

LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN Y SUS REFORMAS: CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Javier Guardiola García

Universitat de València¹

Title: *The aggravating circumstance of discrimination: amendments and interpretive guidelines*

Resumen: La ley penal española incrementa el castigo del delito cuando el autor ha actuado por motivos discriminatorios. Se atiende en este trabajo a qué significa ‘motivos discriminatorios’ (y a si es lo mismo requerir esto que atender a ‘razones basadas en algún tipo de discriminación’) y cómo debe probarse esta motivación, teniendo en cuenta los principios informadores del Derecho penal y la tensión entre principios constitucionales inherente a esta problemática.

Palabras clave: Derecho penal de autor; Derecho penal del enemigo; Discriminación; Motivación discriminatoria; Motivos; Prueba.

Abstract: Spanish criminal law increases punishment of offences whenever the author had a discriminatory motivation. This paper looks at what ‘discriminatory motives’ means (wondering whether ‘reasons based on some sort of discrimination’ has the same meaning) and how this motivation should be proven, considering general principles of criminal law and the tension between constitutional principles inherent to this problem.

Keywords: Author-based Criminal Law; Enemy Criminal Law; Discrimination; Discriminatory motivation; Motives; Evidence.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto GV/2021/047, financiado por la Generalitat Valenciana; incorpora asimismo contenidos del estudio preliminar correspondiente al Proyecto PID2021-123441NB-I00 financiado por MCIN /AEI /10.13039/501100011033 / y por FEDER Una manera de hacer Europa.

Sumario: 1. Introducción. - 2. ¿Qué y por qué se castiga en la motivación discriminatoria? - 2.1. En busca del contexto: la normativa antidiscriminatoria en el Código penal español. - 2.1.1. Lo objetivo y lo subjetivo en la normativa antidiscriminatoria. - 2.2. Motivos discriminatorios. - 2.2.1. Motivos, fines y razones. - 2.2.2. El elenco de motivos discriminatorios. - 3. ¿Cómo se prueba la motivación discriminatoria? - 3.1. Criterios externos para elementos internos. - 3.2. Discriminación y arbitrariedad. - 3.3. Discriminación y error. - 3.4. Discriminación por asociación. - 3.5. ¿Hasta dónde es legítimo llegar? - 4. Recapitulación. - 5. Bibliografía. - 6. Otras fuentes.

1. Introducción

Las páginas que siguen plantean algunas reflexiones acerca de la cuarta agravante recogida en el artículo 22 del Código penal, generalmente denominada ‘agravante de discriminación’. Su reiterada expansión (incluso estando esta contribución ya en prensa) y la reciente inclusión en el texto legal de una cláusula expresa que da cobertura a los supuestos de la llamada discriminación por error abundan en la conveniencia de profundizar en un análisis que, en rigor, exigía ya la primera redacción del precepto, lo que no pasó inadvertido ni a la doctrina² ni a la jurisprudencia.

Y es que la referencia a los ‘motivos’ ha dado lugar a que no pocas voces lean en la agravante en cuestión un reproche a la actitud interna de quien comete un delito, en una lectura estrictamente *subjetiva* (en el sentido de referida al fuero interno) de la previsión; y ello, aprovechando una constante —y técnicamente cuestionable— expansión de las motivaciones discriminatorias relevantes, de la mano de una relajación de los requisitos de tipicidad que parece querer reconducir al 22.4 del texto penal punitivo toda motivación que suscita rechazo social. La presente contribución quiere cuestionar la legitimidad de esta suerte de interpretación, y buscar criterios interpretativos ajustados a los requerimientos del Estado de Derecho que permitan una inteligencia de la agravante respetuosa de los principios del Derecho penal.

Se trata de dilucidar, en definitiva, si, en expresión de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS) de 23 de noviembre de 2006, esta agravante «se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad»³, o si por el contrario se atiende a un elemento con trascendencia externa, que

² Valga aquí con remitir a la bibliografía referenciada al final de este trabajo.

³ Roj STS 7935/2006; F.J. sexto. En lo sucesivo, referencio todas las resoluciones (de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) por su Roj.

permite justificar objetivamente el incremento de pena y que admite una verificación que vaya más allá de la discrecionalidad. Lo que, a mi juicio, no es sino otra forma de preguntar si estamos ante una construcción legítima —que castiga hechos y no pensamientos, que fundamenta el castigo en la lesividad del hecho, y que respeta los requerimientos básicos del principio de legalidad— o no.

Que es posible interpretar la agravante como una sanción al pensamiento íntimo del autor del delito (y en virtud de un juicio discrecional) es, puesto que hay quien lo hace, obvio; que es, no solo ilegítimo, sino además disfuncional, es algo que pretendo argumentar en las líneas que siguen. Para ello, será preciso atender a la función que la normativa penal antidiscriminatoria está llamada a desempeñar, delimitar el ámbito de aplicación de la agravante que nos ocupa, y atender a qué y cómo debe verificarse para estimar procedente su aplicación.

2. ¿Qué y por qué se castiga en la motivación discriminatoria?

En su vigente redacción, el artículo 22.4^a del Código penal (CP) agrava la pena por «[c]ometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta». Es la única agravante del CP de 1995 que ha sido modificada... ¡y hasta cuatro veces, siempre para ampliar su ámbito de aplicación!¹⁴ La primera reforma, por obra de la Ley Orgánica (LO) 5/2010, incluyó la ‘identidad sexual’¹⁵; la segunda, por obra de la LO 1/2015, incluyó las ‘razones de género’¹⁶; la

⁴ La ampliación del ámbito de aplicación se produjo, en los antecedentes legislativos, respecto de los delitos a los que es aplicable (como apunta F. Renart García, «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del art. 22.4 del Código penal de 1995», *Diario La Ley*, 5626, 4 de octubre de 2002): sólo en los delitos contra las personas en el proyecto de código penal de 1992, en delitos contra las personas y contra el patrimonio en la Ley Orgánica 4/1995, y sin restricciones de aplicabilidad en la Ley Orgánica 10/1995. Expansión del ámbito de aplicación que no fue unánimemente aplaudida; cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal - Tirant lo Blanch, 1998, p. 33.

⁵ Por cierto, sin aclarar en la Exposición de Motivos (que sí explicó las razones de la introducción de la atenuante de dilaciones indebidas en la misma norma) el porqué.

⁶ Esta vez la Exposición de Motivos dio cuenta de que detrás de la modificación estaba el Convenio de Estambul, de acuerdo con el cual el género, entendido «como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad

tercera, por efecto de la LO 8/2021, para incluir la ‘edad’, la ‘orientación o identidad de género’ junto a la sexual (sin quitar las razones de género), la ‘aporofobia o exclusión social’, y la precisión de que la agravante se aplicará ‘con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta’⁷; la cuarta, por obra de la LO 6/2022, para incluir los motivos ‘antitanos’⁸.

¿Estamos, como parece seguirse del tenor literal, ante «una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito» (STS de 4 de mayo de 2015⁹)? Esto es, ¿es el carácter abyecto, moralmente reprobable, del móvil interno del autor lo que se está reprochando con este incremento de pena? Si, a fin de cuentas, la función de la agravante

concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».

⁷ En esta ocasión la Exposición de Motivos se pronunciaba sólo sobre edad y aporofobia o exclusión social: «Se da una nueva regulación a los delitos de odio, comprendidos en los artículos 22.4, 314, 511, 512 y 515.4 del Código Penal. Para ello, la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada. Asimismo, dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». La explicación es marcadamente insuficiente, al menos respecto de dos aspectos conflictivos: la proyección de la edad hacia niños y adolescentes (cuando usualmente se ha reclamado atender a conductas de rechazo a la tercera edad), y la inclusión de una categoría tan difusa como la ‘exclusión social’ (cfr. M. Bustos Rubio, *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22, 4^a CP), Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020, pp. 29 ss.).

⁸ La Exposición de Motivos se limita a remitir a la disposición final de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022), que pretendía una modificación del Código penal y «[a]ll tratarse de una modificación de carácter orgánico, la Comisión de Igualdad acordó elevar a la Mesa de la Cámara la solicitud de desglose de dicha parte orgánica». La Ley 15/2022, en su versión promulgada, apunta en su exposición de motivos que la particular atención a ‘formas históricas de discriminación como el antitanismo’ —que no vuelve a citar en el texto articulado— había sido reclamada por el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y la ONU, señalando ‘la necesidad de defender a sus víctimas, tener datos concretos y fiables, conocer su alcance y dimensión, y sensibilizar a la sociedad y a las autoridades con datos oficiales e información sobre el mismo’; texto de la exposición de motivos que acompañaba desde su inicio una iniciativa legislativa que no preveía reforma del Código penal. La propuesta de modificación de la agravante llegó a la tramitación parlamentaria de la mano de una enmienda transaccional; en efecto, en el Congreso el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común había propuesto modificar el art. 22.4^a del CP para incluir, además de los motivos antitanos, la ‘afrofobia, negrofobia, islamofobia’; aprobándose la Ley con competencia legislativa plena por la Comisión de Igualdad, prosperó una enmienda transaccional ceñida al antitanismo, que por modificar el Código penal hubo de desglosarse y tramitarse como Ley Orgánica.

⁹ Roj STS 2446/2015, F.J. 19, siguiendo la STS de 23 de noviembre de 2006 (Roj STS 7935/2006).

es reprochar al autor que sea mala persona, que tenga malas ideas, ¿no estamos ante un Derecho penal de autor que sanciona pensamientos sin trascendencia para terceros? Y en todo caso ¿por qué es peor la discriminación que la mera arbitrariedad, y por qué las categorías de discriminación que suscitan una respuesta penal se someten a un elenco cerrado?

A mi juicio, una interpretación coherente de esta previsión viene de la mano de un análisis de la normativa antidiscriminatoria en su conjunto; lo que nos llevará, entiendo, a un fundamento legítimo para (la agravación de) el castigo, pero impondrá, al tiempo, limitaciones importantes a la interpretación de la agravante.

2.1. En busca del contexto: la normativa antidiscriminatoria en el CP español

Junto a los delitos incitación a la discriminación (que castigan la emisión de un mensaje discriminatorio¹⁰; la provocación discriminatoria) nuestro sistema ha recogido también supuestos en que delitos comunes resultan agravados al aparecer asociados a un discurso —motivación o razonamiento— discriminatorio (lo que puede hacerse a través de la previsión genérica de una ‘agravante de discriminación’¹¹ o incluyendo en determinados delitos previsiones agravatorias específicas que atiendan a contextos discriminatorios¹²), e incluso casos en que conductas generalmente atípicas alcanzan relevancia penal al presentarse asociadas en su origen —‘por razón de’— a la discriminación¹³ (sin que esta asociación sea de entidad y trascendencia tal que se convierta en una clara incitación a secundarla para terceros¹⁴).

¹⁰ Cfr. art. 510.1.a) CP.

¹¹ Art. 22.4^a del CP.

¹² De forma que la motivación discriminatoria da lugar a un castigo más grave de lo que sería penalmente castigado en todo caso; así acontece v.gr. entiendo, respecto de las modalidades de tortura del art. 174.1 CP que podrían castigarse por vía del art. 173.1 CP cuando no concurre razón discriminatoria. Distinto es sin embargo, a mi juicio, el supuesto en que se atiende no ya a la motivación del autor sino a la afectación objetiva de la conducta a determinado tipo de datos o sujetos (así en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.5 CP), porque en estos casos lo que importa no es el carácter discriminatorio intencional del acto sino su afectación objetiva a determinada información o a personas pertenecientes a un determinado colectivo.

¹³ Así sucede por ejemplo con la discriminación laboral prevista en el art. 314 del CP, o con la denegación discriminatoria de prestaciones de los artículos 511 y 512 del CP.

¹⁴ Si lo hiciera, nos moveríamos nuevamente en el ámbito del art. 510 del CP... aunque, si es totalmente inidónea para conseguir una cierta adhesión, su castigo sólo podría justificarse desde un reproche moral incompatible, entiendo, con los principios que han de regir el Derecho penal de un estado social y democrático de derecho.

Este abanico normativo es el resultado de una fusión, sin un claro programa político-criminal al respecto¹⁵, entre el modelo centroeuropeo y el norteamericano de normativa antidiscriminatoria¹⁶. Fusión que es ocasión de no pocos problemas: si la importación de preceptos que sólo desde unas precisas coordenadas históricas se explican y justifican corre graves riesgos de desnaturalizarlos, además la acumulación de preceptos originados en diferentes modelos político-criminales acaba no sólo por privar de criterios hermenéuticos sólidos al intérprete, sino incluso por inducir al legislador a cierta laxitud en la definición de las conductas incriminadas —atiéndase v.gr. a la redundante referencia expresa al antisemitismo en los arts. 22.4^a y 510, tachada con razón de innecesaria, impropia y carente de sentido; y que lejos de suprimirse se ve hoy acompañada de la expresa invocación del antigitanismo— originando una legislación penal vaga, difusa, tendencialmente omnicomprensiva... que alimenta la tensión con diversos principios constitucionales¹⁷, y a la que por otra parte se han asociado consecuencias nada desdeñables si atendemos a las sanciones previstas, generando con ello una ‘legislación simbólica, expresiva de un rechazo genérico a ciertas conductas, pero con escasa o nula capacidad para incidir en la realidad que se pretende teóricamente prevenir’¹⁸ que puede redundar en un ‘contra-efecto-simbólico’ (negativo) al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitaron¹⁹, y que además, en la medida en que esta panoplia normativa subraya la vinculación del ‘diferente’ con el ámbito de la criminalidad²⁰, atrae todavía más sobre el mismo la atención del sistema penal (que ya

¹⁵ La crítica relativa a la falta de coherencia político-criminal de este desarrollo —en la combinación de instituciones, y en la determinación del alcance de cada una de ellas— no es nueva y es persistente; por todos, califica de ‘errática política criminal’ la diferente configuración dada a la agravante de discriminación en pocos meses por las Leyes Orgánicas 4/1995 y 10/1995 M. Díaz y García Conledo (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007, p. 336. También de ‘errática’ ha sido calificada la aplicación jurisprudencial de esta normativa (ahora respecto del castigo el discurso del odio, A. Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 208).

¹⁶ Cfr. J. Guardiola García, «Surgimiento histórico y fundamento político-criminal del tratamiento penal de los fenómenos discriminatorios: una reflexión en torno a la protección de algunos bienes jurídicos en el Estado social y democrático de Derecho», en el colectivo *Derecho, Historia y Universidades: Estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. I, Valencia, Universitat de València, 2007 (pp. 745-753), pp. 748-750.

¹⁷ Por todos, V. Assiego Cruz et al., *Delitos de odio: guía práctica para la abogacía*, Madrid, Fundación Abogacía Española, 2018, pp. 14-15.

¹⁸ P. García Álvarez, *El Derecho penal y la discriminación: especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 361.

¹⁹ J.M. Landa Gorostiza, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, Comares, 2001, p. 252, quien habla de ‘una auténtica «palmada en la espalda» para los racistas y xenófobos en forma de impunidad’.

²⁰ Landa Gorostiza, *La política criminal...*, cit.

otros mecanismos propiciaron²¹), consolidando en el imaginario social su vinculación con la delincuencia.

En efecto, mientras el modelo europeo, desarrollado a raíz del resurgimiento de movimientos neofascistas o neonazis tras la segunda guerra mundial²², tiene como paradigma de la reacción penal antidiscriminatoria el delito de provocación xenófoba (la difusión de ideas xenófobas y la apología del genocidio en sus diferentes modalidades, pronto extendidas, ante la transformación de las propagandas explícitas en un revisionismo histórico pseudocientífico negacionista del holocausto, a la proscripción de la mera negación del genocidio), y encuentra proyección internacional, fundamentalmente, a través de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial firmada en Nueva York el 21 de diciembre de 1965; por su parte el segundo, el modelo estadounidense del *hate crime* o *bias crime*, surge no ya de la secular discriminación racial hacia las personas de raza negra sino de las políticas identitarias que a partir de mediados de los años 80 impulsarán —recurriendo para ello incluso al instrumento penal— la conciencia de identidad de grupo como elemento fundamental de la identidad social del sujeto²³, y se centra no en el castigo de la discriminación en sí misma considerada, sino en el incremento de pena —en ocasiones más que considerable, permitiendo incluso triplicarla— de delitos comunes cuando los preside una intención discriminatoria, procediendo al efecto bien a la creación de específicos títulos delictivos constituidos por la acumulación de hechos previstos como delito en cuanto tales junto a una finalidad discriminatoria, bien a la creación de circunstancias agravantes —de alcance más o menos amplio— que atienden a la discriminación, bien a la fijación de criterios de determinación de la pena que atiendan al carácter discriminatorio imprimido al delito en cuestión.

El modelo de fusión estaba ya presente en la redacción inicial del Código penal español (CP) de 1995, y se ha profundizado en él en sucesivas

²¹ Cfr. J.A. Brandariz García, C. Fernández Bessa, «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español», en S. Palidda, J.A. Brandariz García (dirs.) / A. Iglesias Skulj, J.A. Ramos Vázquez (coords.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Granada, Comares, 2010 (pp. 271-289), pp. 286-289.

²² E. Borja Jiménez, *Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999, pp. 237 ss.; J.M. Landa Gorostiza, «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*, n. XLIX-II, 1996 (pp. 529-589); J.M. Landa Gorostiza, «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22-19, 2020 (pp. 1-34), pp. 57 ss.

²³ Cfr. muy críticos J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1998. Con interesantes matices V. Jenness, «Contours of hate crime politics and law in the United States», en P. Iganski (ed.), *The hate debate: should hate be punished as a crime?*, London, Profile Books, 2002.

reformas²⁴; debiendo señalarse, por demás, que el legislador español no está solo en este empeño: desde su Séptima Recomendación de Política General, en 2002, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI) sostiene que: ‘La Ley debería prever que todos los delitos no especificados en los párrafos 18 y 19 [genocidio y delitos de racismo o discriminación] la motivación discriminatoria constituya una circunstancia agravante’²⁵; y la Decisión Marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal²⁶ prevé en su artículo 4 que en delitos distintos de los que los arts. 1 y 2 definen como de carácter racista y xenófobo ‘los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones’.

Sea como fuere, en definitiva, nos encontramos, por una parte, con previsiones penales relativas a situaciones en que el autor del hecho emite un mensaje de significación inequívoca (fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia)²⁷ o desarrolla conductas relacionadas con materiales idóneos para ello —el llamado ‘discurso del odio’, denominación que se impone en la prá-

²⁴ En efecto, la introducción en nuestra legislación penal de previsiones específicamente referidas a fenómenos discriminatorios se inició con reformas en los años 70 y se impulsó más decididamente con la Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983 —L.O. 8/1983, de 25 de junio—; la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, introdujo pocos meses antes de la aprobación del nuevo texto punitivo en el precedente los delitos de apología del genocidio y provocación a la discriminación, y junto a ellos una agravante genérica por cometer ‘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’. El Código de 1995 recogió y amplió notablemente estos precedentes; y sus ulteriores reformas han abundado en esta línea.

²⁵ ECRI *General Policy Recommendation nº 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination* (2002), Apartado IV (Derecho penal, nº 21). Y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal prevé en su artículo 4 que en delitos distintos de los que los arts. 1 y 2 definen como de carácter racista y xenófobo ‘los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones’.

²⁶ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008.

²⁷ Con todos los matices que la inclusión de fomentos, promociones o incitaciones indirectas, asociada a una descripción que refiere a términos tan difusos como ‘odio’ y ‘hostilidad’, obliga a sentar respecto del carácter inequívoco de la significación discriminatoria. La deficiente técnica jurídica empleada y la ausencia de nexos entre la conducta tipificada y el objeto de tutela, como señala Gascón Cuenca, *El discurso...*, cit., pp. 208-209, están detrás de la deriva de la jurisprudencia española hacia la tradición norteamericana que prioriza la libertad de expresión sobre la represión del ‘discurso del odio’; y, añado yo, del rechazo de un importante sector doctrinal hacia estas previsiones.

tica pese a su profunda imprecisión, desde la perspectiva psicológica²⁸ y desde las implicaciones jurídicas de su uso, y cuyas fricciones con la libertad de expresión son notorias y han sido abordadas en abundante bibliografía; de esta cuestión, sin embargo, no voy a ocuparme en esta contribución—; y, además, por otra parte, con previsiones relativas a situaciones no necesaria o inequívocamente vinculadas a la discriminación, cuya sanción se cualifica (construyendo un delito específico, o aplicando una circunstancia agravante) por la presencia de motivos o razones discriminatorias en la actuación protagonizada por el autor.

2.1.1. Lo objetivo y lo subjetivo en la normativa antidiscriminatoria

Pues bien, si en los casos de ‘discursos de odio’ el objeto de prueba es sin duda el discurso, el mensaje de contenido objetivamente discriminatorio e idóneo, además, para atraer a terceros a la doctrina que incorpora²⁹, y por tanto la acreditación de la tipicidad exige la demostración de que el discurso es *objetivamente* discriminatorio; por el contrario en los supuestos de delitos agravados por la motivación discriminatoria o de conductas generalmente atípicas cuya tipicidad viene determinada por la concurrencia de un trasfondo discriminatorio la conducta objetivamente descrita (v.gr. matar a otro, lesionar, injuriar o denegar prestaciones en servicios públicos o actividades profesionales o empresariales) no incorpora elementos objetivos de discriminación, y la discriminación se busca en un elemento *subjetivo*, el móvil del autor: motivos o razones discriminatorios. ¿Hasta qué punto remite esta construcción de la tipicidad al fuero interno del autor? ¿Cómo debe probarse esa motivación o razón discriminatoria que va a determinar la tipicidad de una conducta en otro caso atípica o la agravación de la sanción de una conducta que, de no concurrir estos motivos o razones, merecería menor sanción?

Planteo esta cuestión porque, a mi juicio, una cierta (y cuestionable) inteligencia de lo que significa *subjetivo* laстра este debate en dos sentidos inaceptables: por una parte, remite la cuestión a la averiguación

²⁸ Cfr. a este respecto M. Sánchez Vilanova, «El delito de incitación al odio, consideraciones desde la neurociencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n.º 27, 2022 (pp. 133-163).

²⁹ Ciertamente el art. 510.4 del Código penal construye una modalidad agravada para los casos en que ‘los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo’, lo que impide, *de lege lata*, incorporar esta exigencia en la interpretación de los apartados primero y segundo del precepto (no voy a detenerme aquí a valorar la oportunidad político-criminal de esta opción); pero la idoneidad para alterar la paz pública o la creación de graves sentimientos de inseguridad o temor no agotan el juicio de idoneidad y trascendencia de un discurso discriminatorio... una interpretación que acabara otorgando relevancia penal a una provocación totalmente inidónea sería, a mi juicio, inaceptable y claramente inconstitucional.

introspectiva de lo que acontece en lo más recóndito de la conciencia del autor; por otra parte y en paradójica conexión con esta forma de entender la cuestión (que remitiendo a algo tan interno que es indemostrable acaba por inferirlo de evidencias externas desconectadas del hecho enjuiciado, investigando la vida y milagros de su autor para buscar ese ‘sentido íntimo’ que no puede, en rigor, conocerse), tiende a asumir que la respuesta última responde a la trayectoria vital de quien realiza el hecho, haciendo inferencias desconectadas de este último que a mi juicio aterrizzan claramente en un derecho penal de autor.

Se comienza pues por buscar en la intimidad profunda del interior del sujeto esa motivación discriminatoria —convirtiéndola así en indemostrable—; y se concluye por atribuir sentido a lo que realiza ese sujeto en atención no ya a lo que hace sino a quién es —confiriendo un sentido distinto a acciones idénticas en función de quién las realiza, y pasando así v.gr. de castigar actos de discriminación racial a castigar los actos de un racista—. Intentaré, en las líneas que siguen, argumentar por qué se trata de soluciones inaceptables.

2.2. *Motivos discriminatorios*

Tanto en los supuestos en que se aplica la agravante de discriminación, como en aquellos en que se prevén cláusulas agravatorias específicas que atienden a contextos discriminatorios, como en los supuestos en que conductas generalmente atípicas alcanzan relevancia penal al presentarse asociadas en su origen —‘por razón de’— a la discriminación, se está vinculando una específica respuesta penal a la asociación de un hecho que, en principio, nada tiene que ver con la discriminación, con motivos discriminatorios o razones discriminatorias³⁰. Nos encontramos, así, ante el máximo común denominador de las figuras que componen el abanico de respuesta penal a la discriminación; y con ello, con un elemento de singular importancia para comprenderlo desde un punto de vista sistemáticamente coherente...

³⁰ Importa apuntar que en los delitos de provocación discriminatoria del art. 510 se atiende también tanto a razones como a motivos (*‘por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad’*), la diferencia es que en estos el componente discriminatorio se enlaza a un mensaje inequívoco que forma parte de la conducta típica, de forma que no sería planteable reconocer el hecho-base objetivo del tipo sin tenerlo en cuenta. Por su parte, el delito de asociación ilícita discriminatoria del art. 515.4^a sólo alude a razones: *‘por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.’*

Y, sin embargo, en algunos casos se está atendiendo a ‘motivos discriminatorios’ y en otros a ‘razones basadas en discriminación’.

Como se ha apuntado ya más arriba, atiende a motivos la agravante de discriminación (la agravante acude primero a tres categorías de motivaciones —desde su conformación inicial, racismo y antisemitismo³¹; a los que ha venido a sumarse el antigitanismo³²—, y después a ‘otra clase de discriminación’ que va refiriendo a diferentes características de la víctima —sólo los añadidos relativos a ‘razones de género, de aporofobia o de exclusión social’ no se predicen expresamente de la víctima—, por cierto con reiteraciones —la raza y el género aparecen dos veces en el precepto—).

Sin embargo, el delito de tortura del art. 174 del CP persigue a quien actúa ‘por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación’; el delito de discriminación laboral del art. 314 del CP persigue a quien discrimina a alguna persona ‘por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca

³¹ Referencia esta segunda innecesaria y fuertemente criticada en la doctrina: vid. tempranamente P. Laurenzo Copello, «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XIX, 1996 (pp. 219-288), pp. 248-249; y M.L. Cuerda Arnau, «Art. 22.4^a», en T. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995: v. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (pp. 238-247), p. 242; de las contribuciones posteriores, por todos M. Alonso Álamo, «La circunstancia agravante de discriminación», en J.L. Díez Ripollés et al., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002 (pp. 533-542), pp. 534-535; A. Beristain Ipiña, «Artículo 22.4», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, Edersa, 1999 (pp. 965-997), p. 978; J. Bernal del Castillo, *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p. 34; Borja Jiménez, *Violencia y criminalidad...*, cit., pp. 263-264; J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español: Parte General III: Teoría Jurídica del Delito / 2*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 161; García Álvarez, *El Derecho penal...*, cit., pp. 291-294; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento...*, cit., pp. 16 y 32; Landa Gorostiza, *La política criminal...*, cit., p. 127. Por otra parte, puede discutirse si los motivos ‘racistas, antisemitas’ deben necesariamente entenderse como una forma de discriminación o como una categoría distinta; aunque ciertamente el tenor permitiría distinguir ambos bloques, parece razonable entender que en realidad se apuntan motivaciones diversas (y por eso se habla de ‘otra[s] clase[s]’ de discriminación (a semejantes conclusiones llega, a partir de un razonamiento distinto, Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., pp. 535-537), lo que sin embargo no significa que no pueda distinguirse a algunos efectos entre las primeras y las siguientes, como señalaré más adelante.

³² Como ya sucedió con el antisemitismo, la inclusión del antigitanismo más que una ampliación del ámbito de lo punible es una llamada de atención específica sobre la discriminación de este colectivo, que responde fundamentalmente al interés de visibilizarla; las críticas de que se da cuenta en la nota precedente —como también las consideraciones sobre si se trata de una forma de discriminación o de una categoría distinta—son pues trasladables a esta ampliación de la descripción de la agravante, que por demás probablemente provocará que otros colectivos discriminados exijan también una tutela expresa y particularizada.

o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español'; y los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones de los arts. 511.1, 511.2 y 512 se refieren, con ligeras variantes, a quienes actúan contra una persona o asociación 'por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad'.

¿Existe alguna diferencia entre atender a los motivos o a las razones de la discriminación? En uno u otro caso, se está preguntando qué 'mueve' al autor a cometer el delito; poner el acento en el elemento intelectual (direccional) o en el energético (impulsivo)³³ no permite a mi juicio sentar una distinción clara³⁴; de una u otra forma, nos estamos preguntando el porqué de la conducta llevada a cabo³⁵.

2.2.1. Motivos, fines y razones

Ciertamente, preguntarnos por los motivos y preguntarnos por los fines son dos cuestiones conexas³⁶. El motivo implica una mirada al pasado, al origen, propia del discurso causal (*un porqué*); el fin una mirada al futuro, teleológica, una proyección final (*un para qué*). Pero es cierto que con mucha frecuencia es posible (y en ocasiones sencillo) dar la

³³ Sobre la importancia de ambos extremos, y con abundantes referencias, J.L. Díez Ripollés, «La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1979-I, 1979 (pp. 93-139), pp. 94ss.

³⁴ Ciertamente no pocas distinciones en esta materia 'contribuyen a aumentar la confusión en un tema de por sí confuso' (Cuerda Arnaud, «Art. 22.4^a», cit., p. 241); en efecto, a veces parece que se genera una suerte de acordeón dogmático, que tan pronto asocia elementos para darles una respuesta unitaria ('motivos, móviles, fines, tendencias' en Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., p. 539) como insiste luego en diferenciar con precisión lo que, probablemente, son sólo distintas formas de referirse a expresiones de un mismo fenómeno —distingue entre motivo y móvil en función de predominancia del elemento intelectual o el impulsivo Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., p. 540, remitiendo a M. Alonso Álamo, *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1982, pp. 702ss.; pero si 'no hay comportamientos estancos' (Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., p. 541) no alcanzo a comprender cómo pueden definirse con precisión los conceptos a los que corresponderían estos 'comportamientos'; ¿cómo medir con precisión la predominancia de un elemento u otro para definir con ésta un cambio de categoría? —.

³⁵ Radicalmente distintos, a mi juicio, son los supuestos en que la norma atiende a la vulnerabilidad 'por razón de' (v.gr. 172ter.1p2 CP) o a la afectación objetiva de la conducta a determinado tipo de datos o sujetos (v.gr. 197.5 CP). Aquí no se pregunta qué mueve al autor, sino si la conducta ha afectado objetivamente al colectivo en cuestión.

³⁶ Díez Ripollés, «La atenuante...», cit., p. 97.

vuelta a la cuestión: ¿qué diferencia hay entre actuar por razones discriminatorias y actuar para provocar una discriminación? ¿hay alguna diferencia entre actuar por ánimo de lucro y actuar para lucrarse³⁷? En la medida en que la motivación impulsa la acción, es susceptible de una lectura teleológica; y si queremos cifrar la diferencia en la objetividad del fin o en la carga afectiva del motivo tendremos que decidir en qué punto de carga afectiva se pasa de uno a otra... no pretendo negar que pueda distinguirse entre motivos y fines; pero es, en todo caso, una distinción relativa, porque acaba por depender de un punto temporal que tomamos (arbitrariamente³⁸) como referencia, convirtiendo lo anterior en causal y lo posterior el teleológico, y/o del umbral (arbitrario) de carga afectiva en que marquemos el cambio de categoría³⁹. En cualquier caso, y sin que ello prejuzgue la determinación de la sede sistemática en que estos elementos tengan influencia⁴⁰, parece claro que la referen-

³⁷ Asiste la razón a J.M. Peralta, *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 32-33, en que un mismo objetivo —ganar dinero— puede responder a diferentes motivos —salir de la pobreza o satisfacer la codicia—; y podríamos añadir que un mismo motivo —v.gr. racismo o xenofobia— puede orientar a distintos fines —humillar, lesionar, empobrecer...—. Así planteada, la cuestión tiene un desarrollo potencialmente infinito; pero creo que es un desarrollo desenfocado: cuando un motivo o una finalidad alcanzan relevancia típica, lo hacen en los términos en los que los define la ley penal —en cuanto momentos típicos de acción—, y es este extremo —y no otras consideraciones extrapenales— lo que alcanza relevancia normativa. Salir de la pobreza y satisfacer la codicia son motivaciones económicas —diferentes, si se quiere; pero también hay distintos umbrales de pobreza y distintos niveles de codicia...— que encajan en lo que nuestro texto penal denomina ‘ánimo de lucro’... y querer ganar dinero es tener la finalidad de lucrarse. Los motivos o fines que aquí nos interesan son los legalmente definidos como merecedores de atención penal, y no otras configuraciones interpretativas —por más que puedan tener relevancia social a otros efectos—; y deben leerse en la acción, no buscarse en un inasequible interior del autor (si se quiere entender que ahí residen los ‘motivos reales del autor’ lógicamente habrá que concluir que no tienen relevancia penal —así Peralta, *Motivos reprochables...*, cit., pp. 261 y 312—).

³⁸ No creo que el mero hecho de fijar ese punto temporal en la consumación del delito garantice que todo elemento psíquico que no vaya más allá corresponda a la culpabilidad y todo elemento con proyección futura al injusto, como pretenden algunas propuestas doctrinales.

³⁹ Como señala L. Picotti, *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 532) —quien sin embargo imputa todos los motivos a culpabilidad y los fines al injusto—, la diferencia es sólo de técnica legislativa, no de naturaleza psicológica. Cfr. más extensamente y con referencias bibliográficas J. Guardiola García, «Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 6, 2001 (pp. 39-101), pp. 75-76.

⁴⁰ Como es usual en no pocas construcciones; v.gr. A. Gil Gil, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, 2000 (pp. 103-138), distingue dos categorías, ‘tendencias internas trascendentales que definen la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico [en los que (p.110) el elemento subjetivo indica el camino hacia la lesión del bien jurídico] y elementos subjetivos que por el contrario concretan la conducta punible, de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo’ (p.106),

cia a motivos atiende a elementos subjetivos que —al menos en cuanto adquiere relevancia legal⁴¹— agotan su contenido con la realización de la conducta objetivamente descrita en el tipo (no se proyectan más allá en una *intención trascendente*, sino que se concretan en una *tendencia intensificada*⁴²).

Que la redacción atienda a ‘motivos’ o a ‘razones’ puede estimarse una mera cuestión de estilo, y aunque no es del todo indiferente⁴³, entiendo que en los preceptos arriba citados los ‘motivos’ y las ‘razones’ son dos formas de referirse a lo mismo.

2.2.2. El elenco de motivos discriminatorios

El elenco de motivos o razones discriminatorios formulado es amplio y varía de precepto en precepto. Esto último resulta cuando menos extraño; que la referencia a racismo, antisemitismo y antitanismo de los arts. 22.4 y 510 CP no aparezca en otros preceptos puede quizás salvarse en cuanto redundante con la pertenencia a etnia raza o nación (y digo quizás porque respecto de algunos altercados mesófobos puede que el alcance no sea el mismo); pero cuesta entender por qué la edad y la

entendiendo que estos últimos identifican formas más o menos graves de afectar al bien jurídico (p.111), aunque excepcionalmente pueden determinar la concurrencia o no de su lesión (n. 21 en p. 111). Comparto plenamente la distinción entre aquellos elementos subjetivos que se proyectan sobre la misma conducta objetiva del tipo y los que por el contrario atienden a un *aliud* que va más allá del hecho cuya tipicidad se declara; sin embargo, no estoy seguro de poder asignar a cada categoría estructural una función definida —de hecho, la misma autora afirma que excepcionalmente los elementos a los que asignaba una (mera) función de selección resultan constitutivos del injusto—.

⁴¹ La tipicidad es, a mi juicio, la única forma de frenar el ‘retroceso sucesivo’ que apunta Díez Ripollés, «La atenuante...», cit., pp. 99-101, que va conectando unos motivos con otros y desemboca en la personalidad del autor. Si llegamos a esta última, nos movemos en el Derecho penal de autor (J. Dopico Gómez-Aller, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LVII, 2004 (pp. 143-176), p. 152).

⁴² Valga aquí con remitir a Guardiola García, «Especiales elementos subjetivos...», cit.

⁴³ De hecho el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento...*, cit., p. 33, proponía sustituir en el art. 22.4 la referencia a motivos por un ‘por razón de’, alegando que ‘la actual redacción propicia una interpretación puramente subjetiva de la agravante’ y pretendiendo que la propuesta ‘vincula el *hecho* delictivo con ciertas características de la víctima, favoreciendo así una interpretación objetiva’. Atiéndase a que se hablaba de propiciar o favorecer, no de determinar una u otra interpretación. Por otra parte Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., pp. 535 y 537, apuntaba que de la redacción de la agravante de discriminación, en cuanto contrapone ‘motivos’ y ‘otra clase de discriminación’ (frente al antecedente de la Ley Orgánica 4/1995, que atendía a ‘otros motivos’), ‘pudiera derivarse una tendencia a la objetivización de la circunstancia’, sugiriendo inmediatamente una corrección de la interpretación literal —que entendía reforzada por la ‘doble referencia a la raza’— a partir de una interpretación ‘teleologicovalorativa’ que la lleva a insistir en los motivos (p. 538).

aporofobia o exclusión social no se han incluido en el listado del art. 510 CP, ni el origen nacional y la situación familiar en el del 22.4 CP; el ámbito específico del delito del art. 314 CP puede quizá explicar la inclusión de algunas categorías específicas (representación legal o sindical de trabajadores o parentesco con otros trabajadores) pero llama la atención que este sea el único delito en que se atienda al uso de lenguas oficiales como criterio de discriminación... y para colmo la cláusula antidiscriminatoria es abierta en el art. 174 del Código penal, sin orientar sobre las categorías a las que debe referirse esta discriminación; cierto que también lo es en el art. 14 de la Constitución Española, así como en la reciente Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación⁴⁴, pero —obvio es decirlo— estas no se sujetan a exigencias de taxatividad penal, a las que debería atenerse el Código penal. A diferencia del delito de genocidio del art. 607 CP, el de lesa humanidad del 607bis plantea también un listado abierto (*'u otros motivos'*) pero lo acota inmediatamente por remisión: *'universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional'*; el art. 174, sin embargo, nos deja huérfanos de criterio interpretativo sólido, lo que me parece ciertamente preocupante.

Por su parte, la agravante del art. 22.4 ciñe la discriminación relevante a una serie de materias; pero, más allá de la enorme potencialidad expansiva de alguno de los términos con los que acota el ámbito de relevancia ('ideología' y 'creencias', desde su inicial redacción; 'razones de género' y 'exclusión social', incorporadas más recientemente), debe tenerse en cuenta que la práctica ha pretendido extenderla más allá de su tenor literal⁴⁵; con razón ha afirmado Landa Gorostiza⁴⁶ que la agravante no tiene apenas límites ni en los colectivos protegidos ni en los delitos base sobre los que puede proyectarse.

En cualquier caso, ¿significa la remisión a los motivos o razones del autor que es la intención subjetiva del sujeto activo la que determina si estamos en presencia o no de un delito discriminatorio? Así parece entenderlo la Fiscalía cuando afirma que la del 22.4 es *'una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de carácter y naturaleza fundamentalmente subjetiva, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio'*

⁴⁴ En efecto, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 define el ámbito subjetivo de aplicación con un prolífico listado de prohibiciones de discriminación que remata con la referencia a 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social'.

⁴⁵ V.gr. respecto de la aporofobia antes de su reciente inclusión expresa, véase el caso resuelto en la STS de 9 de noviembre de 2006 (Roj STS 7728/2006) en que el Magistrado-Presidente del Jurado y un Magistrado del TSJ en apelación abogaron por su aplicación; por no hablar de la cuestión de su aplicación en tutela de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la que no puedo detenerme aquí —vid. J. Correcher Mira, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, n. 2, 2021 (pp. 87-149), pp. 135-137—.

⁴⁶ J.M. Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 118.

*interno del autor*⁴⁷; y la jurisprudencia, por su parte, también ha tendido a entender que estábamos ante una agravación *subjetiva* centrada en la ‘reprochabilidad del móvil’⁴⁸. Sin embargo, que la circunstancia atienda a elementos subjetivos no equivale a decir que remite al subconsciente del autor, ni que cualquier categorización de la víctima que esté detrás de la motivación delictiva permite construir un delito discriminatorio.

Existen buenas razones —históricas, prácticas, y sobre todo materiales, vinculadas al fundamento de la normativa antidiscriminatoria y a los principios básicos de un Derecho penal que sea realmente tal— para concluir que no es así: sólo la adscripción de la víctima a una categoría susceptible de originar una fractura social justifica la aplicación de la normativa antidiscriminatoria⁴⁹, y además esta adscripción ha de resultar de actos concluyentes (de la emisión de un mensaje a la sociedad) y no de procesos mentales internos del sujeto agente (de pensamientos). Intentaré en estas líneas dar razón del porqué de estas dos conclusiones, y extraer de ellas algunas consecuencias que obligan a revisar críticamente algunas prácticas de investigación y prueba, así como criterios de expansión del ámbito de lo punible en los delitos antidiscriminatorios, que —por más que en ocasiones puedan impulsarse con buenas intenciones— implican graves riesgos para un Estado de Derecho y concultan principios básicos del sistema penal (derecho penal de autor, derecho penal del enemigo, castigo penal de la ideología o creencias, vaciamiento del principio de legalidad penal)⁵⁰. La normativa antidiscriminatoria

⁴⁷ Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*, B.O.E. de 24 de mayo de 2019; por cierto apoyando esta afirmación en una cita de la STS de 23 de noviembre de 2006 (Roj STS 7935/2006), que la Sentencia (que efectivamente se ocupa en otro lugar de la agravante de discriminación) refería al *animus necandi* del delito de homicidio y no al motivo discriminatorio.

⁴⁸ Vid. Landa Gorostiza, *Los delitos...*, cit., pp.128-135.

⁴⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Savva Terentyev c. Rusia, de 4 de febrero de 2019, par. 76) atiende a «un grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se encuentre a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada». Sin embargo, la referencia a vulnerabilidad ‘por cualquier otra razón’ sienta un criterio potencialmente abierto...

⁵⁰ De acuerdo en que en cierto sentido la normativa antidiscriminatoria ‘no adolece de mayores defectos que cualquier otra del Derecho penal común’ (E. Borja Jiménez, «Presupuestos político-criminales del nacimiento de la legislación penal contra el racismo y la xenofobia en Europa», en J. García Añón, M. Sanz Ruiz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (pp. 197-216), p. 216); pero implica un potencial conflicto de derechos fundamentales y es grave el peligro de conculcar principios básicos de un sistema penal democrático, en el contexto además de la tensión entre estándares internacionales no siempre homogéneos cfr. por todos R. Alcácer Guirao, *La libertad del odio: discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, Marcial Pons, 2020; M.L. Cuerda Arnau, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, n. 8, 2007 (pp. 1-43); J. Correcher Mira, «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría y Derecho*,

no es, por definición, tutela para cualquier vulnerabilidad o indefensión (para lo que existen otros instrumentos penales⁵¹); y no debe convertirse en sanción penal toda constatación de actitudes moralmente reprobables. Olvidar estos límites abre puertas a grandes peligros.

3. ¿Cómo se prueba la motivación discriminatoria?

El Derecho penal del Estado de Derecho suele prestar poca atención a los ‘motivos’⁵²; generalmente, es suficiente con atender al dolo (al compromiso del autor con su acción), y finalidades y móviles quedan fuera del ámbito de la relevancia penal. Es el hecho, la conducta trascendente para terceros, lo que nos interesa.

En ocasiones, sin embargo, la plena atribución de sentido al hecho requiere atender a si se imprime en él un sentido intensificado (atribuyendo un impulso causal, una dotación de contenido significativo especial) o si se impulsa una intención trascendente (una finalidad, una orientación que va más allá del hecho realizado), y aparecen los especiales elementos subjetivos del tipo. ¿Nos traslada esto al ámbito de la verificación de lo que acontece en lo profundo de la mente del autor, sacándonos de la verificación de la conducta externa? Entiendo que no, y que esta misma respuesta ha de darse a si la discriminación recogida en la agravante del art. 22.4^a del CP busca en lo recóndito del pensamiento del autor o está requiriendo algo de naturaleza muy distinta.

n. 28, 2020 (pp. 166-191); Correcher Mira, «La banalización...», cit.; A. Galán Muñoz, «Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n. 46, 2020 (pp. 41-66); A. Galán Muñoz, «¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio», en J. León Alapont (dir.), *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021 (pp. 297-330); Gascón Cuenca, *El discurso...*, cit.; Landa Gorostiza, *La política criminal...*, cit.; Landa Gorostiza, *Los delitos...*, cit.; Landa Gorostiza, «Delitos de odio...», cit.

⁵¹ De hecho, cuando se pone el acento en la vulnerabilidad individual, aunque sea en referencia a categorías empleadas para discriminar (v.gr. art. 172ter.1p2 del CP: ‘Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación’) salimos, a mi juicio, de la normativa antidiscriminatoria y entramos en la tutela de la vulnerabilidad individual; aquella atiende, no a la vulnerabilidad del sujeto —que no tiene por qué darse: desde luego ni en la discriminación por error, ni en la discriminación por asociación; pero tampoco en los casos en que la víctima efectivamente pertenece a un colectivo que es objeto de discriminación, porque se atiende a la adscripción al colectivo, no a la situación personal de quien sufre el delito—, sino a la vinculación de la acción al discurso discriminatorio.

⁵² Y en consecuencia lo propio hace la doctrina penal; como dice Peralta, *Motivos reprochables...*, cit., p. 26, '[e]n comparación con otros problemas del Derecho penal, sobre esto no se ha escrito prácticamente nada'.

3.1. Criterios externos para elementos internos

En efecto, cuando se requieren especiales elementos subjetivos, la tipicidad implica que en la acción pueda leerse dicho elemento que integra el tipo; lo que exige un juicio normativo de reconocimiento y subsunción⁵³. Lo que importa, pues, no es lo que acontezca ‘dentro’ del autor, sino el sentido que éste imprime a su acción (que necesariamente habrá de leerse de manifestaciones externas que incorpora ésta⁵⁴); las perspectivas psicológicas podrán explicar más o menos satisfactoriamente el significado para el mismo sujeto de aquello que realiza, o la génesis de su actuación, pero la relevancia típica no depende de estos extremos, sino de la subsunción en el precepto; los elementos subjetivos son ‘momentos de acción’, componentes de sentido exteriorizado⁵⁵.

La construcción de la motivación discriminatoria como un elemento *interno* inasequible al conocimiento directo de terceros participa de la concepción cartesiana de la mente⁵⁶, de la idea del *fantasma* que rige la máquina corporal⁵⁷; pero esta concepción nos obliga a admitir que el sentido de la acción depende, en última instancia, de algo que nadie puede saber y sólo el autor puede declarar; y con ello, a reemplazar la prueba por la introspección... convirtiendo el diván del terapeuta en el medio idóneo para dilucidar la tipicidad del hecho⁵⁸, y admitiendo que la acción tiene el sentido que su protagonista quiera atribuirle. Y este modelo implica una doble perversión: acabamos castigando el pensamiento (porque si partimos de que la motivación es un estado mental sin proyección externa, y hacemos depender el castigo de la motivación, estamos castigando un proceso interno, sin trascendencia directa para terceros e

⁵³ Sobre estas cuestiones, extensamente, Guardiola García, «Especiales elementos subjetivos...», cit.

⁵⁴ Como con todo acierto plantea la STS de 19 de mayo de 2020 (Roj 2489/2020; F.J. 5), «en cuanto que la motivación es un elemento subjetivo que permanece en la esfera interior del sujeto, para su acreditación debe atenderse atendiendo [sic.] a los elementos exteriores circundante[s] a la realización del hecho».

⁵⁵ T.S. Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal: 2.ª edición: Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 263 ss. y 271.

⁵⁶ Vid. Vives Antón, *Fundamentos del Sistema...*, cit., pp. 163-165; en resumen, apunta Vives (p. 165), se concibe la mente como una sustancia espiritual, se asume que los estados mentales acaecen en un ámbito privado, se reconoce al sujeto la capacidad de conocer su propia mente por introspección y se admite que la mente puede dirigir los movimientos del cuerpo mediante el querer.

⁵⁷ Empleo la expresión con la que acuña Ryle su rotunda crítica a este modelo, afirmando que incurre en un error categorial que establece conjunciones ilegítimas (vid. Vives Antón, *Fundamentos del Sistema...*, cit., pp. 166-169).

⁵⁸ Como advierte F. Muñoz Conde, «La difícil ‘objetivación’ de los elementos subjetivos», en A. Jareño Leal et al. (coords.), *Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*, Madrid, Iustel, 2021 (pp. 363-396), p. 374, '[u]n Tribunal de Justicia no puede ser un confesionario o el diván de un psicoanalista, intentando descubrir lo más profundo de las motivaciones, pensamientos e ideas del acusado'.

inasequible a demostraciones que excedan de la confesión del autor); y además negamos trascendencia al sentido que para terceros haya tenido el acto (porque sólo importa lo que suceda *dentro* del autor, o al menos esto es condición de la relevancia de sus actos para terceros).

Creo que lo primero es difícilmente discutible, en cuanto conceptualmente inherente al modelo (tan difícilmente discutible desde la lógica interna del planteamiento, como inaceptable desde la perspectiva de los principios constitucionales del derecho penal de un estado democrático que recurre al instrumento penal para armonizar libertades y renuncia —no sólo por imposibilidad práctica, sino porque aunque fuera posible es precisamente esto lo que dicho estado constitucional democrático pretende evitar— a castigar pensamientos e imponer ideas); quizás lo segundo exija alguna explicación adicional. Supongamos que un sujeto no siente animadversión hacia un colectivo, pero tiene interés en las consecuencias que se producirán por una agresión discriminatoria contra éste (v.gr. porque podría después achacar lo acontecido al discurso previo de un adversario suyo, o porque este hecho distraería la atención de otro que desea que pierda interés público, o provocaría un cambio en las actitudes políticas, hábitos sociales o económicos o de consumo de la audiencia que le favorece⁵⁹, o porque un acontecimiento de esta naturaleza legitimaría una intervención —de él mismo, o de terceros— en la que está interesado, etc.)⁶⁰, y agrede a un miembro de dicho colectivo en condiciones que hacen entender a quienes lo presencian que se trata de una agresión discriminatoria, dándose luego a la fuga con la esperanza de no ser reconocido. Pues bien, si la esencia de la discriminación es un elemento íntimo, interno; esto es, si la discriminación es subjetiva en cuanto sólo existe si el sujeto en su conciencia desea discriminar, entonces habría que aceptar que el caso del ejemplo no constituye un supuesto de discriminación... aunque para todos los que conocen del hecho el sentido discriminatorio resulte claro. Por tanto, que el hecho haya sido percibido como discriminatorio, que se haya emitido un mensaje que refuerza el discurso de la discriminación, y eventualmente que quien lo haya sufrido haya vivido el acontecimiento como una agresión discriminatoria, sería irrelevante si el pensamiento de quien protagoniza el suceso no viene caracterizado por el deseo de discriminar; y ello, aunque esta persona al actuar haya sido consciente de que lanzaba un mensaje discriminatorio, e incluso de que haya deseado hacer creer que actuaba por discriminación. Lo que implica negar relevancia al sentido que para terceros ha tenido una acción, atendiendo exclusivamente al fuero inter-

⁵⁹ Valga aquí traer el ejemplo propuesto por Dopico Gómez-Aller, «Delitos cometidos por...», cit., p. 148, de quien atemoriza a extranjeros para provocar que cambien de barrio y ello revalorice el precio de los pisos que posee en esa zona.

⁶⁰ O sencillamente en el caso de quien actúa por encargo, remunerado o no, de quien sí tiene esta motivación (Dopico Gómez-Aller, «Delitos cometidos por...», cit., p. 148).

no de quien la protagoniza; y por tanto nuevamente negar o imponer el castigo penal en función del pensamiento.

A mi juicio, una construcción de este corte no puede ser aceptada: si alguien que actúa libremente sabe que lo que está haciendo será entendido por todos como un acto de discriminación, y actúa precisamente para conseguir que así sea, no puede pretender que no estaba discriminando porque *en su interior* no quería discriminar.

No se trata, pues, de realizar una introspección en el sujeto para comprender el sentido íntimo de lo que hace (si así fuera, habría que reemplazar la Sala de Justicia por el diván del terapeuta), ni de explorar sus emociones; sino de analizar el hecho para verificar si podemos identificar o no en él una determinada atribución de sentido socialmente identificable⁶¹. Y, entendido en tales términos, este elemento puede describirse en términos de impulso de la acción (motivo) o de elementos argumentativos (razones) de la misma, sin que este juego de palabras represente una diferencia de fondo.

Los *motivos* discriminatorios, o las *razones* basadas en discriminación, pues, son dos formas de requerir lo mismo: que en la acción del sujeto se imprima un *sentido* discriminatorio⁶².

El elemento subjetivo especial se presenta así como momento de acción (como actuar dotado de sentido) sobre el que se proyecta el dolo⁶³.

⁶¹ En palabras de Muñoz Conde, «La difícil ‘objetivación’...», cit., p. 396, ‘la determinación de los elementos subjetivos’ es algo que ‘solo cabe extraer de indicadores externos a la propia subjetividad del acusado’.

⁶² Esta necesidad de leer en la acción el elemento subjetivo no niega el carácter subjetivo del mismo; no puedo compartir el empeño de algunas resoluciones por negar el carácter de elemento subjetivo a las ‘razones de género’ (SSTS de STS de 26 de febrero de 2019 y 13 de enero de 2022; Roj STS 591/2019 y STS 14/2022), trasladando criterios interpretativos del art. 153 al 22.4^a; cuando muchas otras precisamente insisten en el carácter subjetivo de la agravante para afirmar su compatibilidad con la de parentesco (por todas, SSTS de 8 de mayo de 2020 y 11 de febrero de 2021; Roj STS 934/2020 y STS 457/2021) (evidencia la contradicción la STS de 27 de enero de 2021 —Roj 458/2021; F.J. 4— cuando tras apuntar que ‘algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico’ apostilla que ‘[d]e todos modos, será necesario que el delito se cometa “por razones de género” [...] [d]e manera que esa es la vertiente subjetiva de la agravación.’). Es curioso, por demás, que se niegue que se trata de un elemento subjetivo al tiempo que se indaga en ‘las circunstancias que rodean los hechos’ la existencia de un ‘acto de subyugación machista’ que representa ‘un plus’ respecto de la tipicidad de la violación (STS de 14 de septiembre de 2020; Roj 2904/2020, F.J. 3.1).

⁶³ Vid. Dopico Gómez-Aller, «Delitos cometidos por...», cit., p. 170. Lo que no comparto es la idea que parece asumir C. Martínez-Buján Pérez, «Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción», *Teoría y Derecho*, 13, 2013 (pp. 233-279), pp. 257-258, de que el hecho de que sean abarcados por el dolo niegue todo carácter subjetivo a los ‘motivos’ en la agravante del art. 22.4^a, y no en otros supuestos de elementos subjetivos del Código penal; como el mismo autor señala, no es necesario —aunque en ocasiones sea posible y deseable— sustituir la técnica de tipificación para definir los elementos en clave objetiva, basta con plasmar el elemento

El f uero interno del sujeto es, desde esta perspectiva, irrelevante (v.gr. sujeto que no siente animadversión hacia un colectivo, pero tiene interés en las consecuencias que se producirán por una agresión discriminatoria).

3.2. Discriminación y arbitrariedad

Ahora bien, la discriminación no surge ni de la mera arbitrariedad ni de cualquier tipo de categorización; la discriminación es un trato desigual reglado y negativo, que profundiza en una fractura social avalada por una trayectoria sociohistórica de trato desfavorable hacia un colectivo⁶⁴.

Ni la mera arbitrariedad, ni la adscripción a categorías creadas por el propio autor o, aun existentes, no asociadas a fracturas reales del campo social (esto es, no generadoras de un riesgo real de generalización de su empleo como elemento discriminatorio), justifican el recurso a la normativa antidiscriminatoria. Si alguien me pega porque le caigo mal, porque me identifica como perteneciente a un colectivo de su invención (v.gr. sujetos de orejas alargadas) o incluso por características que pueden emplearse para categorizar de forma inteligible para terceros pero que no alcanzan en nuestro contexto social un uso discriminatorio (v.gr. tener los ojos de cierto color, estar medio calvo o usar gafas), no tiene sentido articular una respuesta cualificada a su agresión —que en cuanto tal, por supuesto, deberá ser perseguida— y pretender dotar de un sentido social adicional a lo que no lo tiene. Lo que desde luego no justifica la agresión arbitraria, ni minimiza su gravedad; pero no tiene sentido sobredimensionarla atribuyéndole una trascendencia de odio discriminatorio.

subjetivo en criterios externos (p. 238). En cualquier caso, la técnica de tipificación es una opción legal, que tiene consecuencias; de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Tribunal Constitucional exige audiencia del acusado para afirmar elementos subjetivos —Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2020, de 14 de enero de 2020, respecto de la agravante de discriminación por motivación ideológica—, y si esta audiencia no es viable en casación el Tribunal Supremo tiene vetada la posibilidad de aplicar la agravante cuando no se hizo en la instancia, salvo que la inaplicación respondiera a criterios jurídicos (v.gr. incompatibilidad por inherencia a una modalidad típica) afirmando sin embargo el tribunal de instancia la concurrencia de la base fáctica.

⁶⁴ Ni la tutela de ‘sujetos vulnerables’, ni la atención a la especial afectación de la dignidad de la víctima, ni la tutela del mismo grupo discriminado en cuanto tal me parecen criterios interpretativos adecuados para justificar la normativa penal antidiscriminatoria. Es esta una cuestión en la que no puedo detenerme en la presente contribución; valga con remitir a J. Guardiola García, «El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria», en J. García Añón, M. Sanz Ruiz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (pp. 217-228), pp. 219-225; cfr. Bernal del Castillo, *La discriminación...*, cit.; Borja Jiménez, *Violencia y criminalidad...*, cit.; García Álvarez, *El Derecho penal...*, cit.; Landa Gorostiza, *La política criminal...*, cit.; M. D. Machado Ruiz, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Y no es un proceso interno del autor lo que nos interesa; lo que sucede en la mente del agente no sólo es imposible de saber⁶⁵, es además irrelevante⁶⁶. En efecto, si es que un análisis introspectivo pudiera darnos certeza de lo que pasaba *dentro* del autor, ¿qué relevancia tendría, cuando no ha podido ‘saberse’ (=cuando no ha tenido trascendencia para terceros) hasta ese momento y de ese modo? ¿Cómo puede pretenderse un reproche penal —no ya una desvaloración moral desde un modelo de perfeccionamiento personal, que es harina de otro costal— y justificar una sanción desde semejante punto de partida? Lo relevante es el sentido que el sujeto imprime a su acción y por tanto transmite con ella.

3.3. Discriminación y error

La modificación operada por la Ley Orgánica 8/2021 en la agravante del art. 22.4, ha incluido la previsión de que su aplicación se producirá ‘con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta’.

Confirma así un criterio interpretativo que venía ya sosteniéndose, tanto por la Secretaría de Estado de Seguridad⁶⁷, que incluía en los supuestos de aplicación del art. 22.4 los casos de error sobre la cualidad de la víctima, como por la Fiscalía⁶⁸. Aunque sólo un sector minoritario de la doctrina defendía esta opción, desde planteamientos muy diversos (algunos desde una lectura ‘subjetiva’ de la agravante centrada en la reprochabilidad de los motivos como incremento de culpabilidad⁶⁹, otros

⁶⁵ No deja de resultar paradójica la insistencia en que estamos atendiendo al fueno interno para después explicar éste desde ‘la única explicación que el autor de un delito puede ofrecer de su comportamiento’ esto es, a partir del hecho exteriorizado; cfr. vgr. M. Pantaleón Díaz, «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *La Ley Penal*, 147, 1 de noviembre de 2020, de donde tomo el entrecamillado.

⁶⁶ En este sentido es de celebrar que el Tribunal Supremo exija en la agravante de discriminación «una exteriorización clara», en expresión del Auto de 21 de junio de 2012 (Roj ATS 7832/2012).

⁶⁷ Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, 2016.

⁶⁸ Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019...*, cit., que afirmaba la aplicabilidad de la agravante tanto en casos de discriminación por asociación como en casos de discriminación por error.

⁶⁹ Desde Cerezo Mir, *Curso...*, cit., p. 161 —citando a Beristain Ipiña, «Artículo 22.4», cit., p. 981, aunque debe señalarse que mientras Cerezo Mir se refiere a supuestos en que la víctima no posee ‘en realidad’ la cualidad, la contribución de Beristain Ipiña en la ubicación citada estudiaba supuestos en que el elemento que motiva el hecho no concurre ‘directamente’ en el agredido, esto es, discriminación por asociación y no discriminación por error—.

desde una lectura ‘objetiva’ de la agravante⁷⁰), frente a la postura mayoritaria que otorgaba relevancia al error sobre la concurrencia fáctica de la condición o cualidad por la que se discriminaba⁷¹. Lo que no era óbice para que algunas posiciones, aun negando la posibilidad de aplicar la agravante en los casos de error sobre la condición de la víctima, buscaran luego alcanzar los mismos resultados⁷². En la jurisprudencia, podían encontrarse resoluciones en ambos sentidos: si la Sentencia de 17 de julio de 2002⁷³ aplicaba la agravación por discriminación hacia la orientación sexual en atención a la que se creyó tenía la víctima, sin requerir acreditar esta (obviando de hecho, de forma perfectamente coherente, cualquier requerimiento de prueba al respecto), por contra las Sentencias de 4 de mayo de 2015⁷⁴ y 11 de enero de 2017⁷⁵, ambas *obiter dictum*, excluían la aplicación de la agravante cuando en la víctima no concurriera la circunstancia que da pie a la discriminación.

En cuanto aquí importa destacar, esta modificación, lejos de cuestionarlo, avala, a mi juicio, el criterio apuntado. Quien actúa por motivación discriminatoria lo hace aunque los sujetos sobre quienes actúa no

⁷⁰ Landa Gorostiza, *La política criminal...*, cit.; en esta línea Guardiola García, «El concepto...», cit., pp. 225-226; y Landa Gorostiza, *Los delitos...*, cit., p. 124.

⁷¹ V.gr. Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., p. 539; Bernal del Castillo, *La discriminación...*, cit., p. 67; E. Borja Jiménez, «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4º», en J.L. González Cussac (dir.) / E. Górriz Royo, A. Matallín Evangelio (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (pp. 119-123), p. 120; Cuerda Arnau, «Art. 22.4º», cit., p. 246; o N. Orejón Sánchez de las Heras, «Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación», *Revista General de Derecho Penal*, n. 35, 2021 (pp. 1-47), que postulaba la irrelevancia penal de las discriminaciones por asociación y por error.

⁷² Vid. Laurenzo Copello, «La discriminación...», cit., p. 283; y M.D. Machado Ruiz, «El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 5, 2002 (pp. 413-422), pp. 419-422; ambas con ulteriores referencias. Me temo sin embargo que era esta una solución doblemente insatisfactoria, en cuanto a sus presupuestos —si se afirma la que la pertenencia de la víctima al colectivo discriminado es un elemento objetivo de la agravante o de una modalidad cualificada de algún delito, entiendo que su falta debería llevarnos a la regla del art. 14.2 del CP y no a un concurso ideal entre la tentativa de comisión de un delito contra un miembro de este colectivo y el delito consumado contra quien no lo es— y en cuanto a su consecuencias —es cierto que *accidentalmente* se logra el mismo efecto material que aplicando la agravante de discriminación... pero sólo a veces: si además de esta circunstancia concurriera una atenuante que pudiera compensarla (art. 66.1.7º del CP) este concurso ideal haría de peor condición a quien actúa contra quien no pertenece al grupo discriminado, al que aplicaría la mitad inferior de la mitad superior de la pena, que a quien efectivamente discriminó a quien pertenecía a él, a quien podría aplicarse la pena en toda su extensión— (en sentido semejante, Díaz y García Conledo (dir.), *Protección y expulsión...*, cit., p. 353).

⁷³ Roj STS 5418/2002; F.J. 5.

⁷⁴ Roj STS 2246/2015; F.J. 19.

⁷⁵ Roj STS 1517/2017, F.J. 1, por cierto que apoyándose en tres sentencias anteriores de las cuales una afirma precisamente lo contrario (la de 17 de julio de 2002), otra no hace referencia a esta cuestión y la tercera la aborda, en el sentido de la que la invoca, pero también *obiter dictum*.

tengan la condición que él cree; y el mensaje discriminatorio emitido a la sociedad existe aunque se proyecte sobre sujetos que no pertenezcan al grupo discriminado⁷⁶.

Por otra parte, la verificación de que los sujetos discriminados pertenecen *realmente* al colectivo discriminado exigiría en ocasiones una prueba imposible (v.gr. ¿cómo se comprueba la raza o etnia, más allá de la apariencia y en muchos casos aun contra la misma?), si no constitucionalmente vetada (no podemos exigir a la víctima que declare v.gr. sobre su ideología, religión o creencias) o sencillamente inadmisible (piénsese en la desproporcionada victimización secundaria que se seguiría de obligar a la víctima a demostrar v.gr. su orientación sexual, declarando bajo juramento sobre ella y convirtiendo en objeto del proceso penal la averiguación de si *verdaderamente* —y/o exclusivamente— tiene ésta una u otra)⁷⁷.

3.4. Discriminación por asociación

Desde los primeros trabajos que analizaron la cuestión del error en la discriminación se viene vinculando⁷⁸ esta cuestión a otra de naturaleza distinta: la llamada ‘asociación por discriminación’, esto es, los casos en que la conducta se proyecta sobre un sujeto distinto de aquel cuya cualidad o condición inspira la motivación discriminatoria, pero en atención a esta. Y con posiciones encontradas en la doctrina⁷⁹. Esta vinculación entre supuestos de discriminación ‘por error’ y supuestos de discriminación ‘por asociación’ (v.gr. quien agrede a una persona por estar casada

⁷⁶ Sí supone, sin embargo, un fuerte inconveniente para las tesis centradas en la vulnerabilidad de la víctima o en la lesión de su dignidad; cfr. Guardiola García, «El concepto...», cit., pp. 221-223; Laurenzo Copello, «La discriminación...», cit., pp. 282 ss.; Machado Ruiz, «El derecho...», cit.

⁷⁷ A mi juicio acertó plenamente la STS de 17 de julio de 2002 (Roj STS 5418/2002) al confirmar la condena de quien había sido agredido porque se le creyó homosexual sin ni siquiera preguntarle si lo era, argumentando que *‘ha de señalarse que los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo’*; contra crítica Machado Ruiz, «El derecho...», cit.

⁷⁸ Más o menos conscientemente; cfr. Cerezo Mir, *Curso...*, cit., p. 161, contrastándolo con el texto que cita de Beristain Ipiña, «Artículo 22.4», cit., p. 981.

⁷⁹ Entendía no obstante que las circunstancias que llevan a discriminar, pese a haber de darse objetivamente, no necesariamente tendrían que recaer sobre el sujeto pasivo Bernal del Castillo, *La discriminación...*, cit., p. 67; y admite el castigo de discriminaciones por asociación Landa Gorostiza, *Los delitos...*, cit., p. 124; cfr. la paradójica posición de Beristain Ipiña, «Artículo 22.4», cit., p. 981, que parecía admitir discriminaciones por asociación respecto de la raza pero no respecto de la religión.

con alguien de otra raza, o a activistas que apoyan al grupo discriminado, etc.) responde a su asimilación valorativa, pero no necesariamente encontrará respuesta por la misma vía técnica; desde luego, la reforma ahora operada respecto del error no resuelve los casos de discriminación por asociación.

Para algunos, las condiciones referidas en el listado de la agravante han de atribuirse por el autor siempre y necesariamente a la víctima directa del delito (por más que, y sin discusión desde la inclusión expresa de discriminaciones por error en la última reforma operada, esta condición o circunstancia se dé o no realmente, en todo caso debería referirse directamente a la víctima); luego no cabrían discriminaciones por asociación —actuar contra quien favorece, apoya, acompaña o tiene cierta relación con quienes reúnan la condición que impulsa el motivo discriminatorio—. Así apunta v.gr. el Tribunal Supremo en una reciente Sentencia de 27 de enero de 2022⁸⁰, en un criterio compartido por algunos autores a partir de consideraciones de estricta sujeción al principio de legalidad, asumiendo que «esto es lo que dice el propio precepto, la letra de la ley, la taxatividad penal»⁸¹. Sin embargo, no me parece un argumento incontestable; ni con la redacción inicial de la agravante en el Código penal de 1995, ni en los añadidos posteriores.

Pese al enorme riesgo que entraña atribuir demasiada trascendencia a una coma o a un giro de una redacción tantas veces retocada, se podría distinguir en el tenor literal de la previsión cuarta del art. 22 del Código penal entre un primer bloque de proyección genérica —motivos racistas, antisemitas o antitanos⁸²—, y un segundo bloque en que el tenor de la

⁸⁰ Roj STS 247/2022; F.J. decimotercero. Por cierto que el Alto Tribunal no siempre ha requerido con tal rigor la directa correspondencia de quien ostenta la condición que lleva a discriminar con quien es víctima del delito: la STS de 11 de enero de 2017 (Roj STS 15/2017) aplicaba la agravante a los delitos de desórdenes públicos en concurso ideal con el de impedimento del derecho de reunión, y daños en propiedad pública... sosteniendo que la circunstancia de discriminación debía darse en la víctima y, al tiempo, que la discriminación ideológica estuvo detrás de la comisión de daños en propiedad pública para acceder al local donde se obstaculizó el derecho de reunión (anulada esta STS por la STC 1/2020 al entender vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías por cuanto se afirmó un elemento subjetivo sin previo trámite de audiencia de los acusados, se dictó el 9 de julio de 2020 nueva Sentencia —Roj STS 2464/2020— en que el Alto Tribunal no se pronunciaba sobre esta agravante por no haber podido oír al acusado). Se hace eco de la Sentencia precedente para requerir que la circunstancia discriminatoria se refiera a la víctima la STS de 9 de octubre de 2019 (Roj STS 3124/2019; F.J. 5). Rechaza con carácter general la aplicabilidad de la agravante a delitos con bienes jurídicos colectivos entre otras la STS de 14 de octubre de 2019 (Roj STS 2997/2019; F.J. C.4).

⁸¹ M. Bustos Rubio, «Discriminación por error y discriminación por asociación en el nuevo art. 22.4º CP: reflexiones al albur de la STS 66/2022, de 27 de enero», *La Ley Penal*, 155, 1 de marzo de 2022; cursiva en el original.

⁸² He señalado antes que, como los que siguen, son casos de motivación discriminatoria; pero entiendo que el tenor literal no obliga a entender necesariamente que se proyecten sobre condiciones de la víctima directa de la acción punible.

agravante proyecta necesariamente sobre la víctima la condición que da lugar a la discriminación (ideología, religión o creencias de la víctima; etnia, raza o nación a la que pertenezca —de las que etnia o raza pueden resultar redundantes con la referencia al racismo—; y su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género; la enfermedad que padezca o su discapacidad); dentro de cuya redacción se han insertado aún un tercer bloque atinente a las ‘razones de género, de aporofobia o de exclusión social’ en términos que no obligan necesariamente a reconducir su atribución directamente a la víctima del delito. A mi juicio, la literalidad del precepto abre puertas a atender a discriminación por asociación en el primer y tercer bloque de conductas (motivos racistas, antisemitas y antigitanos; y razones de género, de aporofobia o de exclusión social), y dificulta hacerlo en el segundo (ideología, religión o creencias; etnia, raza o nación; sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género; enfermedad o discapacidad). La escasa razonabilidad de esta distinción —al menos en algunos casos⁸³— y su dependencia de un hilar fino que se compadece poco con la incuria de una redacción reiterativa y potencialmente imprecisa son desde luego argumentos a considerar, pero la literalidad de la ley penal no es un accidente prescindible que podamos obviar alegremente. Es cierto, sin embargo, que la inclusión en el elenco típico de una causa tan abierta como es, en la práctica, la ideología⁸⁴, permite encontrar encaje a algunos⁸⁵ supuestos de discriminación por asociación (y así v.gr. a quien

⁸³ Para Bustos Rubio, «Discriminación por error...», cit., siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, ‘no existen razones ni argumentos’ para distinguir unos casos de otros.

⁸⁴ Que ha pretendido aplicarse, v.gr., a la condición de Guardia Civil —así la Sala de lo Penal y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional; revocó la aplicación la STS de 9 de octubre de 2019, (Roj STS 3124/2019), con dos votos particulares en sentido contrario—.

⁸⁵ Desde luego no a todos; y el que dio lugar a la STS de 27 de enero de 2022 (agresión a la actual pareja de la expareja del autor, por razones de género) no se cuenta entre ellos: si se requiere que las *razones de género* se refieran directamente a la víctima, y además la víctima ha de ser víctima-expareja, la conclusión del Alto Tribunal es correcta. Ahora bien, en mi opinión, lo primero es cuestionable —como he apuntado en el texto— y lo segundo más aún: las ‘razones de género’ se incluyeron en el Código penal como agravante en 2015 para dar cumplimiento al Convenio de Estambul, y este define la violencia de género en términos mucho más amplios de lo que lo hacía el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 de prevención integral contra la violencia de género. En efecto, si la L.O. 1/2004 pretendía ‘actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia’, por el contrario el Convenio de Estambul va más allá de las relaciones de pareja presentes o pretéritas (según el art. 3.d. del Convenio ‘por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada’, sin más condiciones; y el art. 43 del Convenio insiste en que ‘[...]os delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito’). Es, a mi juicio, un grave error interpretar ahora el ‘razones de género’ del art. 22.4 precisamente a la luz de los criterios de la L.O. 1/2004, para restringirlo a las relaciones de pareja; cfr. sin embargo la STS de 20 de julio de 2021 (Roj STS 3150/2021; F.J. 15.4), para la que ambos textos son de ‘significación

agrede a alguien de su propio grupo religioso por estar casado con persona de otra religión no se le podrá aplicar la agravante por discriminación en relación a la religión ‘de la víctima’, pero posiblemente sí por discriminación en relación a la ideología favorable a matrimonios interreligiosos); aunque es una pirueta argumental que puede resultar cuestionable, toda vez que acaba metiendo por la ventana lo que saca por la puerta.

3.5. *¿Hasta dónde es legítimo llegar?*

Cuando el acto va acompañado de expresiones inequívocas que le confieren sentido discriminatorio la acreditación de su carácter discriminatorio radica sustancialmente en la prueba del delito cometido, pero

[...] coincidente’; o la STS de 25 de septiembre de 2018 (Roj STS 3164/2018; F.J. 1.1), para la que ‘La agravante por razones de género se caracteriza [...] porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja’. En sentido contrario, para la STS de 19 de noviembre de 2018 (Roj STS 3757/2018), (F.J. 8) ‘la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer’, y (F.J. 9) ‘no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor’; siguen esta doctrina v.gr. las SSTS de 24 de abril de 2019 y 9 de julio de 2019 (Roj STS 1415/2019 y STS 2466/2019). Tampoco exigían relación de pareja v.gr. las SSTS de 10 de febrero de 2016 y 8 y 28 de mayo de 2020 (Roj STS 362/2016, STS 934/2020 y STS 1164/2020); acudía, pese a una previa y extensa transcripción de la citada STS de 25 de septiembre de 2018, a la definición del Convenio de Estambul la STS de 15 de enero de 2019 (Roj STS 67/2019; F.J. 6.3), aunque ciertamente en el caso en cuestión esto no sentaba diferencias, toda vez que la víctima era esposa conviviente. Con una cuidada argumentación —que en último término pretendía fundamentalmente salvar obstáculos procesales referidos a la introducción de cuestiones en segunda instancia y al derecho a ser oído del acusado si el Tribunal se pronuncia sobre la acreditación de elementos subjetivos; se habían proferido expresiones claramente discriminatorias pero fundamentar la condena en ellas habría exigido tomar nuevamente declaración al autor, lo que no cabe en trámite de casación— entiende que en los casos de parejas y exparejas la aplicación de la agravante no requiere de elemento subjetivo adicional al conocimiento de este extremo mientras que [p]ara aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una *asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-victima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal*’ (lo que a la postre ¿significa asumir que la relación de pareja es una asimetría discriminatoria por definición?) la STS de 26 de febrero de 2019 (Roj STS 591/2019; FF.JJ. 1 a 4). No puedo extenderme más aquí sobre esta cuestión, que ocupa buena parte de la atención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la agravante.

cuando nos encontramos ante actos potencialmente neutros —que podrían ser o no ser discriminatorios—, ¿cómo deben acreditarse los motivos (o las razones) discriminatorios? ¿a qué debemos atender y hasta dónde es legítimo llegar para averiguarlo?

Esto es: ¿es legítimo investigar con carácter general la vida pasada y presente de quien realiza un acto que *podría* ser discriminatorio —esto es, que no lo es inequívocamente— para atribuirle o no tal carácter atendiendo a quién lo realiza? Es difícilmente cuestionable que conocer al emisor ayuda a interpretar un mensaje, pero ¿no corremos el riesgo de acabar otorgando un contenido distinto al acto en función de quién sea su autor, esto es, de valorar un mismo hecho de forma distinta en función de a quién se le atribuya, y con ello de castigar penalmente no tanto lo que se hace como a un perfil de autor?

El *Protocolo del Cuerpo de Mossos d'Esquadra de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación*⁸⁶ planteaba que el ‘denominador común de estos tipos penales y también de la circunstancia agravante del art. 22 es el elemento especial motivador de la conducta: el ánimo o el móvil específico. Por lo tanto será fundamental en estas tipologías penales poder acreditar la concurrencia de este elemento motivador, si se da el caso, habrá que averiguar y recoger el máximo de indicios posibles en este sentido (declaraciones de la víctima o de los testigos, comentarios o gestos del autor, simbología o vestuario del autor, tatuajes, lugar en que se produce el delito, contactos del autor con determinadas tribus urbanas o grupos violentos, etc.).’

En línea semejante profundizaría después el *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación* del Ministerio del Interior⁸⁷, que incluye entre los ‘indicadores de polarización’⁸⁸ a examinar en todo delito que pueda estar motivado por el odio o la discriminación⁸⁹ no sólo ‘los tatuajes, el vestuario o la estética del autor’ (que

⁸⁶ Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, *Memoria año 2010*, p. 22.

⁸⁷ Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, edición revisada en julio de 2020. El protocolo trae causa de la Instrucción 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad; fue modificado previamente por la Instrucción 16/2015 (Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Plan de acción de lucha contra los delitos de odio*, 2019, p. 7).

⁸⁸ Toma dichos indicadores de C. Antón et al., *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas o xenófobos*, Madrid, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2012, pp. 96ss., que a su vez se remite a una publicación previa de stophatecrimes.es y Movimiento contra la intolerancia, titulada *Metodología de intervención con la víctima del delito de odio*.

⁸⁹ Téngase en cuenta que la concurrencia de uno solo de estos indicadores ya ‘conllevará ineludiblemente’ la investigación del hecho como delito de odio (*Instrucción nº 6/2021, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se desarrollan los mecanismos*

‘ayudarán a acreditar y describir de forma gráfica el perfil del autor y la motivación del delito’⁹⁰), sino también ‘propaganda, estandartes, banderas, pancartas etc.’ portados por éste ‘o que puedan encontrarse en su domicilio’ si se procede a registrar éste; así como los antecedentes policiales⁹¹ incluyendo en estos los relativos a ‘asistir a conciertos [...], conferencias, reuniones o manifestaciones’; la relación del sospechoso con grupos o asociaciones’; y encarece ‘el análisis de su teléfono móvil u ordenadores, previa autorización judicial, para obtener pruebas’, toda vez que ‘en ocasiones los autores filman con sus teléfonos móviles los hechos y los cuelgan en internet para jactarse de su acción o presumir ante sus amigos’. En coherencia con lo cual pide más adelante que se incluya en el atestado policial ‘la pertenencia a una asociación, entidad u organización criminal que persiga fines de odio o discriminación’ y ‘la presencia en actos o espectáculos en los que se puedan dar incidentes de odio o discriminación’⁹²; y pide que se comunique a las unidades especializadas el perfil del agresor ‘para realizar un rastreo por internet en busca de evidencias’.

Por su parte, la Fiscalía en su *Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP* (Fiscalía General del Estado, 2019) entiende que la motivación admite sólo prueba indicaria⁹³, y al efecto prevé que ‘las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrán de incluir en sus atestados, al margen de las pruebas de la comisión del delito, los indicadores de polarización que se aprecien en la conducta investigada’; indicadores de odio o ‘polarización radical’ relativos a la víctima, al autor y al contexto. En cuanto a lo segundo, se afirma que ‘[s]in caer en la doctrina proscrita del «derecho penal de autor», las características

de comunicación y coordinación de la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio; cfr. sobre su contenido los apuntes de prensa en https://www.eldiario.es/politica/delitos-odio-siguen-desconocidos-policia-falta-formacion-especifica-e-integral_1_8199719.html y <https://elpais.com/espana/2021-07-29/interior-ordena-a-la-policia-investigar-sucesos-como-delito-de-odio-ante-la-minima-sospecha-de-discriminacion.html>.

⁹⁰ Recogían los antecedentes policiales y las evidencias sobre tatuajes, ropas, símbolos o emblemas bajo el encabezado ‘acreditar el perfil del autor del hecho’ las *Recomendaciones del grupo de trabajo para la elaboración de un protocolo de actuación policial ante incidentes racistas o xenófobos* incorporadas al Manual antes referido (Antón et al., ob. cit., p. 153).

⁹¹ Por cierto, curiosamente la edición revisada de 2020 del Protocolo asocia a la descripción de estos antecedentes *policiales* el régimen de los antecedentes *penales* europeos.

⁹² La redacción no deja de ser curiosa: encaja en su literalidad la asistencia a actos organizados por colectivos habitualmente discriminados, aun para participar en ellos, toda vez que pueden darse incidentes contra ellos.

⁹³ Esta afirmación es coherente con una concepción de los elementos subjetivos como ‘hechos mentales’ o ‘procesos internos’, para los que ciertamente —si es que cabe prueba— no cabe más prueba que la indicaria; pero si se leen como atribuciones de sentido, entonces es posible acceder a prueba directa, v.gr. cuando el autor explica el sentido de su acto al realizarlo. En cualquier caso y en la línea ya argumentada más arriba en esta contribución, en palabras de Vives Antón, *Fundamentos del Sistema...*, cit., p. 266, ‘los ‘procesos internos’ —sean propios o ajenos— precisan ‘criterios externos’’.

o circunstancias que rodean a la persona denunciada o presunta autora del hecho pueden ofrecer datos indicativos de la existencia de un móvil de odio o discriminación en la conducta realizada', y destaca entre otros: 'los antecedentes penales o policiales por conductas similares', el 'análisis de sus comunicaciones en las redes sociales (hilos de conversaciones en chats, vídeos difundidos, etc.), anteriores y posteriores a los hechos, así como su número de seguidores'⁹⁴, 'su integración en grupos caracterizados por su odio o por la promoción de la violencia contra determinados colectivos o ideas (ideología neonazi, homófoba o xenófoba, radicalismo religioso, grupos ultra deportivos, colectivos antisistema, las denominadas «bandas latinas», etc.), y su posición de relevancia pública o liderazgo en los mismos'⁹⁵, así como 'instrumentos utilizados o que se porten (banderas, bufandas, pancartas) asociados a alguno de esos grupos'.

Es difícilmente cuestionable que el emisor del mensaje es importante para interpretarlo; pero ¿hasta dónde es legítimo investigar la vida de un sujeto para atribuir sentido a uno de sus actos?

Las posibilidades son, hoy en día, realmente vastas: en lo cronológico —podemos remontarnos en el historial del sujeto hasta períodos difícilmente asociables con el hecho que investigamos—, y en el ámbito material: la capacidad de gestión de información y la notabilísima cantidad de información que los ciudadanos generamos en ámbitos públicos (perfils abiertos en redes sociales⁹⁶, sin ir más lejos) o privados (perfils cerrados en redes sociales, correspondencia electrónica y mensajería, datos de geolocalización —de singular trascendencia cuando muchos portamos a todas horas aparatos geolocalizables, y es técnicamente sencillo cruzar localizaciones e identificar concurrencias—, etc.).

¿Es legítimo investigar las afinidades, filias y fobias, amistades, sujetos con los que comparte espacios y tiempos, organizaciones a las que pertenece, etc. de un sujeto de forma tan extensa como sea técnicamente posible para atribuir, o no, sentido discriminatorio a uno de sus actos? ¿Podemos verificar las personas con quien alguien habla, se escribe o intercambia mensajes, o con quienes ha compartido mesa, actividades o grupos, para atribuir sentido a sus actos? ¿Hasta qué punto la pertenencia pretérita a una asociación puede servirnos de criterio interpretativo para actividades presentes? Y un largo etcétera de interrogantes...

⁹⁴ Precisa la Fiscalía que 'Este análisis puede hacerse sin necesidad de autorización judicial sobre las «redes abiertas» que utilice el investigado'.

⁹⁵ Añadiendo que 'Para determinar esa pertenencia, cuando no sea directamente reconocida por el afectado, pueden tomarse como elementos de valoración, siempre dentro de una adecuada ponderación, elementos externos que porte el sujeto (tatuajes, vestuario, peinados...) que en el uso social se identifiquen con esos grupos a los que se asigna su pertenencia'.

⁹⁶ Como queda dicho, la Fiscalía subraya que para investigar estos no es precisa orden judicial.

la respuesta a los cuales, a mi juicio, difícilmente puede darse de forma descontextualizada.

En efecto la interpretación de una acción y la atribución de sentido a la misma implican necesariamente un contexto. Y aquí es donde, a mi juicio, radica la respuesta a la cuestión: depende, precisamente de la acción. Me explico intentando diferenciar distintos escenarios, desde la comprensión de que cuanto más intensos sean los indicios de discriminación presentes en el hecho mayor será la legitimidad de abrir líneas de investigación que los confirmen⁹⁷, y que sólo cuando se confirmen indicios directamente relacionados con el hecho podremos entender que existe prueba de que el hecho era discriminatorio⁹⁸:

- 1) cuando el acto realizado iba acompañado de expresiones inequívocas de contenido discriminatorio, el sentido discriminatorio del hecho parece claro y buscar elementos de corroboración resulta coherente;
- 2) cuando la acción viene acompañada de elementos simbólicos que apuntan, aunque no de forma concluyente, hacia un sentido discriminatorio (v.gr. pancartas, vestimentas, simbología o tatuajes claramente visibles que incorporan el mensaje discriminatorio al acto realizado por el sujeto; comisión del hecho en fechas significativas para los colectivos discriminados o para quienes los persiguen, etc.) parece coherente investigar si las circunstancias del autor corroboran efectivamente que se estaba emitiendo un mensaje discriminatorio o lo desmienten (lo que bien puede suceder: el sujeto podría v.gr. ignorar el significado del dibujo de la camiseta que portaba —no sería el primer caso—, o haber actuado casualmente un día emblemático para grupos violentos, etc.);
- 3) cuando el hecho viene precedido de actos asociados al mismo que lo vinculan inequívocamente a un discurso discriminatorio (anuncio de su realización por razones discriminatorias, comisión inmediata a una concentración de contenido favorable a la discriminación en que ha participado el autor⁹⁹, etc.), esta vinculación abre puertas a verificar hasta qué punto alcanza esta conexión;

⁹⁷ Líneas de investigación que en muchos casos requerirán de una autorización motivada, que precisamente anclará sus fundamentos en los indicios derivados del hecho.

⁹⁸ La traslación de los criterios que legitiman abrir vías de investigación policial al ámbito forense para elevarlos al carácter de prueba es, a mi juicio, cuestionable: el canon al que han de ajustarse la investigación policial —que se mueve en términos de probabilidades y ha de justificar toda afectación de derechos fundamentales— y la prueba penal —que debe orientarse a proporcionar convicción más allá de toda duda razonable— no es el mismo.

⁹⁹ Que el hecho se produzca en las inmediaciones de una concentración de propaganda discriminatoria es sin duda un indicio de menor solidez que la comprobación de que el autor había participado en ésta; pero justifica investigar esto último.

- 4) cuando tras el hecho se realizan por el autor actos de justificación, propaganda o jactancia referidos a éste que lo conectan con motivaciones discriminatorias, también se abren puertas a investigar el alcance de esta adhesión del autor a un discurso de odio;
- 5) pero cuando el hecho resulta un escenario neutro, en el que no existen indicios de discriminación; cuando ningún espectador podría leer en lo acontecido un mensaje discriminatorio, entonces investigar la vida y milagros, filias, fobias, amistades y grupos a los que pertenece o ha pertenecido el autor¹⁰⁰, preguntar con quién cenó ayer o si emplea en su vida cotidiana expresiones poco respetuosas con los colectivos discriminados, es dotar de sentido discriminatorio a un acto no por el hecho, sino por quién lo ha realizado.

Si acabamos persiguiendo a la persona, y no al hecho, hemos incurrido en un Derecho penal de autor¹⁰¹.

Los protocolos de investigación arriba referenciados pueden acotarse en estos términos¹⁰²; pero es preciso extremar las cautelas para evitar excesos¹⁰³. No estoy afirmando que el perfil del autor sea irrelevante para interpretar sus actos; el emisor del mensaje es importante para la interpretación, el sentido de la acción no se desvincula de su autor. Pero si en la acción no hay más contenido discriminatorio que el que inferimos de quién la ha realizado, no es un acto discriminatorio penalmente relevante. Porque una cosa es atender a los elementos que rodean el hecho, contextualizar la conducta, y otra muy distinta atribuir sentido a un acto neutro —un acto que por sí mismo no lo tiene— a través de un escrutinio

¹⁰⁰ Por cierto: la pertenencia a asociaciones que promueven la discriminación, por otra parte, es objeto de punición independiente en el CP (art. 515.4). Si este mismo extremo se erige en única prueba de la motivación discriminatoria de un acto, otorgando sentido discriminatorio a un acto neutro, el mismo elemento estaría dando lugar a un doble castigo.

¹⁰¹ A mi juicio, aterrizar en ‘la personalidad total del autor reflejada en hecho’ (Alonso Álamo, «La circunstancia...», cit., p. 241) sólo será de verdad un derecho penal del hecho y no de autor cuando es reflejo se lea en ‘expresiones o hechos anteriores, coetáneos o posteriores de los que se pueda objetivamente inferir su voluntad discriminatoria’ (Renart García, «La agravación...», cit.).

¹⁰² De hecho, en buena medida lo hacen: el Protocolo de los Mossos d’Esquadra (Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, *Memoria año 2010*, cit., p. 25) conectaba la pertenencia a grupos del autor con el hecho en cuanto apuntaba investigarla ‘mediante la búsqueda de indicios en su indumentaria, expresiones proferidas, simbología dibujada, tatuajes, ritos, u otros elementos identificativos de grupos ilícitos’; el Protocolo de la Secretaría de Estado de Seguridad hace frecuentes referencias a autorizaciones judiciales o a relaciones de los extremos que apunta con lo acontecido... Lo que intento señalar es que abren puertas que, si no se extreman las cautelas, pueden dar lugar a excesos.

¹⁰³ Y en particular el rastreo en abierto de redes sociales (que no requiere autorización judicial ni por tanto se sujeta a filtro externo previo de verificación de indicios que lo justifique) debe limitarse para evitar que alcance extremos totalmente desconectados del hecho que se está investigando.

de elementos de la vida de quien lo realiza que carecen de conexión con dicho acto.

Creo que es importante tomarse en serio el principio del derecho penal del hecho y huir del derecho penal de autor. Me parece pues legítimo interpretar un incidente atendiendo a los ‘elementos exteriores circundantes a la realización del hecho’ (en acertada expresión de la STS de 19 de mayo de 2020¹⁰⁴) en sentido amplio: hechos previos, coetáneos, o posteriores directamente relacionados con el mismo (anuncio de la intención de realizarlo, exaltación de eventos de esa naturaleza vinculándolos a la motivación, reclamación de la autoría identificando el motivo, o aplauso de lo acontecido vinculándolo a la discriminación), con relativa independencia de la vinculación espacial entre ellos y de su eventual realización a través de tecnologías de la información y la comunicación, porque el contexto otorga sentido al acto y porque la secuencia de actos permite identificar una acción. Pero no me lo parece en absoluto atribuir sentido a un acto neutro releyéndolo a través de la historia personal del sujeto, de sus amistades, filias fobias o relaciones extraídas de la trayectoria personal y vital del autor sin vinculación directa con el hecho concreto a enjuiciar. Una *inquisitio generalis* de esta naturaleza en realidad acaba castigando al sujeto por ser quien es, y no por lo que ha hecho.

En definitiva, si otorgamos sentido discriminatorio a un acto neutro porque ha sido realizado por una persona a la que identificamos v.gr. como racista, entonces no estamos castigado *un acto de racismo*, sino *a un racista* con ocasión de algo que otras personas podrían haber hecho sin merecer por ello reproche penal. El mismo acto, realizado por otro sujeto, sería, pues, penalmente irrelevante... luego no estaríamos castigando el acto, sino al sujeto ¡por ser quien es! (o, si se quiere, por actos distintos... que serían atípicos o merecerían un castigo separado). El principio de legalidad y el principio de hecho habrían quedado vacíados de contenido, para permitir castigar no actos malos, actos dañinos, sino a malas personas, sencillamente por serlo, y no porque lo que hayan hecho haga daño. Y con ello, habríamos vuelto a etapas de la historia que creíamos superadas; y paradójicamente, habríamos logrado precisamente lo que queremos vetar: discriminar.

4. Recapitulación

En busca de criterios interpretativos para una inteligencia legítima y adecuada de la agravante prevista en el numeral cuarto del art. 22 del CP, y a la luz del conjunto de la normativa discriminatoria de nuestro Código penal, se ha realizado una revisión crítica del pretendido carácter *subjetic-*

¹⁰⁴ Roj 2489/2020; F.J. 5.

vo de la agravante, cuando se entiende por tal exclusivamente referido al fuero interno del autor. Así, se ha insistido en que los elementos internos sólo son accesibles (en rigor, sólo *son* en cuanto al Derecho penal interesa) en su expresión en la acción; y en que el carácter discriminatorio no depende del fuero interno del autor sino de las reglas sociales que reconocen sentido a sus actos (y por tanto el autor no puede convertir en discriminatorio un acto arbitrario en función de criterios propios, ni puede negar el carácter discriminatorio a lo que inequívocamente tiene tal sentido para aquellos sobre los que se proyecta). Se ha atendido a los criterios de verificación a los que debe acudirse, y en particular a los casos de discriminación por error y discriminación por asociación. Y finalmente se han señalado límites a la investigación penal respecto de actos potencialmente neutros —esto es, no percibidos por quienes los conocen como inequívocamente discriminatorios— para evitar incurrir en un derecho penal de autor que, a la postre, discrimina a quienes enjuicia.

Si con todo ello se ha conseguido impulsar el debate riguroso sobre esta materia, se ha alcanzado el objetivo que se pretendía.

5. Bibliografía

- Antón, C., Quesada, C., Aguilar, M.A., Sánchez, F., *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas o xenófobos*, Madrid, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2012. Accesible en línea en https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0072.htm (consultado el 25.7.2022).
- Alcácer Guirao, R., *La libertad del odio: discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- Alonso Álamo, M., *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1982.
- «La circunstancia agravante de discriminación», en J.L. Díez Ripollés, C.M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, J.F. Higuera Guiñerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002 (pp. 533-542).
- Assiego Cruz, V., Orejón Sánchez de las Heras, N., Alises Castillo, C., Gracia González, J.V., Santiago Reyes, C., *Delitos de odio: guía práctica para la abogacía*, Madrid, Fundación Abogacía Española, 2018.
- Beristain Ipiña, A., «Artículo 22.4», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Commentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, Edersa, 1999 (pp. 965-997).
- Bernal del Castillo, J., *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, Comares, 1998.

- Borja Jiménez, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999.
- «Presupuestos político-criminales del nacimiento de la legislación penal contra el racismo y la xenofobia en Europa», en J. García Añón, M. Sanz Ruiz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (pp. 197-216).
 - «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4^a», en J.L. González Cussac (dir.) / E. Górriz Royo, A. Matallín Evangelio (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (pp. 119-123).
- Brandariz García, J.A., Fernández Bessa, C., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español», en S. Palidda, J.A. Brandariz García (dirs.) / A. Iglesias Skulj, J.A. Ramos Vázquez (coords.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Granada, Comares, 2010 (pp. 271-289).
- Bustos Rubio, M., *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020.
- «Discriminación por error y discriminación por asociación en el nuevo art. 22.4^a CP: reflexiones al albur de la STS 66/2022, de 27 de enero», *La Ley Penal*, 155, 1 de marzo de 2022.
- Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español: Parte General III: Teoría Jurídica del Delito* / 2, Madrid, Tecnos, 2001.
- Correcher Mira, J., «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría y Derecho*, n. 28, 2020 (pp. 166-191).
- Correcher Mira, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, n. 2, 2021 (pp. 87-149).
- Cuerda Arnau, M.L., «Art. 22.4^a», en T. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995: v. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (pp. 238-247).
- «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, n. 8, 2007 (pp. 1-43).
- Díaz y García Conledo, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007.
- Díez Ripollés, J.L., «La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1979-I, 1979 (pp. 93-139).
- Dopico Gómez-Aller, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LVII, 2004 (pp. 143-176).

- Galán Muñoz, A., «Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n. 46, 2020 (pp. 41-66).
- «¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio», en J. León Alapont (dir.), *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021 (pp. 297-330).
- García Álvarez, P., *El Derecho penal y la discriminación: especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gascón Cuenca, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- Gil Gil, A., «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, 2000 (pp. 103-138).
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal — Tirant lo Blanch, 1998.
- Guardiola García, J., «Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 6, 2001 (pp. 39-101).
- «Surgimiento histórico y fundamento político-criminal del tratamiento penal de los fenómenos discriminatorios: una reflexión en torno a la protección de algunos bienes jurídicos en el Estado social y democrático de Derecho», en el colectivo *Derecho, Historia y Universidades: Estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. I, Valencia, Universitat de València, 2007 (pp. 745-753).
- «El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria», en J. García Añón, M. Sanz Ruiz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (pp. 217-228).
- Jacobs, J.B., Potter, K., *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Jenness, V., «Contours of hate crime politics and law in the United States», en P. Iganski (ed.), *The hate debate: should hate be punished as a crime?*, London, Profile Books, 2002.
- Landa Gorostiza, J.M., «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*, n. XLIX-II, 1996 (pp. 529-589).
- Landa Gorostiza, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, Comares, 2001.
- *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
 - «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22-19, 2020 (pp. 1-34).
- Laurenzo Copello, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XIX, 1996 (pp. 219-288).
- Machado Ruiz, M.D., «El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 5, 2002 (pp. 413-422).
- *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Martínez-Buján Pérez, C., «Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción», *Teoría y Derecho*, 13, 2013 (pp. 233-279).
- Muñoz Conde, F., «La difícil ‘objetivación’ de los elementos subjetivos», en A. Jareño Leal et al. (coords.), *Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*, Madrid, Iustel, 2021 (pp. 363-396).
- Orejón Sánchez de las Heras, N., «Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación», *Revista General de Derecho Penal*, n. 35, 2021 (pp. 1-47).
- Pantaleón Díaz, M., «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia», *La Ley Penal*, 147, 1 de noviembre de 2020.
- Peralta, J.M., *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- Picotti, L., *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993.
- Renart García, F., «La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del art. 22.4 del Código penal de 1995», *Diario La Ley*, 5626, 4 de octubre de 2002.
- Sánchez Vilanova, M., «El delito de incitación al odio, consideraciones desde la neurociencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n. 27, 2022 (pp. 133-163).
- Vives Antón, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal: 2.^a edición: Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

6. Otras fuentes

Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*, B.O.E. de 24 de mayo de 2019.

Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, 2016. Accesible en línea en <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2016/08/protocolo-actuacic3b3n-fuerzas-y-cuerpos-de-seguridad-para-los-delitos-de-odio-y-conductas-sobre-discriminacic3b3n.pdf> (consultado el 25.7.2022).

Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Plan de acción de lucha contra los delitos de odio*, 2019. Accesible en línea en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/PLAN-DE-ACCION-DE-LUCHA-CONTRA-LOS-DELITOS-DE-ODIO.pdf> (consultado el 25.7.2022).

Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, edición revisada en julio de 2020. Accesible en línea en https://www.policia.es/miscelanea/participacion_ciudadana/normativa/Protocolo_actuacion_delitos_07-2020.pdf (consultado el 25.7.2022).

Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, *Memoria año 2010*. Accesible en línea en <https://es.slideshare.net/chemacarva/fiscalia-bcn-memoria-2010> (consultado el 25.7.2022).