ataque directo a los principios de libertad, respeto a la dignidad de las personas y a los derechos que les son inherentes y, en definitiva, a los valores superiores que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho.

Cabe mencionar que estas conductas no solo tienen efectos para las víctimas inmediatas, que son seleccionadas por motivos de intolerancia, sino se atemoriza a todo el colectivo al que pertenecen, lo que genera sentimientos de miedo e inseguridad, amenazando de forma indirecta la seguridad y la tranquilidad, no solo de dichos colectivos sino de la sociedad en su conjunto. Estos delitos se reafirman unos a otros,

El artículo 22.4 del Código Penal

formando parte de una *cadena* de delitos de odio y discriminación, no sólo se reafirma y promueve el odio (pasado, presente y futuro) entre los potenciales autores, cada vez que se cometen, sino que reafirman el miedo e inseguridad, también entre sus potenciales víctimas y la sociedad. Son, en definitiva, una amenaza para la paz pública, de ahí su importancia, no solo desde el ámbito del derecho, sino también para la sociedad en su conjunto.

En el contexto actual, en medio de una fuerte crisis, no sólo económica, sino también, política, social y cultural, de conflictos bélicos internacionales, no sólo con un componente económico y político, sino también étnico, cultural, religioso, etc., con grandes flujos migratorios como consecuencia, cambios políticos acelerados, una pérdida de valores generalizada, de la que surgen sentimientos “*ultranacionalistas e identitarios*”, acompañadas de políticas migratorias que estigmatizan, más si cabe, la visión sobre los inmigrantes, entre otros factores, que generan un caldo de cultivo, similar a los que ya provocaron, en el pasado reciente, el auge de ideologías intolerantes y xenófobas, y también de conductas delictivas, en muchas ocasiones asociadas a ellas, que están volviendo a resurgir con fuerza.

Asistimos, perplejos, al aumento de partidos políticos de extrema derecha, por toda Europa y a nivel internacional, con grandes cuotas de poder institucional, como en Alemania (Alternativa para Alemania), Francia (Frente Nacional), Grecia (Amanecer Dorado), Inglaterra (aprobación del “*brexít*” y la salida de la UE), Italia (Casa Pound y Fuerza Nueva), EEUU (con la significativa victoria de Donald Trump), también en nuestro país, partidos políticos de extrema derecha con representación principalmente municipal o autonómica (Plataforma per Catalunya, Democracia Nacional, España 2000, entre otras) u otras organizaciones políticas o sociales (como el “*Hogar Social*”, entre otras), con claros discursos xenófobos, que están haciendo saltar las alarmas.

Hace ya más de 25 años que se introdujo la agravante del art. 22.4 CP, entre otros instrumentos penales antidiscriminatorios, sin embargo, como hemos visto, la preocupación por los delitos de odio y discriminación, lejos de terminarse, se está haciendo más acuciante, con una intensificación de su estudio y análisis, a nivel teórico, así como su persecución, a nivel práctico. Organizaciones y organismos internacionales, instituciones y operadores jurídicos nacionales, de toda índole, asociaciones y ONG’s, y

El artículo 22.4 del Código Penal

en el debate público (medios de comunicación, etc.), se están haciendo eco de ello. La actualidad que suscita esta materia, es otro de los motivos que llevan a estudiarla.

Por último, la falta de consenso en el ámbito del derecho, principalmente en la doctrina científica, pero también entre los diferentes operadores jurídicos, sobre la necesidad, utilidad, fundamento e interpretación, de esta normativa penal antidiscriminatoria, concretamente el art. 22.4 CP, nos llevan a estudiar esta materia, por el interés que su debate suscita.

El presente trabajo se compone de seis epígrafes, tras esta breve introducción, en el 2º epígrafe se estudian los delitos de odio y discriminación, desde una perspectiva general, así se analiza su aparición en nuestro ordenamiento, el concepto de odio y discriminación, su marco jurídico general (nacional e internacional) y los diferentes modelos político-criminales, desde la perspectiva de derecho comparado. El 3º epígrafe, se abandona una perspectiva general, para centrarnos en el estudio concreto de la agravante del art. 22.4 CP, así se estudian los antecedentes legislativos, su técnica y redacción actual y el principio non bis in ídem para diferenciar el art. 22.4 CP de otros tipos penales antidiscriminatorios. En el 4º epígrafe, nos centramos en profundidad en el debate sobre el fundamento jurídico de la agravante, sin duda en punto de mayor relevancia académica y doctrinal, dividido a su vez en cinco apartados, en los que se recogen las diferentes tendencias doctrinales. En el 5º epígrafe se recogen los principales problemas que se dan en la práctica jurídica, en relación con la aplicación de la agravante, dando también una perspectiva y utilidad práctica al presente trabajo, y no sólo académica, que en todo caso complementa, pero no empeora su calidad. En el 6º epígrafe, se exponen las conclusiones y propuestas, humildemente, con ánimo de aportar al debate que suscita la normativa penal antidiscriminatoria. Por último se recoge la bibliografía, utilizada en el presente trabajo, y un anexo final, que recoge, en su 1º apartado, la jurisprudencia destacada en aplicación del art. 22.4 CP, y, en un 2º apartado, la jurisprudencia citada en el trabajo, no relacionada directamente con la aplicación del art. 22.4 CP.

Para la realización de este trabajo se ha recopilado información bibliográfica, no sólo académica o doctrinal, sino que se han consultado informes, memorias, recomendaciones, etc., de diferentes operadores jurídicos, como la Fiscalía o el Defensor del Pueblo, de Organismos internacionales, y entidades sociales como

El artículo 22.4 del Código Penal

Movimiento contra la Intolerancia, así como jurisprudencia relativa a esta materia, queriendo dar un enfoque amplio, no sólo académico, al presente trabajo.

Los objetivos del mismo son aportar al estudio, debate y comprensión de la normativa penal antidiscriminatoria, concretamente el art. 22.4 CP, que permita seguir avanzando hacia un mayor consenso en la materia, y que fruto de ello, mejoren los mecanismos jurídicos penales antidiscriminatorios, partiendo de la idea, que el derecho penal no es la mejor herramienta para ello. En definitiva, el objetivo último del presente trabajo, humildemente, teniendo en cuenta los excelentes trabajos ya realizados, y los que, seguro, están por llegar, es contribuir, desde el ámbito académico, a la comprensión y persecución de la intolerancia, y sus múltiples manifestaciones, en nuestras sociedades.

II. EL DELITO DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN

1. IRRUPCIÓN DE LOS DELITOS DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN

La idea de agravar la responsabilidad penal atendiendo a la motivación prejuiciosa de su autor, y con ello la aparición de los denominados delitos de odio y/o discriminación para referirse a dichas conductas penalizadas, tiene su origen en el mundo anglosajón, concretamente en los años sesenta del pasado siglo, en EEUU de América, en los movimientos políticos y sociales que se generaron para luchar por la igualdad y los derechos de minorías (raciales, étnicas, religiosas, etc) tradicionalmente discriminadas¹. Si bien ya existían en Europa delitos de provocación, asociación apología, dirigidos contra ideologías filo-nazis casi en exclusiva².

El fuerte desarrollo, y la presión política y social generada por estos movimientos, tuvo sus efectos, ya a finales de los años sesenta, así la Ley Federal 18 US 245, de 1969, consideraba delictivo impedir a una persona el acceso a servicios o actividades públicas (acceso a colegios o transportes públicos, entre otros) debido a su “raza, color, religión u origen nacional”, cabe destacar que a nivel internacional se comenzaba a prestar atención a dichas problemáticas como en 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. Sin embargo, no es hasta finales de los años setenta, cuando comienzan a tipificarse o agravarse penalmente conductas calificadas como “*crímenes de odio*” (hate crimes), así en 1978 el Estado de California se aprobó la primera “*Hate Crimes Act*” de EEUU, que establecía un agravante para el delito de asesinato si se cometía por razón de odio y prejuicio hacia una víctima por razón de su “*raza, religión, color u origen nacional*”. Continuaron surgiendo iniciativas similares en diferentes estados, hasta que el Estado de California, en 1987, una agravante genérica para cualquier delito en que concurriera, además del propio delito,

¹ Peñaranda Ramos, Enrique. Prólogo a la obra de Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

² Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.

El artículo 22.4 del Código Penal

una conducta discriminatoria del autor hacia la víctima³, similar a nuestro actual artículo 22.4 del CP.

En Europa, tras la recuperación económica que se produjo tras la II Guerra Mundial, que vino acompañada de incrementos demográficos y de flujos migratorios, se producen sucesivas crisis económicas en los años 70 y 80, cambios políticos como la desintegración de la Unión Soviética o conflictos bélicos como el de Yugoslavia, entre otros muchos factores, que provocan que en algunos países de Europa, en unos con más fuerza que en otros, resurjan ideologías racistas y xenófobas, alcanzando alarmantes cuotas de poder partidos políticos de extrema derecha en países como Francia o Bélgica y, proliferando a la vez grupos de ideología neonazi, aumentando las conductas delictivas discriminatorias hacia grupos minoritarios⁴.

En este contexto se comienzan a incorporar en los ordenamientos europeos, principalmente a través de Reino Unido⁵, los llamados delitos de odio y discriminación. En mayo de 1981 se celebra la I Conferencia sobre la Intolerancia en Europa, y la posterior Declaración del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la intolerancia de 14 de mayo de 1981, o posteriormente la II Conferencia sobre la intolerancia en Europa, celebrada en Estrasburgo entre el 10 y 15 de mayo de 1989⁶. Posteriormente comienzan a introducirse, en diferentes países europeos, modificaciones legislativas, que introducen nuevas figuras delictivas o subtipos agravados, relativos al revisionismo o negacionismo del Holocausto o la incitación y/o comisión de delitos por motivos racistas o discriminatorios, en países como Italia en 1993, Alemania y Francia en 1994, o Portugal y España en 1995⁷.

En nuestro país de forma más tardía, a partir de los años 80, se empiezan a dar las condiciones que se dan en otros países europeos, para el aumento de ideologías xenófobas o racistas, particularmente, se pasa de ser un país emisor de inmigración a receptor de inmigración, proceso que se produce en muy pocos años, una crisis

³ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁴ Renart García, Felipe. La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4.º del código penal de 1995. Diario La Ley, Nº 5626, 4 de Octubre de 2002.

⁵ Peñaranda Ramos, Enrique. Prólogo a la obra de Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁶ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁷ Renart García, Felipe. La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4.º del código penal de 1995. Diario La Ley, Nº 5626, 4 de Octubre de 2002.

El artículo 22.4 del Código Penal

económica y un aumento del paro, el nuevo papel de controlador fronterizo, con el norte de África, que debe jugar dentro de la UE, entre otros factores, que pueden explicar el aumento de dichas ideologías.

Si bien como señalan algunos autores, en nuestro país, a diferencia de otros países europeos de nuestro entorno, especialmente los más desarrollados económicamente, no existía un rechazo social al inmigrante, cabe destacar que había sido no hace muchos años un país emisor de inmigración, y que fueron precisamente las políticas de control de los flujos migratorios, como la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reforzadas por la necesidad de armonización con las políticas de la UE, las que crearon una imagen negativa del inmigrante económico en la sociedad, justificándose, en parte, dichas medidas restrictivas por una preocupación de aumento del racismo o xenofobia, no existiendo dicha preocupación o alarma social, pues no se abordaba por ejemplo el tradicional rechazo a la etnia gitana que si existía previamente, que determinará que se adopten medidas de control legal (y policial) de la inmigración, de forma previa al surgimiento de cualquier clase de rechazo social, a diferencia de otros países europeos donde el fenómeno fue inverso. Las políticas activas de inmigración acaban convirtiéndose en políticas contra la inmigración, generando una imagen negativa y estereotipada del inmigrante económico, y un posterior rechazo social, siendo en buena medida responsables los poderes públicos⁸, al igual que puede señalarse hoy día.

Independientemente de la explicación del porqué, de la preocupación social existente, no puede negarse que dicha preocupación había surgido, tal y como muestran las palabras pronunciadas por el 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

⁸ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

El artículo 22.4 del Código Penal

produciendo con alarmante frecuencia, brotes de conductas discriminatorias hacia extranjeros inmigrantes por razón de su raza o color de la piel”⁹.

En los años 90 proliferar brotes racistas y xenófobos en nuestro país, tal y como relata nuevamente el Defensor del Pueblo en su Informe anual de 1992:

“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 30 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 (...). 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 cabeza rapada y portaban chaquetas de cuero negro. El incidente según esta persona se produjo sin mediar palabra entre él y sus agresores”¹⁰.

Estos brotes alcanzan su punto más álgido y dramático de contestación y alarma social, con el asesinato de la joven Lucrecia Pérez, inmigrante dominicana, el 13 de noviembre de 1992, en Aravaca, Madrid. El fallo de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6ª, de 4 de julio de 1996, confirmada por el TS, destacaba la concurrencia de motivos discriminatorios:

“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”¹¹.

⁹ Informe Anual 1990 del Defensor del Pueblo y debate en las Cortes Generales. p. 22.

¹⁰ Informe Anual 1992 del Defensor del Pueblo y debate en las Cortes Generales, p.p. 33-34.

¹¹ Citado por Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013. p. 34.

El artículo 22.4 del Código Penal

Según Beristain el fallo dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, en este asesinato, constituye “*la primera sentencia que condena por un crimen racista*”¹², si bien no estaba en vigor la actual agravante del artículo 22.4 del CP.

A raíz de ahí, surgiría una fuerte presión social contra estos actos de racismo y xenofobia, los legisladores incluirían esta preocupación en sus debates parlamentarios. Así, en el año 1995, se introduce la agravante por motivos discriminatorios, en nuestro ordenamiento, coincidiendo con el Año Internacional contra la Intolerancia. Cabe señalar que desde 1995 hasta 2015, se contabilizaron un total de 86 asesinatos por motivos de odio y discriminación a minorías¹³, entre ellos, el asesinato de Carlos Javier Palomino Muñoz, el 11 de noviembre de 2007, en la estación de metro de Legazpi de Madrid, que fue acompañada de una fuerte contestación social. En este asesinato, el fallo emitido por la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, N°419/2009, de 14 de octubre de 2009, confirmada por el TS, el 5 de mayo de 2010, reconocía y aplicaba la agravante del art. 22.4 del CP, ya vigente, en este caso por odio ideológico, como señala en el FJ N° 3, tras acreditar la pertenencia del acusado a grupos de extrema derecha:

*“las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guio la agresión de Josué contra Carlos Javier, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando serenamente la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más una puñalada mortal”*¹⁴.

2. CONCEPTO DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN

La referencia al odio o a los “delitos de odio” en los ordenamientos penales europeos ha proliferado en buena medida por influencia de ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona, que es acogido con un tratamiento desigual en diferentes países

¹² Citado por Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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. p. 41.

¹³ Investigación “Memoria de 25 años de olvido” (1995-2015) , publicada el 1 de diciembre de 2015 en Madrid, realizada por el Grupo de Investigación sobre Crímenes de Odio, en el que ha colaborado Movimiento contra la Intolerancia, que parte del registro del Informe Raxen.

¹⁴ Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, N°419/2009, de 14 de octubre de 2009, confirmada por el TS, el 5 de mayo de 2010.

El artículo 22.4 del Código Penal

Europeos¹⁵, y no sin críticas, por lo que no hay consenso en la utilización de dicho término, aunque continúa extendiéndose su utilización tanto en la doctrina científica, como en la práctica habitual, por los operadores jurídicos de diversa índole¹⁶.

En nuestro ordenamiento penal, la mención expresa al odio aparece en los artículos 510.1 y 515.5º del CP, la promoción o incitación al odio, la difusión de material que promueva o incite al odio y la negación o apología de delitos con el fin de incitar al odio, por un lado, y la odio la asociación ilícita para fomentar o incitar al odio, por otro. En la Disposición Adicional de la LOTJ se hace referencia al odio en su art. 41.1: “¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto(...)”.

La utilización del término odio en nuestra legislación es aislada, como se puede comprobar, y ha sido criticada en no pocas ocasiones. La FGE en su informe de 2009 manifestaba que: “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”¹⁷, la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 29 de junio de 2012, que expone: “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”¹⁸. Si bien también ha sido defendido por algunos sectores de doctrinales, así Alonso Álamo expone: “que conceden al juzgador un amplio margen de arbitrio y posibilitan la realización de la justicia material del caso concreto”¹⁹.

Desde un punto de vista restrictivo, al hablar de delitos de odio se hace para referirse a los contemplados en los art. 510.1 y 515.5º del CP, y no a otras figuras que agravan conductas discriminatorias, ya sea una agravante genérica o subtipos cualificados, atendiendo al derecho penal sustantivo, tal y como señala el CP en su redacción.

¹⁵ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹⁶ Ibarra, E./Strohal, C, et al., La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE. OSCE/OIDHR, Varsovia, 2005. pp 10-11.

¹⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009, Capítulo IV, propuestas de reformas legislativas. p. 1053.

¹⁸ Citado por Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013. p. 65

¹⁹ Alonso Álamo, M. Sentimientos y Derecho Penal. Cuadernos de política criminal, Nº 106, abril de 2012. P. 35-96.

El artículo 22.4 del Código Penal

Diferenciando así, los tipos recogidos en los art. 510.1 y 515.5º del CP, a los que debe referirse al utilizar el término “delito de odio”, de las otras figuras mencionadas, entre ellas el art. 22.4 CP, que agravan la responsabilidad penal por una motivación discriminatoria, y debe referirse a ellas con otros términos, como “crímenes o delitos prejuiciosos”, “xenófobos”, “racistas”, “discriminatorios” u otras acepciones²⁰. Pueden usarse otros términos más amplios si quieren englobarse ambas tipologías, como “regulación o normativa penal antidiscriminatoria”²¹.

Desde un punto de vista más amplio o extensivo, del término “delito o crimen de odio”, se engloba, en él, a todas las figuras antes mencionadas, calificándose como “delito de odio”, también la agravante del art. 22.4 del CP, habiendo proliferado su utilización progresivamente, no tanto en nuestro derecho positivo, pero si en muchos operadores jurídicos y también en parte de la doctrina, así la FGE en su informe anual de 2009 acoge el termino en sentido amplio, que ya se proponía desde la Fiscalía Provincial de Barcelona desde 2009 cuando se crea el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación (Instrucción 1/2009)²², señalando que:

“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.)”²³.

En la jurisprudencia también ha proliferado, paulatinamente, el empleo del término odio²⁴. También es destacable la labor de la OSCE que comenzó a emplear asiduamente el término²⁵, que también reconocería y fomentaría la UE²⁶ y el TEDH.

Parte de la confusión, como señala Landa²⁷, se sitúa en la mala redacción y sistematización, que se encuentra dispersa, de la normativa antidiscriminatoria y su

²⁰ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

²¹ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

²² Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona, Barcelona 2010.

²³ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009, Capítulo IV, propuestas de reformas legislativas. pp. 1052-1053.

²⁴ Entre otras, STS, Sala 2ª, nº 885/2009, de 9 de septiembre, MP Francisco Monterde Ferrer, que incluye el odio como causa de pérdida de veracidad de las pruebas testificales.

²⁵ Ibarra, E./Strohal, C, et al., La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE. OSCE/OIDHR, Varsovia, 2005.

²⁶ 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 derecho penal.

El artículo 22.4 del Código Penal

carácter expansivo y mixto, respecto otros modelos existentes, por un lado un modelo europeo restringido, que se centra en tipificar conductas de incitación o provocación al odio y que se refieren a tales como delitos de odio, y de otro un modelo más expansivo más centrado en agravantes genéricos o tipos cualificados.

Como señala Díaz López²⁸, la normativa antidiscriminatoria penetra en nuestros ordenamientos a través de la influencia de ordenamientos anglosajones, concretamente el art. 22.4 del CP entra dentro del modelo expansivo, propio de EEUU, en los que se utiliza el término delitos de odio y/o discriminación para referirse a los tipos cualificados y la agravante genérica, siendo denominados, los tipos de incitación o provocación, como delitos de “discurso de odio” (“Hate Speech”) o, como señala Landa Gorostiza, “delitos de provocación”²⁹. Añade que si bien pueden diferenciarse ambos tipos, no puede obviarse que detrás de los delitos discriminatorios subyace un odio o prejuicio, similar al de los delitos de odio, en sentido restringido, por lo que no existe una clara diferenciación, pudiendo, por ejemplo agravar un delito de injurias mediante el art. 22.4 CP, conducta semejante al “discurso de odio”.

Dado que no existe un consenso sobre el concepto y utilización del odio y la discriminación la OSCE ha elaborado una definición de trabajo, práctica, que permita ser usada y adaptada a las diferentes realidades, necesidades y legislaciones de los diversos países³⁰.

La OSCE define los delitos de odio como:

“A). Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones cometidas contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción sea elegida por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en el apartado 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”³¹.

²⁷ Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.

²⁸ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

²⁹ Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.

³⁰ Ibarra, E. Contra la discriminación y el delito de odio. Movimiento contra la Intolerancia, Materiales didácticos Nº4.

³¹ Ibarra, E./Strohal, C, et al., La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE. OSCE/OIDHR, Varsovia, 2005.

El artículo 22.4 del Código Penal

Tal y como afirma la OSCE el delito de odio es cualquier delito motivado por la intolerancia, no solo contra el individuo sino contra el grupo al que, supuestamente y según el autor de la infracción, la víctima pertenece³².

Por tanto en los delitos de odio nos encontramos siempre dos elementos, por un lado una infracción penal, y por otro, elemento que los diferencia de otras tipologías delictivas, una motivación fruto de la intolerancia, es decir la motivación para la comisión del delito se produce por prejuicios o animadversión hacia las personas o grupos, que el autor considera diferentes, y a los que niega la dignidad y la igualdad de derechos. El delito de odio se comete siempre por una motivación prejuiciosa o intolerante de su autor.

Estos delitos tienen consecuencias no solo en quien los sufre, debilitando su autoestima y sintiendo una serie de sentimientos de humillación, temor y aislamiento, e incluso llega a rechazar al grupo al que pertenece, sino que se proyectan sobre todo el grupo, al margen del concreto perjudicado, generando en ellos sentimientos de miedo, aislamiento, etc. Por ello que al referirse a ellos, no solo se use el término de discriminación sino, más allá, también de odio hacia un grupo minoritario o tradicionalmente discriminado³³.

En el presente trabajo, para analizar concretamente la agravante del art. 22.4 del CP, nos referiremos a los términos delito de odio y/o discriminación, de forma amplia o genérica, englobando en ellos el art. 22.4 CP, para mejorar su comprensión, si bien matizaremos de forma expresa cuando a lo largo del trabajo nos refiramos a un tipo concreto, asumiendo implícitamente la crítica y la falta de una postura inequívoca al respecto, problemática sobre la que hay un extenso debate³⁴, en la que no se abundara por no constituir el objetivo del presente trabajo.

3. MARCO JURIDICO GENERAL NACIONAL E INTERNACIONAL

Analizaremos en este punto la normativa estatal, concretamente los preceptos constitucionales, que han de tenerse en cuenta en este tipo de delitos, y las

³² Ibarra, E. Contra la discriminación y el delito de odio. Movimiento contra la Intolerancia, Materiales didácticos N°4.

³³ Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona, Barcelona 2010.

³⁴ Ver: Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

organizaciones y normativa internacional de forma esquemática y sin ánimo de ser exhaustivos, señalando los referentes más importantes para el estudio de estos delitos discriminatorios, dada la numerosa normativa internacional existente. Conviene destacar que también han proliferado normativas antidiscriminatorias a nivel autonómico, cuyo estudio sería extenso, entre ellas destacar, a modo de ejemplo, la Ley catalana contra la homofobia 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y para erradicar la homofobia, en Galicia la Ley 2/2014, de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, bisexuales e intersexuales o en Extremadura la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, entre otras que han ido proliferando³⁵.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Son varios derechos fundamentales recogidos en la CE los que pueden verse vulnerados cuando se cometen delitos de odio y discriminación, que por ello, y para su salvaguarda, legitiman la acción de poderes públicos.

En primer lugar, aunque como veremos todos los preceptos están relacionados entre sí, nos encontramos con la igualdad, art. 1.1 CE, que tal y como señala el TC, STC 8/1983, Sala Segunda, de 18 de Febrero de 1983, constituye un valor superior y preeminente de nuestro ordenamiento jurídico. Igualdad que se consagra nuevamente en el art. 9.2. CE, que con la llamada clausula de promoción de la igualdad material, impone la obligación de intervención de los poderes públicos para conseguir una igualdad real, verdadera y efectiva, y no meramente formal. El propio TC, STC 216/1991, Sala Primera, de 14 de noviembre, FJ.5, entre otras, señala:

“no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que,

³⁵ Ver Gómez Martín, Victor/ Marquina Bertrán, Marta/ de Rosa Palacio, Miriam/ María Tamarit, Josep/ Aguilar García, Miguel Ángel. Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

El artículo 22.4 del Código Penal

mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.

Cabe mencionar también, respecto a la igualdad, que en el art. 13.1 CE se señala que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.*

En segundo lugar la dignidad humana, consagrada en el art. 10.1 CE, que deviene fundamento de todo el derecho positivo, tanto nacional como internacional, y, por tanto, es irrenunciable, indisponible y se conserva durante toda nuestra existencia, y que *“son fundamento del orden político y de la paz social”*, como reza el propio art. 10.1. CE. La STC 57/1994, Sala Segunda, de 28 de febrero, FJ.3, expone que:

“la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.

En tercer lugar la prohibición absoluta de discriminación que establece el art. 14 CE, que se sustenta en los pilares de la igualdad de carácter sustantivo y la dignidad del ser humano. Así el TC, STC 200/2001, Pleno, de 4 de octubre, FJ. 4, señala que el art. 14 CE:

“(…)exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia”.

Como señala el TC, el listado de motivos discriminatorios enunciado en el art. 14 CE, *“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”*, es enunciativo y no cerrado, estando la clausula general en la que pueden entrar otros motivos de discriminación, la STC 75/1983, Pleno, de 3 de agosto de 1983, FJ 3, manifiesta:

“Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona”.

Listado que ha sido ampliado por el TC por vía jurisprudencial, incluyendo la orientación sexual (STC 92/2014), la identidad sexual (STC 176/2008) o la edad (STC 66/2015).

El artículo 22.4 del Código Penal

Debe añadirse que el art. 10.2 CE establece una norma de interpretación fundamental de nuestro derecho interno, conforme a la normativa internacional de derechos humanos, que influyen en buena medida en nuestro ordenamiento.

NORMATIVA Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Los principales tratados internacionales, en el marco de la ONU, son La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. La Convención crea en su art. 8 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que es el órgano de Naciones Unidas formado por expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención, recopila información y emite numerosas recomendaciones que han de ser tenidas en cuenta por los estados parte. Puede citarse también el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, entre otras³⁶.

El Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, entre cuyos objetivos, desde su creación en 1949, destaca la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de soluciones comunes a los problemas a los que se enfrenta la sociedad, tales como la discriminación hacia las minorías, la xenofobia, la intolerancia, en cuyo seno se han aprobado importantes tratados internacionales, como El Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), fundada en 1993 por el Consejo, lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel europeo, dictando para ello recomendaciones³⁷ y emitiendo informes sobre los estados parte.

Dentro del marco de la UE, se aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fechada el 12 de diciembre de 2007, en Estrasburgo, que en 2009 adquirió carácter jurídico vinculante, incluyéndose en el Tratado de Lisboa en su art 1.8. La UE ha adoptado, además, diversas resoluciones, la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que prohíbe la discriminación por origen racial o étnico, la Directiva del Consejo 2000/78/CE, para evitar la discriminación en el empleo

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Recomendación nº 1 de política general de la ECRI: La lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, de fecha 4 de octubre de 1996. Estrasburgo.

El artículo 22.4 del Código Penal

por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual o la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. El Parlamento Europeo ha aprobado numerosas resoluciones contra la discriminación, existiendo también la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).

Por último, la OSCE, Nacida en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación de Europa celebrada en Helsinki en 1975, está compuesta en la actualidad por 57 Estados. Dicho organismo internacional dispone de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), con sede en Varsovia, que trabaja en estrecha colaboración con otras instancias internacionales, antes mencionadas. En el seno de la OSCE se han adoptado numerosas resoluciones, entre otras, la Decisión nº 4/03, la Decisión nº 12/04 o la Decisión nº 9/09 sobre tolerancia y no discriminación. La OSCE-ODIHR ha realizado multitud de publicaciones³⁸ sobre delitos de odio y discriminación.

4. DERECHO COMPARADO. MODELOS POLITICO-CRIMINALES

La normativa penal antidiscriminatoria ha surgido, sin obviar las inevitables influencias entre unos ordenamientos y otros, con diferencias entre los diferentes países, acordes a sus propias tradiciones jurídicas, con las diferentes condiciones culturales, económicas, históricas y sociales en las que se enmarcan. Pudiendo diferenciarse diferentes modelos de aplicación de la normativa penal antidiscriminatoria. Por ello, que no haya un concepto unívoco para referirnos a estos delitos de odio o discriminación, como ya apuntamos, y que tampoco haya consenso sobre a qué grupos, tradicionalmente discriminados, aplicar dicha normativa, manifestándose ésta de distintas formas³⁹. Es por ello que como señala Landa Gorostiza, el derecho comparado en esta materia:

³⁸ Ibarra, E./Strohal, C, et al., La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE. OSCE/OIDHR, Varsovia, 2005.

³⁹ Ibarra, E. Contra la discriminación y el delito de odio. Movimiento contra la Intolerancia, Materiales didácticos N°4.

El artículo 22.4 del Código Penal

“constituye una perspectiva imprescindible para poder caracterizar y valorar las opciones político-criminales del legislador español y señalar a su vez criterios de interpretación y orientación sistemática del vasto elenco normativo”⁴⁰.

Cabe mencionar que, a pesar de las diferencias, en los distintos ordenamientos las conductas típicas se refieren a conductas racistas en sentido estricto, y que progresivamente se extendieron a ámbitos de protección antidiscriminatorio más amplio⁴¹.

Teniendo en cuenta tres ámbitos jurídicos, el anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), el germánico (Alemania, Austria y Suiza) y el románico o latino (Francia, España, Italia y Portugal), se puede diferenciar entre dos modelos diferenciados, un modelo europeo, Reino Unido incluido a pesar de su tradición anglosajona, y el modelo de Estados Unidos. Hecha esta primera diferencia, como veremos, puede diferenciarse dentro del modelo europeo, dos subtipos, uno restringido y otro más expandido, cuya tendencia se aproxima al modelo de EEUU⁴².

El modelo europeo se articula según los dictados, en el marco de la ONU, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, situando los delitos de provocación como figura central de la normativa antidiscriminatoria, y restringido solo a razones raciales o étnicas, aunque progresivamente fuera ampliándose a otros motivos discriminatorios. Se tipifican conductas como la apología, la incitación o la provocación, para perseguir las conductas xenófobas o racistas, asimilando estos como delitos de odio (actuales 510.1 y 515.5º del CP).

Por otro lado el modelo de EEUU que no se articula en torno a los delitos de provocación sino que se decanta por subtipos cualificados y por agravantes genéricos, aplicables a cualquier ilícito penal, para perseguir las conductas racistas en un primer momento, ampliándose progresivamente. En EEUU la libertad de expresión ocupa una posición más preeminente que en los ordenamientos europeos, de ahí que sean más reacios a sancionar discursos, aunque sean discursos que inciten al odio, por ello EEUU

⁴⁰ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.

El artículo 22.4 del Código Penal

no ratifico el Convenio de 1965, asimilando como delitos de odio los subtipos agravados o la agravante genérica⁴³.

Dentro del modelo europeo, centrado fundamentalmente en los delitos de provocación, podemos encontrar un modelo más restringido, donde se situarían Reino Unido y los países de tradición germánica, Alemania, Austria y, en menor medida, Suiza. Se caracteriza porque la centralidad de los delitos de provocación hace que constituyan la única figura de protección penal antidiscriminatoria (Reino Unido) o bien se complementándose con figuras como la apología (Alemania y Austria) o, de forma progresiva, por algunos delitos de discriminación (Suiza).

El modelo europeo expandido latino (Francia, España, Italia y Portugal), además del modelo restringido centrado en la provocación que mantiene, ha incorporado delitos referidos a actos de discriminación, subtipos agravados, ampliado sus efectos sobre otros actos de discriminación. Se produce mediante este modelo expandido un acercamiento al modelo de EEUU⁴⁴. En los modelos más expandidos llega a incluirse la agravante genérica, como en España, a través del art. 22.4. CP, o Italia.

Nuestra legislación antidiscriminatoria se sitúa como la más expansiva comparada con cualquier país de nuestro entorno⁴⁵, incluyendo una gran cantidad de tipos y ámbitos discriminatorios sobre los que se proyecta, que contribuye a la falta de sistematización y clarificación de conceptos⁴⁶.

⁴³ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁴⁴ Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.

⁴⁵ Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, Nº 108, 2012, pp. 31-66.

⁴⁶ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

III.LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4 DEL CP

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La primera referencia a una normativa penal antidiscriminatoria, en nuestro ordenamiento, se incorpora mediante la Ley 23/1976, de 19 de julio, se incluye en el art. 172.4 del CP de 1973: “*son asociaciones ilícitas las que promuevan las discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica*”. Se promulga siguiendo el Convenio de 1965, que a diferencia de otros países europeos, se realizó en torno al delito de asociación y no de provocación xenófoba, que no supuso un cambio señalando muchos autores que se hizo para contentar a instancias internacionales, pero sin efectividad práctica⁴⁷.

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP de 1973, incluye el delito de denegación de prestación por motivos discriminatorios, art. 165 CP de 1973, y limita los motivos de asociación ilícita solo a la quienes promuevan e inciten a la discriminación racial, eliminando los motivos de sexo, religión o situación económica. La legislación antidiscriminatoria continuaba siendo deficitaria, tras la reforma, y no cumplía con las obligaciones internacionales⁴⁸.

La próxima reforma en materia antidiscriminatoria llegará con La Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en la que se incorpora el delito de provocación (art. 165 ter CP 1973), e irrumpe la agravante genérica antidiscriminatoria en nuestro ordenamiento (art.10.17 del CP 1973), precedente del actual art. 22.4 CP, meses antes de entrar en vigor el actual CP, coincidiendo con el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia, cumpliendo, en lo que se refiere al delito de provocación, con los estándares de derecho comparado europeo, y comenzando la tendencia expansiva, de los

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

países latinos, con la inclusión de la nueva agravante⁴⁹. El art.10.17 del CP de 1973, establece que:

“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”.

Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entra en vigor nuestro actual código penal y la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP, que ha sido modificado posteriormente por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para incluir en el catalogo de motivos discriminatorios la “*orientación o identidad sexual*”, y su última reforma se produjo por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para incluir en dicho catalogo las “*razones de género*”.

Cabe destacar que con el actual código penal, además de la agravante, se introducen nuevas figuras penales antidiscriminatorias, se pasa de 5 figuras penales a 11, como veremos más adelante, en tan solo unos meses nuestro ordenamiento pasa de ser deficitario, con la Ley Orgánica 8/1983, a igualar e incluso superar a los modelos más expansivos, de tradición latina, y los estándares internacionales en la materia⁵⁰.

2. EL ARTÍCULO 22.4 EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL

La redacción literal del artículo 22.4 del CP, reza que:

“Son circunstancias agravantes:

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, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Destaca su nueva fórmula por ser de mucho mayor amplitud a la de su antecedente inmediato, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, art. 10.17 del CP 1973.

El art. 22.4 del CP no limita, como su antecesor, su aplicación a los delitos “*contra las*

⁴⁹ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁵⁰ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

El artículo 22.4 del Código Penal

personas o el patrimonio”, lo que conlleva que en principio pueda ser aplicada en cualquier delito sin limitaciones, salvo por razones de inherencia, pudiendo ser de aplicación a otros delitos que solo una interpretación amplia del anterior precepto permitía fundamentar, como los delitos contra la libertad, la libertad sexual, el honor, etc⁵¹.

Es, prácticamente, unánime la crítica en la doctrina a la defectuosa redacción, como señala Alonso Álamo:

*“no se comprende bien qué función cumple la referencia a los motivos antisemitas coexistiendo con los motivos racistas o con la discriminación por la etnia, raza o nación. Ni la contemplación de los motivos racistas, por un lado, y la discriminación referente a la raza, por otro. Parece como si el legislador, en su afán por no dejar fuera de la ley ningún supuesto de discriminación, haya optado por una redacción casuística que resulta redundante e imprecisa (y, desde luego, como no podía ser de otra manera, no es en absoluto agotadora)”*⁵².

Otros autores señalan que, además de su repetitiva y farragosa redacción, la referencia al término discriminación conlleva problemas de delimitación, afectando al principio de legalidad material y su mandato de taxatividad, creando inseguridad jurídica, la referencia al elemento motivacional agudiza los problemas interpretativos sobre lo que puede considerarse un comportamiento discriminatorio, posibilitando que sea la propia ideología del juez la que juegue un papel relevante, por nimio que sea, a la hora de acreditar su concurrencia⁵³.

En este sentido, en el debate parlamentario, se propusieron diversas enmiendas, por ejemplo una que abogaba por suprimir cualquier referencia al término “*motivos*”, o una que abogaba por qué primaran las consecuencias externas, si fomentaba o era objetivamente discriminatorio, que fueron rechazadas⁵⁴.

Otros autores sin embargo han señalado que, mientras la fórmula anterior del art. 10.17 CP 1973, hacía referencia clara a los motivos deduciendo que constituían un

⁵¹ Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁵⁴ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

elemento esencial de la agravación, la fórmula del art. 22.4 CP señala que concurrirá la agravante cuando se cometa “*motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a*”, no dice por motivos discriminatorios en este segundo inciso del precepto, del que puede derivarse una tendencia a la objetivización⁵⁵.

También se ha criticado que si bien incluye diversos motivos y colectivos, no incluye no hace referencia a la discriminación de otros colectivos históricamente discriminados, como pudiera ser el caso paradigmático de los gitanos (romanofobia o antigitanismo)⁵⁶ o motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima (aporofobia)⁵⁷.

3. NON BIS IN IDEM

Como ya apuntamos junto con la agravante se introducen numerosos tipos penales antidiscriminatorios, que se encuentran diseminados por el CP, que en caso de concurrir dichos tipos penales la agravante no podrá ser aplicada, en virtud de principio de *non bis in idem*, conviene mencionarlos. El catalogo de delitos de odio y discriminación o de tipos penales antidiscriminatorios del CP, criterio ampliamente aceptado⁵⁸ aunque no unánime, es el siguiente:

- La agravante del art. 22.3 del CP.
- El delito de amenazas dirigidas “*a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”. Art. 170.1 del CP.
- El delito de discriminación en el ámbito laboral. Art. 314 CP.

⁵⁵ Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁵⁶ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁵⁶ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013

⁵⁷ Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

⁵⁸ Ver bibliografía del presente trabajo, Informes y manuales publicados por el Ministerio Fiscal, parte de la doctrina (Landa Gorostiza, Díaz López), instancias internacionales (ONU, OSCE, UE).

El artículo 22.4 del Código Penal

- El delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación y el delito de difusión de informaciones injuriosas. Art. 510 CP.
- El delito de denegación de una prestación por el encargado de un servicio público o por el funcionario público. Art. 511 CP.
- El delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales. Art. 512 CP.
- Delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación. Art. 515.5 CP.
- Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos. Art. 522 a 525 CP.
- Los delitos de genocidio y lesa humanidad. Art. 607 y 607 bis CP.
- Delito de clonación para la selección de raza. Art. 16.3 CP.
- Descubrimiento y revelación de secretos 197.5 CP.
- El delito de prácticas de segregación racial con ocasión de conflicto armado. Art. 611.6 CP.

El art. 67 del CP establece que:

“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”.

Parece claro que aunque no se encuentre prevista expresamente la circunstancia por la conducta típica, pero el fundamento de la agravante es análogo al del delito no podrá aplicarse, en este caso, el art. 22.4 CP. Así se pronuncia el TS, STS 51/2008, Sala de lo Penal, de 6 de febrero:

“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”.

El artículo 22.4 del Código Penal

El catalogo de delitos antidiscriminatorios, no es exhaustivo, en cuanto a la concurrencia del principio de inherencia del art. 67 del CP, pudiendo operar en otros delitos distintos a los expuestos⁵⁹.

Se ha planteado la inherencia también respecto a los delitos de terrorismo, que es prácticamente unánime, ya que necesariamente parecen guiados por razón de ideología, nación, religión, etc. Debate que se inicio por la SAN 38/1998, Sala de lo Penal, Sección 1, de 29 de junio, FJ 7, que se apartaba de la inicial postura de la AN⁶⁰, en la que se rechaza la aplicación de la agravante por problemas probatorios dando a entender que cabría su concurrencia, señalando que:

“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”.

Sin embargo podría entenderse ya cerrado el debate jurisprudencial, así la SAN 35/2003, Sala de lo Penal, de 6 de noviembre, FJ 3 , entre otras⁶¹, que señala:

“No procede apreciar la agravante del art 22.4 del Código penal propuesto por la acusación particular (“Cometer el delito por motivos racistas antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”) ya que 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”.

⁵⁹ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁶⁰ SAN 73/2007, Sala Penal, Sección 1º, de 27 de noviembre.

⁶¹ SAN 22/2002, Sala de lo Penal, de 7 de junio o SAN 50/2006, Sala de lo Penal, de 26 de julio.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA AGRAVANTE

Como ya se ha mencionado, no existe acuerdo en la doctrina, tampoco, en cuanto a la fundamentación jurídica de la agravante del art. 22.4 CP, existiendo múltiples interpretaciones que intentaremos sintetizar a continuación.

Tal y como señala Alonso Álamo:

“desde una perspectiva dogmática partimos de que las circunstancias agravantes y atenuantes son elementos del delito. Son elementos accidentales, contingentes, que pueden concurrir o no, pero que cuando concurren modifican el contenido de injusto o de culpabilidad del particular delito”⁶².

El debate sobre el fundamento jurídico de la agravante radica, por un lado, en su pertenencia a la categoría de culpabilidad o del injusto, y dentro de este al injusto objetivo o al injusto subjetivo, acabando con posiciones que podríamos denominar mixtas, y por otro lado, el debate sobre si fundamentación se basa en el principio de igualdad entre todos sean cuales sean sus condiciones personales o se basan, también en el principio de igualdad, pero material, en una lógica de “acción positiva”, con posturas más o menos expansivas⁶³.

Cabe mencionar, como se verá, que confieren a la agravante como una circunstancia eminentemente subjetiva, tanto los que la enmarcan en la culpabilidad como en el injusto subjetivo, sin embargo, la postura que enmarca la agravante en el injusto objetivo, la concebirá como una circunstancia eminentemente objetiva, encontrándonos posteriormente con la postura mixta.

1. CULPABILIDAD

⁶² Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁶³ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

El sector mayoritario de la doctrina sitúa la agravante del art. 22.4 en la categoría de la culpabilidad, postura seguida mayoritariamente también por nuestra jurisprudencia. Desde esta postura se admite, siguiendo el tenor literal que el legislador dio a la norma, que no se ha de prestar atención a elementos externos de la conducta, por ejemplo sus efectos sobre la víctima o sociedad, sino a la motivación que guía al autor a cometer el delito. La agravante, por tanto, no concurre siempre que se cometa contra otro individuo de otra etnia, raza, ideología, etc. Deberá valorarse la motivación que guió al autor, no las condiciones personales de la víctima⁶⁴.

Para Cerezo Mir⁶⁵, entre otros⁶⁶, el fundamento de la agravación se encuentra en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa cometer el delito, la abyección del móvil, lo que supone una mayor gravedad de la culpabilidad.

Son circunstancias basadas en una actitud personal del autor contraria a valores, como la dignidad o igualdad, y no en la acción concreta cometida, por ello se incardinan en la culpabilidad y no en el tipo de injusto. Es por tanto una circunstancia eminentemente subjetiva.

Se señala también, desde esta perspectiva, que deben darse, en el móvil, de forma específica los motivos a los que hace referencia el art. 22.4 CP, no concurrirá cuando no se manifiesten forma específica o carezcan, dichos motivos, de suficiente relieve. Siendo requisito que las motivaciones sean determinantes para cometer el delito, pudiendo ser entonces aplicada la agravante.

Se aplicaría, como se ha dicho, aunque la víctima no pertenezca a los colectivos discriminados a los que hace referencia el art. 22.4 CP, bastando que las motivaciones del autor si fueran dirigidas a un individuo de dichos colectivos⁶⁷.

Esta postura ha sido criticada, autores como Mir Puig⁶⁸, ya que señalan que la gravedad del delito depende de la gravedad de la lesión, del carácter antijurídico del hecho, mientras que la culpabilidad condiciona la posibilidad de imputarla o no, ya sea

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Citado por Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁶⁶ También defensores de esta tesis Gimbernat, Díaz-Maroto o Bernal del Castillo ver en Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁶⁷ Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁶⁸ Citado por Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

de forma completa o disminuida, pero no determinando su gravedad, no teniendo cabida, la agravante del art. 22.4 CP dentro de la categoría de culpabilidad.

Otros autores como Landa Gorostiza, señalan que esta interpretación, atendiendo a las motivaciones, conlleva un serio peligro de incriminar la actitud interna, deslizándonos hacia un “derecho penal de autor” que acabe reprimiendo el pensamiento⁶⁹.

Se ha criticado también que desde esta perspectiva, el art. 22.4 CP, pueda tener alguna prestación preventiva. Otra de las críticas destacables es que, en la práctica, pueda tener decisiones más inseguras e investigaciones más incisivas, dentro del aspecto más íntimo de la persona⁷⁰.

2. INJUSTO SUBJETIVO

El sector doctrinal que incluye, la agravante del art. 22.4 CP, dentro de la categoría del injusto subjetivo, admite su carácter eminentemente subjetivo, coincidiendo con el sector que lo atribuye a la culpabilidad. Sin embargo señalan, a pesar del tenor literal que parece indicar otra cosa, que en el art. 22.4 CP, se hace referencia a una “*finalidad*” y no a un “*móvil*”, siendo un elemento subjetivo “*intencional*” y no “*motivacional*”⁷¹.

El motivo discriminatorio origina esa intención de cometer el delito, por dicha motivación, pero no se sanciona el motivo en sí, sino la intención discriminatoria al cometer el hecho, la agravación radicaría en la intención criminal que efectivamente se proyecta sobre el hecho.

Entendiendo, el fundamento del art. 22.4 CP, como intencionalidad, y no como culpabilidad, permite dar una mayor gravedad al hecho, situándola en el injusto subjetivo, ya sea por la intención de causar un daño al grupo que comparte las características de la víctima o por negar el principio de igualdad, entendido de forma más genérica.

⁶⁹ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁷⁰ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁷¹ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

Autores, como Mir Puig⁷², sostienen que supone un desvalor del hecho, dado que supone una negación del principio de igualdad que consagra la CE. Esta naturaleza fue admitida, también, puntualmente por la STS 1160/2006, Sala de lo Penal, de 9 de noviembre, FJ 23, que señala: “*casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad*”. O por la SAP de Madrid 53/2010, Sección 29, de 30 de junio, FJ 7:

“La circunstancia agravante prevenida en el art. 22.4 tiene por objeto el que la comisión del delito obedezca a motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, o bien por su etnia, raza, sexo u orientación sexual. 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”.

Esta postura ha sido criticada, ya que no puede equipararse el dolo a esa intencionalidad generada por motivos discriminatorios, pues el dolo no es sólo intencionalidad sino también conocimiento del riesgo, y los motivos no afectan a dicho conocimiento de riesgo, el motivo discriminatorio es compatible con el dolo directo pero también en el eventual, no pudiendo encuadrarse dentro del injusto subjetivo⁷³.

En este sentido se pronuncia la STS 1145/2006, Sala de lo Penal, de 23 de noviembre, FJ 13:

“para apreciar que el autor obró dolosamente sólo se requiere que éste haya conocido el peligro concreto de la realización del tipo, cualquiera que sea su motivación. 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.)”.

También ha sido criticado este fundamento, dado que conlleva un peligro de sanción de la actitud interna y el derecho penal de autor, si bien intenta objetivizar el

⁷² Citado por Renart García, Felipe. La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4.º del código penal de 1995. Diario La Ley, Nº 5626, 4 de Octubre de 2002.

⁷³ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

fundamento haciéndolo recaer en el hecho, se siguen valorando unas motivaciones o intenciones subjetivas del autor, no aportando reales soluciones esta perspectiva dicho problema⁷⁴.

Tampoco prevé supuestos en los que se lleven a cabo delitos racistas por encargo ya fuera remunerado o no, pues la motivación xenófoba solo se manifiesta en quien realiza el encargo⁷⁵.

Otros autores señalan que estas perspectivas eminentemente subjetivas, la categoría de culpabilidad y la del injusto subjetivo, están prohibidas en nuestro ordenamiento si así se fundamentaran, pues el legislador no está legitimado para prohibir ideologías y sentimientos y tampoco lo está, por tanto, para agravar una conducta o delito fundamentado en ellas.

En este sentido, Dopico Gómez-Aller manifiesta:

“no cabe hablar de una legitimación material para la sanción (adicional) cuando un delito es motivado por ideología o sentimientos xenófobos. De modo general, el legislador no está autorizado constitucionalmente para prohibir que se alberguen o manifiesten ideas o sentimientos, por mucha repugnancia que inspiren, dolor que evoquen u oposición que manifiesten al propio marco constitucional [al menos, no fuera de los periodos y supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 55 de la Constitución]. En palabras del Tribunal Constitucional: «La Constitución protege también a quienes la niegan» (Sentencia 176/1995, F.J. 2.º); cuando menos, los protege frente a la represión de dicha negación”⁷⁶.

3. POSICIÓN MIXTA OBJETIVA-SUBJETIVA

Conviene señalar que continuamos analizando la posición mixta, dado que si bien introduce elementos de fundamentación objetivos, continúa fundamentándose en elementos subjetivos, asimilándose a las anteriores propuestas, por ello que se analicen posteriormente las propuestas que se fundamentan en elementos “exclusivamente objetivos”. Si bien debemos analizar, brevemente la tesis objetiva, para una mejor comprensión de las tesis mixtas.

⁷⁴ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁷⁵ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

⁷⁶ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

Las tesis que fundamentan la agravante en elementos objetivos, rechazan que pueda fundamentarse en motivos que hacen referencia a la actitud interna del sujeto, a los sentimientos o la ideología, huyendo del denostado “derecho penal de autor”, y fundamentando la agravación de la conducta en elementos externos objetivos, más acorde con el “derecho penal del hecho”⁷⁷.

Así, Lorenzo Copello, propone conferir a la agravante un fundamento objetivo, tesis que seguirán otros autores y que veremos más adelante, señalando que:

“Me refiero a la posibilidad de explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo.

Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta a otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”⁷⁸.

El fundamento de la agravante reside en promover la seguridad de determinados colectivos vulnerables, discriminados históricamente, el mayor desvalor objetivo derivaría del perjuicio, que despliega la conducta, no sólo contra el individuo, sino también contra el grupo al que pertenece.

Reconoce la propia autora que esta interpretación es menos acorde con el tenor literal de la norma, que parece hacer referencia claramente a un elemento subjetivo (“motivos”), y genera problemas interpretativos sobre si puede ser aplicada en casos en los que la víctima no pertenece al colectivo que se pretendía agraviar con la conducta. Podría ser aplicable incluso cuando el sujeto activo no actuó con ánimo discriminatorio, bastaría que su conducta generara esos efectos discriminatorios para que pudiera ser agravada su responsabilidad penal, lo cual ha conllevado críticas a esta fundamentación⁷⁹.

Esta interpretación, al no hacer referencia a las motivaciones de su autor, sino a las consecuencias para el colectivo discriminado, podría ser aplicada a los partícipes que conocieran los efectos discriminatorios. Esta propuesta, por otro lado, ofrece bases más sólidas para resolver problemas de incompatibilidad con otros delitos, como el delito de

⁷⁷ Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, N° 108, 2012, pp. 31-66.

⁷⁸ Lorenzo Copello, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, N° 19, 1996, págs. 219-288.

⁷⁹ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

El artículo 22.4 del Código Penal

injuria o contra la integridad moral. Así, según la autora, aunque no está exenta de críticas, ofrece un mejor acomodo, el fundamento de la agravante en el injusto objetivo, y permite solucionar los problemas que presentan las propuestas subjetivas, principalmente la incriminación de la actitud interna y el derecho penal de autor⁸⁰.

Frente a estas dos tesis mencionadas, objetivas y subjetivas, surgen interesantes propuestas, que podemos llamar mixtas, que se fundamentan en la concurrencia de elementos subjetivos y objetivos en la agravante del art. 22.4 del CP⁸¹.

Los autores que abogan por una fundamentación mixta, objetivo-subjetiva, de la agravante reconocen su carácter eminentemente subjetivo, aunque incluyen elementos objetivos, tomados de la postura doctrinal antes mencionada, Alonso Álamo señala:

“La especial motivación del autor, aspecto subjetivo de la agravante, constituye su elemento nuclear. Pero la agravante presenta también una dimensión objetiva que la delimita. No cualquier motivo sino precisamente los motivos discriminatorios son tomados en cuenta por la ley. La discriminación constituye así el referente objetivo de la agravante que conviene precisar destacando, con un sector de la doctrina penal y constitucional, su relativa autonomía respecto del principio de igualdad. De acuerdo con esto, la discriminación debe entenderse reservada a los tratos desiguales que tengan su origen en determinados rasgos diferenciales de la víctima, lo que contribuye sin duda a restringir el ámbito de aplicación de la agravante”⁸².

No solo ha de darse la especial motivación discriminatoria en el autor, requisito subjetivo, sino que el sujeto pasivo, sobre el que recae la conducta, ha de pertenecer a un colectivo discriminado o poseer dichos rasgos diferenciales para que actúe la discriminación, requisito objetivo.

Hortal Ibarra, que se suma a esta interpretación, señala que en los delitos discriminatorios se lesiona un bien jurídico, además del lesionado por el propio delito en el que se aplicará el art. 22.4 CP, de carácter dual, por un lado tiene una naturaleza individual, el derecho de toda persona a ser tratado igual con independencia de los

⁸⁰ Lorenzo Copello, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, N° 19, 1996, págs. 219-288.

⁸¹ Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, N° 108, 2012, pp. 31-66.

⁸² Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

El artículo 22.4 del Código Penal

rasgos identitarios, y por otro una naturaleza supraindividual, el “*sentimiento de tranquilidad*” del colectivo lesionado⁸³.

Esta interpretación permite salvar las críticas mencionadas, para las otras interpretaciones, no puede ser aplicada la agravante en caso de que el autor no actúe con motivos discriminatorios, independientemente de la condición de la víctima, tampoco podrá ser aplicada en caso de error inverso, actuando el autor con la especial motivación discriminatoria la conducta recae sobre un sujeto pasivo que no pertenece a un colectivo discriminado⁸⁴.

Hortal Ibarra expone:

“Con esta fundamentación se pretende alcanzar dos objetivos íntimamente conectados. En primer lugar, superar las visiones excesivamente subjetivistas que no casan en demasía con un Derecho penal del hecho al correr el riesgo de criminalizar las ideas o formas de ser de los autores.

Y, en segundo lugar, evitar la tentadora y errónea opción consistente en automatizar su aplicación en todos los supuestos en los que se comete un delito en el que la víctima es una persona en que concurren determinados rasgos distintivos-ser negro, magrebí, musulmán u homosexual- sin acreditar, en el caso concreto, la lesión del bien jurídico-penal individual y supraindividual ya descritos”⁸⁵.

En este sentido se pronuncia, también, la SAP de Madrid 717/2010, Sección 17, de 28 de junio, FJ 12:

“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”.

⁸³ Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, N° 108, 2012, pp. 31-66.

⁸⁴ Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.

⁸⁵ Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, N° 108, 2012, pp. 31-66.

El artículo 22.4 del Código Penal

Estas interpretaciones también han sido criticadas, desde posiciones más objetivistas se considera que no se salva el derecho penal de la actitud interna, especialmente aquellas que entienden automáticamente derivado de la acreditación del motivo el efecto para un colectivo. Tampoco evitan las críticas desde posiciones más subjetivistas ya que no puede exigirse para su apreciación la pertenencia a un determinado colectivo o determinados efectos para dicho colectivo, pues esa interpretación se encuentra alejada del fundamento del art. 22.4 CP, que no persigue proteger a determinados colectivos frente a otros⁸⁶.

4. INJUSTO OBJETIVO

Como ya hemos señalado, exponiendo la propuesta de Lorenzo Copello⁸⁷, las interpretaciones de la agravante fundamentadas exclusivamente en elementos objetivos, reinterpretan la alusión literal al término “motivos”, como algo totalmente ajeno a la actitud interna del autor, señalando que el legislador no se refiere a “*motivos*” sino a “*efectos*”, que recaen sobre minorías tradicionalmente discriminados, atendiendo a la finalidad esencialmente antidiscriminatoria de esta normativa, más acorde al Derecho penal del hecho y nuestro ordenamiento⁸⁸.

Esta interpretación no ha estado exenta de críticas, en caso de error, en el que el autor actúe con una motivación discriminatoria pero el sujeto pasivo no pertenezca a una minoría discriminada, no se aplicaría la agravante, aunque el “*efecto comunicante*”⁸⁹ de “*miedo o intranquilidad*”, supraindividual, hacia dicho colectivo sobre el que quería hacerse recaer se manifiesta, obteniendo consecuencias prácticas contrarias a las deseadas.

Otra de las críticas es su amplia aplicación para los partícipes, que se aplicará siempre que conocieran la carga discriminatoria que poseía el delito, aunque, conociéndola, no actuaran por dicha motivación como el propio autor. También señalan

⁸⁶ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁸⁷ Lorenzo Copello, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, N.º. 19, 1996, págs. 219-288.

⁸⁸ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁸⁹ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

El artículo 22.4 del Código Penal

que podría exacerbar la victimización secundaria, en lugar de indagar en las motivaciones del autor se acabe exigiendo a la víctima acreditar su condición de pertenencia a dichos colectivos discriminados⁹⁰.

La propuesta de Lorenzo Copello, sin perjuicio de lo anterior, da inicio a una corriente doctrinal que han ido matizando otros autores como Landa Gorostiza o Dopico Gómez-Aller⁹¹.

Landa Gorostiza⁹² señala que el enfoque de la cuestión no debe ir dirigido a la víctima inmediata del delito sino al grupo de pertenencia o referencia, ya que para justificar el mayor desvalor de injusto de la conducta, ésta debe resultar idónea para constituir *“una amenaza directa de un mal constitutivo de delitos graves a la que no pueda sustraerse racionalmente un ciudadano medio”*.

Tal y como señala este autor, la agravante del art. 22.4 CP forma parte de la normativa penal antidiscriminatoria, cuya piedra angular es el delito de provocación, realiza una aproximación a su fundamento asimilando la agravante del art. 22.4 CP al art. 510 CP, mientras que el art. 510 CP hace referencia a propaganda, manifestación y difusión a la discriminación, odio o violencia, en la agravante del art. 22.4 CP el vehículo transmisor del mensaje amenazante es el propio delito al que se aplica la agravante⁹³.

Landa Gorostiza señala que desde este punto de vista:

“la “motivación” subjetiva del autor no resulta relevante sino la peligrosidad objetiva de la conducta. A efectos de aplicación de la agravante no es preciso una investigación motivacional sino la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva y era consciente por tanto de que su actuar iba a ser comprendido, tanto por el colectivo especialmente vulnerable, como por la sociedad en su conjunto, como un “comportamiento expresivo”: esto es, que se proyecta en su realización más allá de la víctima concreta inmediata y despliega una expectativa amenazante sobre todos los sujetos que presentan el mismo elemento común que determinó en términos intersubjetivos la selección de la víctima”⁹⁴.

Este fundamento implica determinar si el dolo, con el que actuaba el autor, abarcaba que su comportamiento era potencialmente expresivo para constituir una

⁹⁰ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

amenaza. Por otro lado, tal y como señala el autor, habrá que determinar el contexto social y las particulares circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentre el colectivo, que serán decisivas para determinar si revisten un especial fundamento, que haga necesaria la intervención del Derecho penal.

También señala el autor que esta interpretación es compatible también con los Convenios Internacionales específicos antidiscriminatorios, que han venido interpretando una definición de discriminación, con una tendencia objetivista, que presta mayor atención a los efectos de la conducta que a los elementos motivacionales⁹⁵.

Dopico Gómez-Aller, que continúa en la línea de la propuesta anterior, señala que la fundamentación de la agravación de la conducta se deriva de la lesión de un bien, diferente al del propio delito, que en el caso de la agravante del art. 22.4.CP se sanciona de forma atípica, pues se prevé en una disposición de medición de la pena, en vez de en un tipo penal⁹⁶.

Este autor señala que en estos delitos, de odio y discriminación, no solo se produce una infracción de las pretensiones de indemnidad de determinadas personas sino que conlleva un acto intencional de “*propaganda por el hecho*”. Tomando como referencia los delitos de terrorismo, señala que cada delito discriminatorio no solo conlleva la infracción de la concreta norma, sino un atentado a su propia vigencia, socavándola, desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que perciben un anuncio serio y creíble de futura agresión.

Dopico Gómez-Aller manifiesta:

“El atentado de significación discriminatoria contiene aquí el ya expuesto doble sentido: por una parte, integra la situación crítica; por otra, la perpetúa al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, se trata de una “cooperación accesoria”: por un lado, el atentado, en tanto que efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, cumple o ejecuta amenazas pasadas (las contenidas en precedentes agresiones racistas, xenófobas, etc.). Por otro, renueva la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por otras personas. Así, al hacer identificable su agresión como una agresión racista, xenófoba, etc., el sujeto la integra en una estructura comunicativa violenta (compuesta por las agresiones precedentes), colaborando con ella: su infracción no sólo atenta contra la

⁹⁵ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

⁹⁶ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

El artículo 22.4 del Código Penal

*concreta pretensión del sujeto, sino que, ya identificable como nuevo eslabón de la citada cadena comunicativa violenta, anuncia ulteriores manifestaciones de la situación crítica*⁹⁷.

Según esta interpretación cualquier referencia a la motivación o al móvil aluden al dolo, ya que la agravante entra dentro del tipo de injusto objetivo, que además considera, no aporta mayores problemas para su prueba en la práctica, o no al menos mayores que para otros delitos. No conlleva mayores problemas en la práctica real si el autor tenía conocimiento de que se estuviera cumpliendo una amenaza pretérita, salvo excepciones, habrá de entenderse que tenía dicho conocimiento si conocía las características de la víctima como perteneciente a un grupo o colectivo amenazado⁹⁸.

Estas tesis han sido, nuevamente, criticadas, principalmente porque contravienen el tenor de la ley, “motivos”, y pueden suponer una lesión del principio de legalidad.

Díaz López⁹⁹ señala que el principal problema de las propuestas anteriores es interpretar los “*motivos*” como “*efectos*”. Plantea que pueden interpretarse los motivos sin que necesariamente sancionen la actitud interna. Plantea, siguiendo la propuesta de Peralta¹⁰⁰, que cuando un sujeto comete un delito por motivos discriminatorios, no tiene justificación alguna para haberlo hecho, valorándose los motivos como parte del hecho, no se sanciona el motivo, sino el hecho. La conducta es más reprochable debido a esa “*ausencia de justificación*”, lo que conlleva un *plus* de injusto objetivo.

Como señala el propio autor, esta postura invierte el planteamiento clásico de análisis de relevancia de las motivaciones, en este caso, las motivaciones no agravarían un hecho, sino que su concurrencia no atenuaría el mismo, funcionando como “*causa de justificación a la inversa*”, los motivos indican la gravedad objetiva de la conducta, no se sancionan por sí mismos¹⁰¹.

Existe, según esta propuesta, un único injusto, que al concurrir el motivo discriminatorio carecería de cualquier justificación, de ahí que no exista atenuación, aplicándose el delito en su mitad superior. Según esta tesis podrían superarse los problemas de anteriores interpretaciones.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

⁹⁹ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹⁰⁰ Citado por Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹⁰¹ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

López Díaz, siguiendo a Peñaranda¹⁰², que esta interpretación puede aplicarse también como afección a la categoría de culpabilidad, pues la sanción a la motivación discriminatoria del autor sirve para justificar la pena, impuesta en su mitad superior, pero no se sanciona por sí misma, permite que el desvalor por el hecho se impute de forma “*completa*”, por tanto insertable en la categoría de culpabilidad.

El autor no se decanta por ninguna hipótesis, injusto objetivo o culpabilidad, señalando que será compatible cualquiera de ellas, siempre que para su interpretación se cumplan las siguientes premisas:

1º. No se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas.

2º Lo que se sanciona es el hecho típico, imponiendo una pena delimitada por el marco punitivo del delito que se trate.

3º. 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.

4º. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes, ni potenciales o reales efectos, sino motivos, que es lo que menciona el precepto ”¹⁰³.

Cabe destacar que esta interpretación también ha sido criticada, si bien como señala Landa Gorostiza, esta propuesta no difiere tanto de las anteriores, pues los “*motivos*” o “*efectos*” no tienen porque ser contradictorios si hacen referencia al hecho, por lo que pueden sacarse aspectos comunes a ambas interpretaciones. Sacando el debate de posturas dicotómicas, sobre su fundamentación subjetiva u objetiva, con las particularidades propias de cada una de ellas, centrándolo en su fundamentación en el principio de igualdad, en general, o bien, fundamentándolo, en una lógica antidiscriminatoria y de acción positiva, en el principio de no discriminación o igualdad material¹⁰⁴, que veremos a continuación.

5. PRINCIPIO DE IGUALDAD O PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA

Díaz López en su propuesta, recogiendo el debate de los ordenamientos anglosajones, señala que el art. 22.4 CP se fundamenta en el principio de igualdad, ya que es una manifestación del modelo del ánimo (“*animus model*”) anglosajón,

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹⁰⁴ Landa Gorostiza, Jon Mirena. Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4^a CP, Civitas, Cizur Menor, 2013. Publicado en Indret 3/2014, julio de 2014, Barcelona.

El artículo 22.4 del Código Penal

principalmente EEUU, a diferencia de las otras propuestas al interpretar los “motivos” como “efectos”, fundamentan el art. 22.4 CP en el modelo de selección discriminatoria (“*discriminatory selection model*”), que hace referencia a la protección antidiscriminatoria¹⁰⁵. Cabe destacar que las propuestas subjetivistas, vistas en primer lugar, se inclinaban hacia posturas más cercanas al modelo del ánimo, mientras que las objetivistas se inclinaban por el modelo de selección discriminatoria.

Siguiendo a Díaz López¹⁰⁶, son varias razones las que abogan por fundamentar el agravante en el principio de igualdad, entre todos los ciudadanos, propio del modelo del ánimo, por un lado, su tenor literal, que será al que recurran los operadores jurídicos apelando a la “*navaja de Ockham*”, por otro, de aceptarse que hace referencia a “*efectos*”, sobre un determinado colectivo, y no a “*motivos*” discriminatorios, como negación del principio de igualdad para todos, independientemente de sus particulares condiciones, podría aplicarse la agravante a quien no cometió el delito por motivos discriminatorios, lesionando el principio de legalidad, atendiendo nuevamente al tenor literal.

Señala el autor que no se trata de probar la pertenencia de la víctima a un determinado colectivo tradicionalmente discriminado, con el problema ya mencionado de victimización secundaria, sino que se trata de probar que el sujeto activo actuó motivado por su odio discriminatorio hacia una condición de la víctima, sea cual sea ésta, pero necesariamente hacia un determinado colectivo¹⁰⁷.

Por último señala:

*“Obviamente, esta interpretación del art. 22.4ª CP 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, con independencia del colectivo al que puedan pertenecer”*¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Díaz López, Juan Alberto. Réplica a Jon Mirena Landa Gorostiza. El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, Civitas, Cizur Menor, 2013. Publicado en Indret 3/2014, julio de 2014, Barcelona.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

El artículo 22.4 del Código Penal

Otro sector de la doctrina, fundamenta la agravante en un modelo de selección discriminatoria, así Landa Gorostiza señala que debe tenderse a una interpretación más restrictiva de la agravante, que limite su ámbito de aplicación, más acorde con la tradición antidiscriminatoria europea, concretamente resalta en debate en la doctrina alemana, en el que según el autor se restringen enormemente estas normativas, por su cercanía a una posible incriminación de la actitud interna o la opinión, y por tanto a un inaceptable derecho penal del hecho¹⁰⁹.

Esta agravante forma parte, según estos autores, de la normativa penal antidiscriminatoria, y debe interpretarse conforme a ella, como señala el precitado autor conforme al art. 510 CP en el que se sustenta toda la normativa discriminatoria, que nos aboca a una interpretación restringida, señalando que esta normativa al igual que las normativas antiterroristas¹¹⁰, tienen una condición de “*especialidad*”, se justifican por tanto, en contextos de “*especialidad*”, que deben tender a eliminarse, y por tanto, su uso debe hacerse de forma restringida, no siendo, el derecho penal, una herramienta útil y adecuada para hacer frente a la discriminación, debiendo por tanto aproximarse con cautela a este tipo de herramientas penales¹¹¹.

Landa Gorostiza señala:

“la política antidiscriminatoria, históricamente, nació como política sectorial de protección de grupos. Ha sido la realidad de vulnerabilidad de los grupos la que ha “forzado”, con el tiempo y según países, a políticas de compensación y reparación de esa desigualdad. Y ello, donde se ha hecho, se ha articulado mediante políticas sociales y jurídicas extrapenales reservando a esta última un papel de complemento simbólico en el mejor de los sentidos—. Todavía hoy, por ejemplo, el referente europeo de la Decisión Marco de 2008 sigue ciñendo su pretensión de homogeneización de políticas penales a los grupos étnicos o religiosos y no al conjunto del principio de igualdad de forma universal”¹¹².

¹⁰⁹ Landa Gorostiza, Jon Mirena. La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 19, 1996, pp. 529-589.

¹¹⁰ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

¹¹¹ Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.

¹¹² Landa Gorostiza, Jon Mirena. Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4^a CP, Civitas, Cizur Menor, 2013. Publicado en Indret 3/2014, julio de 2014, Barcelona.

El artículo 22.4 del Código Penal

Como señala Dopico Gómez-Aller, fundamentar la agravante basada en el principio de igualdad, desde un punto de vista individual, lleva a preguntarse qué ataque al principio de igualdad encarna un delito racista distinto de uno no racista, desde este punto de vista la agravante tiene un carácter meramente referencial, carente de contenido material propio¹¹³.

Este sector doctrinal plantea, como ya señaló Landa Gorostiza, que es:

“es absolutamente indispensable precisar al máximo el tipo conforme al principio de determinación penal, huyendo de términos genéricos como «discriminación» para lo cual será, sin duda, indispensable determinar con claridad contra qué tipo de racismo y de conductas racistas se quiere dirigir la normativa penal a partir de la propia realidad xenófoba española”¹¹⁴.

Recapitulando, como se ha visto, no sólo, no existe acuerdo en la doctrina acerca de su fundamento eminentemente subjetivo, objetivo o mixto de la agravante del art. 22.4 CP, sino que además existen numerosas y dispares interpretaciones. Como se ha señalado el debate no se articula, solo en torno al fundamento objetivo o subjetivo (y mixto) de la agravante, sino que también, y en relación con lo anterior, sobre si se fundamentan sobre el principio de igualdad, de todos los ciudadanos, o si, por el contrario, se enmarca dentro de la normativa penal antidiscriminatoria, en una lógica de acción positiva.

Cabe destacar que todas las interpretaciones están sujetas a crítica, y que dependiendo de la interpretación que se escoja se encontraran unos resultados u otros, dependerá, por tanto, de las diferentes propuestas y argumentos insertos en el debate doctrinal, de las interpretaciones que den los operadores jurídicos, y en última instancia, del legislador, que vaya encaminándose hacia una u otra interpretación. Si bien las tendencias subjetivistas son las mayoritarias, seguidas de las mixtas, y ello se debe al propio tenor literal del art. 22.4 CP, criticado de forma casi unánime.

¹¹³ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.

¹¹⁴ Landa Gorostiza, Jon Mirena. La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 19, 1996, pp. 529-589.

V. PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

En este apartado se tratarán los principales problemas detectados en la práctica jurídica, sin ánimo de ser exhaustivos, relacionados con la investigación y comprensión de los delitos de odio y discriminación, y de sus víctimas, dando una perspectiva práctica al presente trabajo.

Cabe señalar que en los últimos años se ha avanzado en esta materia, se han creado secciones especializadas en cada una de las fiscalías provinciales, siendo la primera la de Barcelona, emitiendo numerosas órdenes e informes, se ha mejorado la recopilación de datos, han empezado a publicarse estadísticas con mayor rigor, se ha dotado a los operadores jurídicos de Protocolos de actuación e investigación, de mejor formación publicando numerosos manuales y cursos, ejemplo de ello es la creación Turno de Protección a Víctimas y Delitos de Odio de personas que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid va a poner en funcionamiento en este año 2017.

1. DESCONOCIMIENTO DEL NÚMERO DE HECHOS

El desconocimiento del número de hechos que se cometen por violencia discriminatoria, tiene a su vez dos vertientes, por un lado, el desconocimiento de hechos denunciados, y por otro, el desconocimiento de hechos que se producen y no se denuncian.

DESCONOCIMIENTO DE HECHOS DENUCIADOS

Hasta fechas muy recientes no existían estadísticas en el ámbito exclusivo de los delitos de odio y discriminación, por lo que no podía conocerse su dimensión cualitativa y cuantitativa real, impidiendo su estudio, y por tanto, una mayor eficacia en su persecución. Esta situación se ha venido corrigiendo en los últimos años, en la que han aflorado diversos estudios sobre la materia y se han puesto mecanismos para favorecer la recogida de datos.

El artículo 22.4 del Código Penal

Por impulso del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, en el año 2010, la Generalitat de Cataluña, fue la primera administración de justicia en dotarse del primer protocolo para la investigación de delito de odio y discriminación, comenzando a ofrecer las primeras estadísticas en esta materia¹¹⁵.

A partir del año 2011, se introducen modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad que permiten que se empiecen a computar todos los hechos con motivaciones de odio y discriminación, publicándose en el año 2014 el primer informe del Ministerio de Interior correspondientes al año 2013, habiendo emitido 3 informes más hasta la fecha, uno por año, siendo el último el publicado en el 2016, relativo a los delitos de odio y discriminación del año 2015¹¹⁶.

Contribuyendo a la visibilización del problema y reduciendo su minimización o banalización. Elaborando también Protocolos de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Cabe mencionar que la exigencia de mecanismo para la recogida y análisis de datos venían siendo reclamados por instancias internacionales, anteriormente vistas (CERD, FRA, ECRI, OSCE), y ONG's como Amnistía Internacional o Movimiento contra la Intolerancia.

DESCONOCIMIENTO DE LOS HECHOS QUE SE PRODUCEN Y NO SE DENUNCIAN

Se tiene la fundada impresión que existe una considerable cifra de hechos que no se denuncian. Hay numerosas razones que explican que las víctimas de delitos de odio y discriminación, no quieren, no se atreven o ignoren que puedan denunciar, motivadas precisamente por la situación de vulnerabilidad y discriminación en la que se encuentran por su pertenencia a colectivos minoritarios e históricamente discriminados y perseguidos.

Entre los factores que llevan a dichas víctimas a no denunciar, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden destacarse, la “normalización” de la discriminación como parte de su vivencia “cotidiana y normal”, llegan a considerarlo como algo natural en sus vidas

¹¹⁵ Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona, Barcelona 2010.

¹¹⁶ Informe 2015 sobre Incidentes relacionados con los Delitos de Odio en España. Ministerio del interior, 2016.

El artículo 22.4 del Código Penal

(frases como “*eso nos ha pasado siempre*”, “*es lo que nos toca*”, “*para qué denunciar si eso no cambiará*”).

Estas víctimas en ocasiones tienen la creencia de que, aunque denuncien, nada pasará, no teniendo confianza en los mecanismos policiales y judiciales, cabe destacar que esta situación se agrava en los casos de víctimas pertenecen a un grupo que históricamente estuvo sujeto al acoso, la violencia o a una total desprotección por parte de la policía o la Justicia, como pueden ser las víctimas de la homofobia o la transfobia, o el caso de la población de etnia “*gitana*”, en ocasiones evitan todo contacto con las instituciones.

Muchas de estas víctimas tienen miedo a represalias, por parte de los autores, que se ve incrementado además, si estos forman parte de grupos organizados caracterizados por su ideología xenófoba e intolerante, y por su actitud “*extremadamente violenta*”(los conocidos grupos “*skinheads*” neonazis o de extrema derecha), ya que fueron objeto de una agresión cuando eran personas anónimas, aumentando su miedo al hacerse personas más “*reconocibles*” para estos grupos. Por lo que deben valorarse medidas como protección de testigos o de perjudicados¹¹⁷.

Otros de los motivos es que sus víctimas pertenecen, en muchos casos, a colectivos extremadamente vulnerables, porque su situación personal, social o económica las sitúa en un plano de absoluta exclusión social, como las personas sin hogar. Muchas de estas víctimas carecen de un conocimiento de la Ley y sus derechos, así como de los mecanismos de denuncia que les llevan a no usarlos. Particular es la situación en la que se encuentran las víctimas extranjeras, objetivo de gran parte de los delitos de odio y discriminación, que carecen de permiso de residencia, que difícilmente acudirán a denunciar, ante el temor a una probable apertura de expediente gubernativo de expulsión del territorio nacional¹¹⁸.

Las víctimas de delitos de odio y discriminación se enfrentan a un sentimiento de vergüenza, mas agudizado que en otros delitos comunes, pues están siendo victimizados únicamente por su identidad, temiendo también la estigmatización social,

¹¹⁷ Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

¹¹⁸ Ibidem.

El artículo 22.4 del Código Penal

lo que las lleva en ocasiones a negar que fueran víctimas, teniendo miedo a mostrar su identidad¹¹⁹.

2. FALTA DE FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Tal y como señala la Fiscalía Superior de Cataluña:

“La ausencia de cifras fiables sobre criminalidad motivada por el odio en España suele comportar consecuentemente una notable falta de conciencia del alcance y gravedad del problema. Ello afecta no solo a los poderes públicos, que, en ocasiones, ante el desconocimiento del volumen cuantitativo y, sobre todo, cualitativo de asuntos, no diseñan las debidas medidas de una auténtica política criminal de Estado para prevenir y combatir esta forma de criminalidad que ataca directamente a la esencia de la convivencia, sino que también afecta a los agentes de policía, fiscales y jueces o magistrados, los cuales, carentes de la adecuada formación y capacitación, no tienen en algunos casos las suficientes habilidades técnicas para saber detectar un delito de odio, acreditarlo o enjuiciarlo, lo que impide que se dé la necesaria respuesta que la ciudadanía espera de sus servidores públicos”¹²⁰.

Esto conlleva que, en muchas ocasiones, se tiende a restar importancia a los hechos, que se tipifican como delitos leves sin entrar a valorar la lesión de otros bienes jurídicos como la dignidad o la integridad moral. Se producen, también por ello, cuestionamientos a la credibilidad del testimonio de la víctima, reproduciendo los mismos estereotipos y prejuicios, que se dan en la sociedad, en el ámbito judicial.

3. INVESTIGACIONES POLICIALES Y JUDICIALES INSUFICIENTES

Las investigaciones policiales y judiciales cobran, en este tipo de delitos, una importancia especial, atendiendo a la necesidad de probar una “*motivaciones o efectos*” discriminatorios, y las dificultades que ello implica. Esta “necesidad” ha sido reivindicada por numerosas instancias internacionales, por operadores jurídicos (como el Ministerio Fiscal), ONG’s, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20/10/2015, caso Balázs v. Hungría, señala:

¹¹⁹ Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

¹²⁰ Ibidem.

El artículo 22.4 del Código Penal

“El tratamiento de la violencia racial en pie de igualdad con los casos que no tienen connotaciones racistas sería hacer la vista gorda ante la naturaleza específica de los actos que son particularmente destructivos de los derechos fundamentales”¹²¹.

La Fiscalía Superior de Cataluña señala que cobran especial importancia, no sólo, las declaraciones de víctimas o de implicados, sino también de la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía, debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o videográficos, que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores, entre otras¹²².

4. TRATAMIENTO Y ATENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Otro de los problemas detectados es la falta de atención, orientación e información a las víctimas de los delitos de odio y discriminación. El comportamiento de los operadores jurídicos es imprescindible, para obtener la confianza y tranquilidad de la víctima, que permita efectuar mejores declaraciones, sin contradicciones, facilitando el mayor número de datos y, por tanto, mejorando la investigación. Conviene recordar la *“especial vulnerabilidad”* de estas víctimas.

La anteriormente señalada Fiscalía Superior de Cataluña expone:

“Para ello debe ser desterrado cualquier gesto, comentario, mirada, etc., que pueda tener un contenido jocoso, burlesco u ofensivo para las víctimas por mínimo, discreto o subliminal que sea, y no solo por evidentes exigencias legales con consecuencias, al menos, en el orden disciplinario, sino, muy especialmente, para atender debidamente a la víctima, ganar su confianza y obtener de esta forma un testimonio rico en detalles que permita la máxima obtención de datos para el adecuado esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus autores”¹²³.

5. PROPAGACIÓN DEL ODIO

¹²¹ Citado por Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

¹²² Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

¹²³ Ibidem.

El artículo 22.4 del Código Penal

Uno de los mayores problemas que se han detectado es la propagación del odio, tanto en actos públicos como a través de medios de comunicación, muy especialmente a través de internet, numerosas instancias internacionales y ONG's, han llamado a los Estados a su regulación y persecución efectiva, así la Recomendación General de la ECRI nº 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio.

Desde las diferentes Fiscalías Especializadas en delitos de odio y discriminación, se han dotado de Protocolos en relación a la investigación actos públicos, en forma de conferencias, concentraciones, exposiciones o conciertos musicales convocados con la finalidad de provocar y propagar el discurso del odio, la violencia y la discriminación, que incluye, por ejemplo, grabaciones de dichos actos para su posterior estudio, incoando diligencias de investigación¹²⁴.

Cabe mencionar que el discurso del odio y la discriminación no solo se transmite de modo presencial, como antaño, sino que estos grupos se aprovechan de las nuevas tecnologías a tal fin, por la gran difusión masiva que en poco tiempo y con poco esfuerzo pueden llevar a cabo, ya que su contenido llega a millones de usuarios a través de sus dispositivos electrónicos.

Es evidente que se deben impulsar las investigaciones para combatir esta actividad delictiva y en este ámbito, dada la complejidad técnica que ofrece su investigación, debe darse una respuesta especializada tanto a nivel policial como en el ámbito judicial¹²⁵.

¹²⁴ Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.

¹²⁵ *Ibidem*.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

1. CONCLUSIONES

Como hemos visto la normativa penal antidiscriminatoria, y concretamente la agravante del art. 22.4 CP, surge por una preocupación y presión social ante el resurgir de ideologías, y conductas delictivas asociadas a ellas, xenófobas e intolerantes, tomándose medidas, también en materia penal, para su persecución. Por lo que podemos señalar que, el art. 22.4 CP, se enmarca dentro de la normativa penal antidiscriminatoria, naciendo, e incorporándose a nuestros ordenamientos, con dicha finalidad.

Cabe destacar que los términos odio y discriminación, dan lugar a diferentes interpretaciones, no existiendo un consenso claro sobre ellos, y que han sido acogidos en los diferentes ordenamientos de nuestro entorno de forma dispar. Por un lado un modelo expansivo, propio de EEUU, y por otro uno más restringido, propio de los países europeos, principalmente los países de tradición germánica y Reino Unido, ya que los países latinos, entre ellos el nuestro, aunque provienen de un modelo restringido europeo, se han expandido, acercándose al modelo expansivo de EEUU concretamente nuestro país, con la inclusión de la agravante del art. 22.4 CP, se ha configurado como el modelo más expandido de nuestro entorno, lo cual dificulta la comprensión de la naturaleza de nuestra normativa penal antidiscriminatoria.

A ello hay que sumar la precipitada labor del legislador, cabe recordar que en cuestión de meses, nuestro ordenamiento pasa de ser deficitario, a ser uno de los más expansivos, superando con creces todos los estándares internacionales, sin un debate previo, sosegado y riguroso, sobre el contenido y alcance de normativas penales antidiscriminatorias, como la que representa el art. 22.4 del CP, y con una deficiente técnica legislativa, que dificulta más si cabe, su comprensión e interpretación. La crítica al legislador es unánime en la doctrina, quizá sea el único consenso en torno a esta materia.

El artículo 22.4 del Código Penal

El mayor debate, y el que sin duda mayor interés suscita, con una mayor disparidad de opiniones, se da en cuanto a su fundamentación jurídica, que podríamos dividir a su vez en dos cuestiones fundamentales, por un lado, en cuanto a su fundamentación en elementos objetivos o subjetivos, junto con las interpretaciones mixtas objetivo-subjetivas, que podríamos llamar intermedias, y por otro lado, sobre si la agravante se enmarca bajo el principio de igualdad, “para todos”, independientemente del colectivo al que vaya dirigido, o si, por el contrario, se enmarca dentro del principio de no discriminación, referente a la “*acción positiva*” o “*igualdad material*”, aplicable en casos de colectivos discriminados especialmente vulnerables.

No existiendo acuerdo en estas materias, podría decirse que las tendencias más subjetivas, junto con las posiciones mixtas son mayoritarias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y las tendencias más objetivas han sido minoritarias, especialmente en la jurisprudencia. Si bien coinciden todas ellas a que en buena medida se debe al tenor literal del art. 22.4 CP, que es más acorde con una fundamentación subjetiva.

En cuanto a la segunda cuestión, sobre la fundamentación en el principio de igualdad o de no discriminación, podría decirse que no existe una postura mayoritaria, encontrándose bastante dividida la doctrina y la jurisprudencia, si bien, ésta última, se inclina más hacia su fundamentación bajo el principio de igualdad “*para todos*”.

En último lugar, desde una perspectiva práctica, desde la incorporación de la agravante a nuestro ordenamiento, hace ya 25 años, esta ha sido aplicada en pocas ocasiones, no tanto por la ausencia de delitos de odio y discriminación, sino por las particularidades de estos delitos y sus víctimas. Los principales problemas son el desconocimiento del número de hechos, la falta de formación de los operadores jurídicos, las investigaciones judiciales y policiales son insuficientes y poco profundas, el tratamiento a las víctimas, que por sus particularidades debe ser especializado y el problema de la propagación del discurso del odio, especialmente a través de las nuevas tecnologías. Si bien en los últimos años se han dado numerosos avances, para solucionar dichas cuestiones, es unánime la opinión de seguir implementando medidas para hacer verdaderamente efectiva la normativa antidiscriminatoria, concretamente el art. 22.4 CP.

2. PROPUESTA

En cuanto a su fundamentación jurídica, teniendo en cuenta que todas las posibles propuestas tienen sus aciertos y adolecen de errores, por ello no se pretende ser categórico, a mi juicio las propuestas que fundamentan la agravante en elementos objetivos, se ajustan mejor a nuestro ordenamiento y a su tradición jurídica, adolecen de menores errores, o al menos, sus consecuencias parecen menos negativas, las propuestas subjetivas, principalmente por acercarse, peligrosamente, a un derecho penal de autor, y se ajustan peor a nuestro ordenamiento, y su tradición, con consecuencias potencialmente más dañinas.

Mención especial merecen las interpretaciones mixtas que pueden sugerir un término intermedio o, si se quiere, de mayor consenso, aunque no terminan de solucionar con éxito los problemas interpretativos, ni de las interpretaciones objetivas, ni subjetivas. Muy interesante, también, la propuesta de Díaz López, en la que los motivos se tienen en cuenta en la medida en que se proyectan en el hecho, y nunca fuera de él, se sanciona el hecho en exclusiva, los motivos se tienen en cuenta para modular la pena, que ya viene delimitada en el tipo y cuya modulación no excede del mismo, compatible con posturas más objetivistas como Landa Gorostiza o Dopico Gómez-Aller, que si bien partiendo de las mismas, pueden añadirse las matizaciones antes señaladas por Díaz López, sin mayores objeciones, en tanto que se proyectan sobre el hecho y huyen de valoraciones tan subjetivas.

Dicho lo anterior, y sin ánimo de reproducir nuevamente el debate en su totalidad, a mi juicio, es conveniente partir de posturas objetivistas, las más destacables Landa Gorostiza o Dopico Gómez-Aller, teniendo en cuenta la falta de consenso existente en la materia, que aconseja un prudente acercamiento, la peligrosidad de incriminación de la actitud interna, sentimientos e ideología, próximo a un indeseable derecho penal de autor, y que por tanto se ajusta mejor a nuestro ordenamiento y tradición, más acorde también con el resto de normativa penal antidiscriminatoria, y teniendo en cuenta que nuestro modelo político-criminal es uno de los más amplios o expansivos, con todo ello, las posturas objetivistas se muestran más restrictivas, en aras a la prudencia, y más acordes a nuestros principios fundamentales.

El artículo 22.4 del Código Penal

Las críticas fundamentales a las posturas objetivistas son, por un lado, que no se ajustan al tenor literal, reconocido desde la postura que aquí se defiende, si bien es unánime la crítica a las deficiencias en su redacción, por lo que no habría mayor problema por asumir una postura objetivista, sólo por dicho motivo, aunque no sea función principal, ni habitual, de la academia, nada impide realizar dicha interpretación y buscar dicho ajuste interpretativo, aunque se éste, con ello, solicitando indirectamente un cambio en su redacción, habida cuenta de las críticas, las dudas sobre la intención real del legislador y la cercanía a la incriminación de actitudes internas, en una justa ponderación de derechos, no parece que la alusión al principio de legalidad deba invalidar necesariamente esta postura.

Por un lado, las críticas a la posibilidad de victimización secundaria y la necesidad de probar la condición de la víctima, o, por otro lado, la posibilidad de aplicar la agravante a un sujeto que no actuó por motivos discriminatorios, parecen ya resueltas según las interpretaciones, ya señaladas, e incluso si se quiere, pueden añadirse las propuestas de Díaz López, pero no ha de llevarnos a valorar elementos subjetivos, sin mayores argumentos, ya que no es tanto la pertenencia de la víctima sino los efectos, principalmente expresivos de la conducta, además de que la victimización secundaria puede reducirse con una mejor atención procesal, y por otro, respectivamente, cualquier referencia a la motivación o al móvil aluden al dolo, y por tanto no sería aplicable a un sujeto que no tuviera el conocimiento, y no tanto la motivación, suficiente de que iba a llevar a cabo dicha conducta, lo cual no plantea excesivos problemas probatorios que, salvo excepciones, habrá de entenderse que tenía dicho conocimiento si conocía las características de la víctima como perteneciente a un grupo o colectivo amenazado.

Por las mismas razones, que nos llevan a interpretaciones objetivas de la agravante, procede postularnos, igualmente en la segunda cuestión que se plantea, a favor de una interpretación bajo el principio de no discriminación o igualdad material, en lógica de acción positiva, no tanto bajo el principio de igualdad “*de todos*”.

En primer lugar porque, dicha interpretación, es más acorde con el resto de legislación penal antidiscriminatoria, nuestro ordenamiento y tradición, como señala Landa Gorostiza, estas normativas, tienen una condición de “*especialidad*”, se justifican por tanto, en contextos de “*especialidad*”, su interpretación debe hacerse de forma restringida, más si cabe que otros preceptos penales, siendo contrario, a mi juicio,

El artículo 22.4 del Código Penal

interpretarlo de forma expansiva, aludiendo al principio de igualdad. Históricamente nació como una legislación de protección de grupos, fundamentar la agravante en una genérica apelación a la igualdad, la llevaría a adoptar un carácter meramente referencial, carente de contenido material propio, se alejaría de su carácter esencialmente antidiscriminatorio, para generalizarse sin mayor explicación ni justificación, dejando de cumplir la función social para la que surgió, y que a día de hoy sigue justificando su permanencia, con el consiguiente deterioro de la imagen del derecho penal antidiscriminatorio, sin olvidar que fue fruto de una incuestionable presión social.

A mi juicio, si cabe, como ya han mencionado otros autores, se ha de ser especialmente restrictivo, aplicando solo la agravante en caso de grupos que se encuentren en condiciones especialmente vulnerables, debiendo identificarse con criterios objetivos sobre que grupos debe materializarse, pues la intervención penal no se justifica por una vulnerabilidad, sino por una especial vulnerabilidad. No debe plantear problemas la identificación y justificación sobre que minorías deben ser incluidas, si proliferan los estudios en la materia, atendiendo también a entidades sociales y que estudian y trabajan la materia, y con las víctimas, muchas sobre las que ya hay una amplia unanimidad.

Si difícilmente justificable resulta la aplicación de la agravante en casos no especialmente vulnerables, mayormente aún su aplicación genérica conforme al principio de igualdad, que finalmente se justifica, muy al límite, ya que un Estado Democrático Social y de Derecho, si bien no puede prohibir ideologías, ni siquiera contrarias al ordenamiento, si puede agravar conductas que socaven mayormente sus principios elementales. Por ello, como han señalado algunos autores, que en mi opinión, ha de hacerse de forma más enérgica, no debe aceptarse su aplicación, como ya se ha dado en algunas sentencias recientes, cuando la víctima agredida lo fuera precisamente por su pertenencia a un grupo xenófobo, racista, homófono, o en definitiva, intolerante, pues la mayor sanción a un individuo por una motivación contraria al racismo, la xenofobia, la homofobia, transfobia, el fascismo, la intolerancia, etc., sería inaceptable, y no tendría cabida en nuestro ordenamiento. Sin olvidar los valores, sobre los que se formaron, y que sustentan los pilares de los estados democráticos actuales, no se justificaría una mayor agravación a conductas, que si bien son delictivas e injustificables, teniendo que ser castigadas conforme a sus tipos correspondientes, no

El artículo 22.4 del Código Penal

representan valores contrarios al ordenamiento en puridad. A mi juicio un sinsentido en un ordenamiento que lucha, obviamente nunca de forma delictiva, y por ello injustificable, contra esas mismas conductas intolerantes, además de todas las razones ya dadas, que en este caso se agudizan obviamente.

Por último destacar que la interpretación, restringida sin duda, que se plantea lo es también, por entender que no es el derecho penal la herramienta correcta para luchar contra la intolerancia, siendo la última *ratio* del ordenamiento, justificable solo excepcionalmente.

Acorde con la propuesta realizada sería preferible un ajuste en su redacción legislativa como la que se propone, no importando tanto la forma concreta elegida, sino el fondo:

“Cometer el delito por odio y 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, razones de género, misoginia, romanofobia, aporofobia, la enfermedad que padezca o su discapacidad, siempre que la víctima pertenezca a un colectivo especialmente vulnerable.

Habrá de entenderse, a priori, que el autor tenía dicho conocimiento, si conocía las características de la víctima como perteneciente a dichos grupos, aun cuando de forma real y efectiva no tuviera esa pertenencia”.

Además de la propuesta interpretativa y de cambio en su redacción, cabe destacar, para finalizar, que todo ello debe ir acompañado, en la práctica jurídica, extensible a la sociedad en su conjunto, de un mayor estudio, información, formación, concienciación, educación y especialización sobre de la materia, que permitan solventar los problemas, a los que cualquier propuesta interpretativa se enfrenta. Sin duda se ha avanzado en esta materia, por ello no abundamos en lo ya comentado, epígrafe V, confiando, una vez más, en la destreza de nuestros operadores jurídicos.

Por último, si bien desde una posición objetiva y fuertemente restrictiva, no por ello menos contundente, destacar una vez más la importancia de seguir avanzando en la lucha contra la intolerancia, en sus múltiples manifestaciones, en nuestras sociedades, llegue este mensaje, no sólo al ámbito académico y del Derecho, sino a la sociedad en su conjunto, pues son nuestros valores fundamentales los que, sin duda, están en juego.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Álamo, Mercedes. La circunstancia agravante de discriminación. En, Díez Ripolles, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (eds). Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp 533-549.
- Díaz López, Juan Alberto. El odio discriminatorio como agravante penal, Aranzadi, Madrid, 2013.
- Díaz López, Juan Alberto. Réplica a Jon Mirena Landa Gorostiza. El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, Civitas, Cizur Menor, 2013. Publicado en Indret 3/2014, julio de 2014, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/10060.pdf>.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 143-176. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>.
- Gómez Martín, Victor/ Marquina Bertrán, Marta/ de Rosa Palacio, Miriam/ María Tamarit, Josep/ Aguilar García, Miguel Ángel. Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Aguilar García, M. A. (dir). Barcelona, 2015.
- Hortal Ibarra, Juan Carlos. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación. Cuadernos de Política Criminal, Nº 108, 2012, pp. 31-66.
- Ibarra, E. Contra la discriminación y el delito de odio: solidaridad con la víctima del racismo, xenofobia e intolerancia. Movimiento contra la Intolerancia, Materiales didácticos Nº4.
- Ibarra, E./Strohal, C, et al., La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE. OSCE/OIDHR, Varsovia, 2005.

El artículo 22.4 del Código Penal

- Informe Anual 1990 del Defensor del Pueblo y debate en las Cortes Generales. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-1990/>.
- Informe Anual 1992 del Defensor del Pueblo y debate en las Cortes Generales. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-1992/>.
- Informe 2015 sobre Incidentes relacionados con los Delitos de Odio en España. Ministerio del interior, 2016, Madrid. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Delitos+de+Odio+2015.pdf>.
- Investigación “Memoria de 25 años de olvido” (1995-2015) , publicada el 1 de diciembre de 2015 en Madrid, realizada por el Grupo de Investigación sobre Crímenes de Odio, en el que ha colaborado Movimiento contra la Intolerancia, que parte del registro del “Informe Raxen”. Disponible en: <http://crimenesdeodio.info/>.
- Landa Gorostiza, Jon Mirena. 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.
- Landa Gorostiza, Jon Mirena. La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Volumen 19, 1996, pp. 529-589.
- Landa Gorostiza, Jon Mirena. Racismo, Xenofobia y Estado Democrático. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 18, San Sebastián, 2004.
- Landa Gorostiza, Jon Mirena. Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, Civitas, Cizur Menor, 2013. Publicado en Indret 3/2014, julio de 2014, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/10060.pdf>.
- Lorenzo Copello, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, Nº. 19, 1996, págs. 219-288.

El artículo 22.4 del Código Penal

- Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009, Capítulo IV, propuestas de reformas legislativas. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/.
- Memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona, Barcelona 2010.
- Protocolo de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación. Ministerio del Interior, 16 de Diciembre 2014, Madrid. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/151214delitos_odio.pdf.
- Recomendación General de la ECRI nº1 sobre La lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, de fecha 4 de octubre de 1996. Estrasburgo.
- Recomendación General de la ECRI nº 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.
- Renart García, Felipe. La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4 ° del código penal de 1995. Diario La Ley, Nº 5626, 4 de Octubre de 2002.

ANEXO I. JURISPRUDENCIA.

1. JURISPRUDENCIA DESTACABLE EN APLICACIÓN DEL ART. 22.4 CP

STS 314/2015, Sala de lo Penal, de 4 de mayo, Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, Fundamento Jurídico nº 19.

La sala condenó a diez personas a penas en torno a los dieciocho años de prisión por dos asesinatos en grado de tentativa, un delito de lesiones con uso de armas e instrumentos peligrosos y un delito de daños con incendio, y ello como consecuencia de una acción conjunta y planificada cometida por un grupo de catorce personas encapuchadas que compartían estética e ideología nacionalsocialista, con justificación del uso de la violencia contra otras personas o grupos de personas por ser de ideología contraria o bien por ser de otras razas o de otra orientación sexual, portando barras de hierro, palos y bengalas, agredieron a unos jóvenes, seleccionados por suponer que serían de ideología contraria a la que ellos profesaban.

Se aplica la agravante de art. 22.4 CP, por motivos ideológicos, ya que, los agresores actuaron con la exclusiva finalidad de vindicar su ideología, al margen de cualquier consideración personal, y la selección de las víctimas se produjo por su simbología o estética exterior.

STS 1145/2006, Sala de lo Penal, de 23 de noviembre, Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Fundamento Jurídico nº 6. También SAP de Madrid 419/2009, Sección Primera, de 14 de octubre, Fundamento Jurídico nº 3 (caso Palomino), y en el mismo sentido, SAP de Madrid 717/2010, Sección 17, de 28 de junio, Fundamento Jurídico nº 12.

En estas sentencias se establece que para la apreciación de la circunstancia agravante del art. 22.4 CP, será necesario probar, tanto las motivaciones abyectas del autor, como la pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado. Aboga por una

El artículo 22.4 del Código Penal

interpretación mixta, objetivo-subjetiva de la agravante, y requiere por tanto la concurrencia de elementos subjetivos, las motivaciones del autor, y objetivos, la pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado.

STS 241/2006, Sala de lo Penal, de 24 de febrero, Ponente: José Antonio Martín Pallín, Fundamento Jurídico nº 3.

Establece que para que pueda apreciarse la circunstancia agravante del art. 22.4 CP, por motivación racial, *“exige que se dé una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales”*.

STS 1160/2006, Sala de lo Penal, de nueve de Noviembre, Ponente: Siro Francisco García Pérez, Fundamento Jurídico nº 23.

El Tribunal Supremo, en este caso estudia un asesinato, cometido contra un mendigo sin techo, en el que los autores actuaban por desprecio precisamente a esa condición, señala que no cabe subsumir, sin que se acrediten otros matices, que concurre la agravante del art. 22.4 CP, por desprecio hacia las pésimas condiciones económicas de la víctima, dejando fuera la aplicación de los delitos cometidos por aporofobia. Si bien, reconoce que se debe a que el legislador ha dejado fuera ese supuesto, de la enumeración que realiza en la segunda parte del precepto, por ello que no aprecie su concurrencia.

STS 1145/2006, Sala de lo Penal, de 23 de noviembre, Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Fundamento Jurídico nº 13.

El Tribunal Supremo, en este caso estudia un asesinato, en el que los autores actuaban por motivos ideológicos, al acusar a la víctima de ser un *“etarra”*, por su pertenencia a una asociación vasca. En este caso se reconoce la concurrencia de actuar por motivos ideológicos y se aplica la agravante del art. 22.4 CP.

SAN 35/2003, Sala de lo Penal, de 6 de noviembre, Ponente: Fernando Bermúdez de la Fuente, Fundamento Jurídico nº 3.

El artículo 22.4 del Código Penal

Un delito de homicidio terrorista, en el que no se aplica la agravante del art. 22.4 CP, pues los autores de un delito de terrorismo no actúan por motivos ideológicos contra la víctima sino contra toda la sociedad. No puede aplicarse, por tanto, la agravante del art. 22.4 CP a los delitos de terrorismo.

SAP 53/2010, de Madrid, Sección 29, de 30 de junio, Ponente: Fernando Bermúdez de la Fuente, Fundamento Jurídico nº 7.

Dos individuos de estética “*skinhead*” neonazi, agreden a un individuo de estética “*punk*”, se aplica la agravante del art. 22.4 CP, por odio ideológico, al pertenecer la víctima a un colectivo “*punk*”, objetivo de las bandas de “*skinheads*” neonazis a las que pertenecían los autores.

SAP 31/2014, de Barcelona, Sección 10, de 30 de octubre, Ponente: Montserrat Comas de Argemir Cendra, Fundamento Jurídico nº 3.

Se enjuició una grave agresión ocurrida el día 12 de octubre de 2011 cometida contra uno de los asistentes a un concierto de música RAC (*Rock Against Communism*), organizado por el grupo de extrema derecha Democracia Nacional y en el que han sido condenadas dos personas de ideas antagónicas por delito de lesiones de los arts. 147 y 148.1 CP, apreciándose la agravante de discriminación por motivos ideológicos del art. 22.4 CP. Se aleja del modelo de selección discriminatoria, fundamenta la agravante en la igualdad de todos, y considera motivación por motivos ideológicos el agredir también a personas que pertenezcan a colectivos racistas o xenófobos, alejándose de la protección exclusiva a colectivos vulnerables.

Juzgado de lo Penal Nº 1 de SABADELL, Sentencia 189/2014, Ponente: Elisenda Franquet Font. Fundamento Jurídico nº 10.

En la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universitat Autònoma de Bellaterra (UAB), una conferencia impartida por la diputada del Congreso de los Diputados, y portavoz del partido político UPyD, en la que unos estudiantes provocan desordenes públicos.

El artículo 22.4 del Código Penal

No se aplica la agravante por motivos ideológicos del art. 22.4 CP, a los desórdenes públicos, ya que según señala: “*Sería tanto como decir que en cualquier acto en que unas personas muestren discrepancia ideológica con otra u otras (y si hablamos de un político no es difícil que ello ocurra) y para el caso de que se cometiera cualquier tipo de delito en el curso de esa muestra de discrepancia o protesta contra una persona determinada, concurriría la agravante*”.

Juzgado de lo Penal N° 2 de Huelva, Sentencia 131/2008, Ponente: José Manuel Balerdi Múgica. Fundamento Jurídico nº 11.

Este supuesto se desarrolla durante una manifestación legalmente convocada a raíz de un homicidio, por el que fueron imputadas personas de etnia gitana, que modifica la trayectoria prevista y pasa por la zona en la que habita la comunidad gitana, gritando “*gitanos fuera*”, “*asesinos*”, “*no los queremos, fuera de aquí*”, “*os vamos a matar*”, “*os vamos a quemar*” y expresiones similares, causando destrozos en vehículos y en bienes comunes y prendiendo fuego a un montón de paja almacenada.

Se condena a los autores por delito de desórdenes públicos del art. 557 CP en concurso ideal con delito de daños del art. 263 CP, en concurrencia de la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos racistas o de discriminación del art. 22.4 CP.

2. OTRA JURISPRUDENCIA CITADA EN EL TRABAJO

STS 51/2008, Sala de lo Penal, de 6 de febrero, sobre el principio de inherencia del art. 67 del CP. Non bis in ídem.

STS 885/2009, Sala 2ª, de 9 de septiembre, en la que no se confiere credibilidad, o se confiere una menor, a testigos en los que pudiera concurrir un odio.

STC 8/1983, Sala Segunda, de 18 de Febrero, establece que la igualdad es un valor superior del ordenamiento

STC 75/1983, Pleno, de 3 de agosto de 1983, FJ 3. Establece que el listado de motivos discriminatorios enunciado en el art. 14 CE, “*nacimiento, raza, sexo, religión,*

El artículo 22.4 del Código Penal

opinión”, es enunciativo y no cerrado, existiendo una la clausula general en la que pueden entrar otros motivos de discriminación.

STC 216/1991, Sala Primera, de 14 de noviembre, sobre la clausula de promoción de la igualdad material, impone la obligación de intervención de los poderes públicos para conseguir una igualdad real, verdadera y efectiva, y no meramente formal

STC 57/1994, Sala Segunda, de 28 de febrero. Establece que la dignidad es un mínimo invulnerable.

STC 176-1995, de 11 de diciembre. La libertad de opinión incluye incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución protege también a quienes la niegan.

STC 200/2001, Pleno, de 4 de octubre. Establece la prohibición absoluta de discriminación que establece el art. 14 CE, que se sustenta en los pilares de la igualdad de carácter sustantivo y la dignidad del ser humano.

STC 176/2008, Sala Primera, de 22 de diciembre. La identidad sexual puede considerarse como motivo de discriminación.

STC 66/2015, Sala Segunda, de 13 de abril. La edad puede considerarse como motivo de discriminación.

STC 92-2014, Pleno, de 10 de junio. La orientación sexual puede considerarse como motivo de discriminación.