

Capítulo V

La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión”, como “delito de odio”

PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA. III. FACTORES DE DISCRIMINACIÓN. 1. Motivos racistas. 2. Motivos antisemitas. 3. Ideología, religión, creencias. 4. Etnia, raza. 5. Nación. 6. Sexo, orientación o identidad sexual y razones de género. 7. Enfermedad. 8. Discapacidad. IV. ¿HAN DE TENER TODOS ESTOS FACTORES DIFERENCIADORES TRASCENDENCIA PENAL? V. ¿ES LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4.^a CP APLICABLE A CUALQUIER DELITO? 1. ¿Aplicable A Cualquier Delito? 2. ¿Todos Los Factores De Discriminación Pueden Ser Apreciados Con Independencia Del Delito Cometido? VI. LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN Y LOS “DELITOS DE OPINIÓN”. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La circunstancia 4.^a del artículo 22 Cp, conocida como la agravante de racismo o discriminación, apareció por la necesidad de los Estados democráticos de dar respuesta a la proliferación en diversos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España. En estos momentos en España, siguiendo los criterios de la OSCE, se admite que la agravante de discriminación convierta cualquier delito, en un “delito de odio”, lo que, unido a la manipulación que está experimentando esta agravante en nuestra realidad judicial, conlleva una ampliación inadmisibles de tal círculo de delitos. En este trabajo se hace un recorrido por las diferentes redacciones

que ha tenido esta circunstancia agravante así como por su aplicación jurisprudencial, para evidenciar el efecto perverso que se está produciendo al ser empleada para agravar la responsabilidad penal en casos que constituyen una tergiversación de su esencia lo que, además de perjudicar a los grupos tradicionalmente más desfavorecidos, coarta también el ejercicio de la libertad de expresión de manera injustificada.

PALABRAS CLAVE: agravante, discriminación, delitos de odio, delitos de opinión, delitos de expresión.

I. INTRODUCCIÓN

La circunstancia 4.^a del artículo 22 Cp, conocida como la agravante de racismo o discriminación, apareció con un tenor algo parecido al que tiene en la actualidad, tras la reforma introducida en el Código penal anterior por la LO 4/1995, de 11 de mayo (de Modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de Genocidio), tan sólo cinco meses antes de que se promulgara un nuevo Código penal¹.

La urgencia de la incorporación de esta circunstancia agravante en el artículo 10, apartado 17² ACp (en ese momento vacío de contenido) se explicaba en la Exposición de Motivos de dicha LO 4/1995, básicamente³, por la

1. Si bien es cierto que, ya con anterioridad, podría decirse que hubo un precedente de la misma en el artículo 10 del Código penal español de 1973. Aunque en dicho apartado los dos únicos factores de diferenciación del sujeto pasivo que eran tenidos en cuenta, fueron la "edad" y el "sexo". En concreto, el artículo 10, relativo a las circunstancias agravantes, disponía en su apartado 16, lo siguiente: "Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, *edad o sexo* mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso" (la cursiva es mía). Posteriormente, tras la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, esos factores de diferenciación se verían reducidos aún más, al desaparecer la referencia al "sexo".
2. Apartado 17, del artículo 10 que, en virtud del artículo tercero de la LO 4/1995, de 11 de mayo, pasaba a tener la siguiente redacción: "17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima".
3. La argumentación completa es la siguiente:
 "La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.
 Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro

necesidad de los Estados democráticos de dar respuesta a la proliferación en diversos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, fundamentalmente, tras la aprobación de la LO 15/1994, de 1 de junio⁴.

El tenor literal que tenía inicialmente esta agravante fue modificado en seguida, con la aprobación del vigente Código penal en virtud de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, con el que pasa(ba) –además– a ubicarse en el artículo 22, apartado 4⁵; posteriormente, por la LO 5/2010, de 22 de junio (por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)⁶; y, más recientemente, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es la que le otorga el que es su vigente tenor literal⁷.

país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

En cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales en la materia, se aprobó recientemente la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, que comporta la adopción de medidas necesarias con arreglo a nuestro Derecho interno para cumplir la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos. Su proliferación nos obliga a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre).

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

4. LO 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia. Ley, en virtud de la cual (Artículo 1. Obligación de cooperación), España se comprometía a prestar plena cooperación al Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, creado por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
5. Artículo 22.4.^º Cp que disponía –en aquel momento– lo siguiente: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.
6. Reforma con la que pasó a recibir el siguiente tenor: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.
7. Una información detallada sobre la génesis y la evolución legislativa de este precepto puede verse en LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 117-121.

Así, el artículo 22 dispone que:

“Son circunstancias agravantes: (...)”

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

Si se comparan las sucesivas redacciones que esta circunstancia ha ido recibiendo (pueden verse los textos en las correspondientes notas a pie), se comprobará que los cambios experimentados han sido, fundamentalmente, para ampliarla.

En efecto, en la nueva redacción que recibía tras la aprobación del vigente Código penal, por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se ampliaba la posibilidad de su apreciación a cualquier delito⁸, no únicamente si se trataba, como en su redacción inicial, de un delito contra las personas o el patrimonio; se incorporaba el cometer el delito por “motivos discriminatorios”; y se incrementaron los factores de agravación al añadir el “sexo”, la “orientación sexual”, la “minusvalía” y la “enfermedad” que padezca el afectado. Por su parte, la LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó como factor de agravación, la “identidad sexual” y sustituyó el término “minusvalía” por el de “discapacidad”. Y por lo que se refiere a la LO 1/2015, de 30 de marzo, ésta incorporaría el factor de las “razones de género”.

Por tanto, esta circunstancia fue incorporada, en principio, por la proliferación de conductas específicamente racistas y antisemitas, pero ha ido ampliando su ámbito de aplicación a otros muchos factores que lo único que tienen en común es que pueden servir para caracterizar a una persona, diferenciándola del resto.

La doctrina viene valorando mayoritariamente de forma positiva la incorporación de esta agravante⁹, pero existen varias cuestiones relacionadas con la misma que merecen una reflexión detenida. En primer lugar, la determinación de su naturaleza jurídica. En segundo lugar, los propios factores de diferenciación: cómo han de ser estos interpretados, si son todos necesarios o si falta alguno más, aparte de los expresamente previstos. En tercer lugar, es preciso clarificar si esta agravante puede ser apreciada de forma automática por el simple hecho de que el afectado por el delito

8. Lo que fue criticado, por ejemplo, por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 328 (quien consideraba que debía haber quedado restringida a los delitos en los que se protegen bienes jurídicos personales).

9. Así lo afirma, al menos, PUENTE SEGURA, 1997, p. 508.

tenga alguna nota de las previstas en este artículo que le diferencia de la generalidad de la población; es decir, porque, por ejemplo, es un extranjero, tiene una determinada nacionalidad, es de otra raza o de otra religión, etc. Y, en cuarto lugar, hay que reflexionar sobre si esta agravante, realmente, puede ser apreciada con independencia de la naturaleza del delito que se hubiera cometido contra dicha persona caracterizada por esa nota diferenciadora.

Todos estos interrogantes cobran especial importancia en el marco de los *delitos de odio*. Y ello porque, en teoría, la apreciación de esta circunstancia agravante puede convertir cualquier delito doloso contra una persona caracterizada por ciertos factores diferenciadores del resto de la población, en un *delito de odio*. Cómo esta posibilidad repercute en nuestra realidad jurídica, dependerá de los requisitos que se exijan para su apreciación y de cómo sea esta circunstancia interpretada.

En este trabajo me dispongo a abordar todas estas cuestiones con la finalidad última de analizar la aplicabilidad de esta agravante en una de las modalidades de los *delitos de odio*: los *delitos de opinión*, a los que, por las razones que explicaré en su momento, prefiero denominar, "*delitos de expresión*". Expuesto todo lo anterior, procedo pues a referirme a la primera de las cuestiones planteadas.

II. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la agravante de discriminación es la primera de las cuestiones que ha mantenido tradicionalmente dividida a la doctrina. En efecto, si bien para algunos autores nos encontramos ante una agravante de naturaleza subjetiva, al entender que el incremento de la pena que la misma conlleva obedece al mayor juicio de desvalor que merece el autor por los móviles que presiden su conducta¹⁰; para otros, entre los que me incluyo, esta forma de concebir esta agravante no es de recibo, ya que supondría atender a un factor que tiene más que ver con la personalidad del autor, que con la gravedad del hecho cometido¹¹. Consecuencia ésta más propia de un Derecho penal de autor, que de un Derecho penal de acto como el nuestro¹².

10. Cfr. por ejemplo, en este sentido, AYA ONSALO, 2018, p. 313; BERNAL DE CASTILLO, 1998, p. 65 y 59 y ss.; y MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2019, pp. 466 y 468.

11. En este sentido, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 331; GARCÍA ÁLVAREZ, 2004, pp. 288-289, LAURENZO COPELLO 1996a, pp. 268 y ss.; y LA MISMA, 1996b, p. 278.

12. Así también, por ejemplo, BORJA JIMÉNEZ, 1999, p. 325 y nota 428 y p. 327; y SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 465.

Sin embargo, si acudimos a la jurisprudencia podemos constatar que, en las no muy numerosas ocasiones^{13/14} en las que se ha apreciado esta agravante, se suele atender¹⁵ al aspecto motivacional como lo determinante para su apreciación, considerándola, por tanto, como una agravante de naturaleza subjetiva¹⁶.

En efecto, a título ejemplificativo puede consultarse entre los primeros pronunciamientos sobre la materia, la sentencia de 30 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Baleares, en la que se aprecia esta agravante en un delito de lesiones por “obrar el culpable por móviles ideológicos o de discriminación¹⁷”. Y, más recientemente, la sentencia del Tribunal

13. Como pone de manifiesto REBOLLO VARGAS, “en algo más de veinte años desde su entrada en vigor, el número de pronunciamientos de nuestra jurisdicción apenas ronda los noventa” (2018, pp. 208-209).
14. Para más información sobre esta cuestión puede consultarse el Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España del año 2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Gabinete de Coordinación y Estudios) del Ministerio del Interior. En él pueden comprobarse los siguientes datos que ofrece en relación a los delitos cometidos con la agravante de discriminación (si bien advierte de que todos los Delegados provinciales hacen referencia a la imposibilidad de ofrecer datos estadísticos fiables dada la inexistencia de soportes informáticos que los recojan adecuadamente): el número de procedimientos judiciales sobre los cuales la Fiscalía hace un Seguimiento son 106; las diligencias de investigación abiertas en Fiscalía, 9; los escritos de acusación formulados por Fiscalía, 24; y las sentencias, 33. Y puntualiza, “desgraciadamente nuestro sistema informático y estadístico no nos permite llevar un control de cuáles son los motivos de discriminación, si bien del examen de las Memorias de las Fiscalías territoriales que nos han enviado podemos decir que las principales causas son el racismo y xenofobia, los motivos ideológicos o de orientación política y los motivos de identidad sexual. Se observa asimismo un progresivo crecimiento de los hechos denunciados y cometidos por intolerancia religiosa, siendo la mayoría casos de islamofobia. En cuanto al racismo y la xenofobia los ataques más frecuentes son contra la población gitana y de origen musulmán –lo cual se mezcla con la motivación religiosa–, pero también contra personas cuyo aspecto pueda identificar como extranjera” (Memoria de 2016 de la Fiscalía General del Estado, pp. 688-691), https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf (última consulta 11/02/2021).
15. Como lo resume acertadamente, LANDA GOROSTIZA “la postura de la jurisprudencia en esta materia a favor de una agravante interpretada en clave subjetiva apenas sí ha variado desde los primeros pronunciamientos hasta los más recientes” (2018, p. 128). Así lo reconocen también SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, 2019, p. 331; y SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 463.
16. Cfr. en este sentido, cómo se manifiesta la Fiscalía General del Estado, en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).
17. También pueden consultarse, entre otras muchas, la sentencia de 30 de octubre de 2000, de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid (en la que no se apreció esta agravante por no quedar acreditados los móviles racistas en unas agresiones a

Supremo 420/2018, de 25 de septiembre, en la que se admite la aplicación de esta agravante por “razón de género”, considerando que el fundamento de agravación de la misma reside en el mayor reproche que supone el que el autor cometa el delito por sentirse superior al colectivo mujeres¹⁸.

Pues bien, digan lo que digan nuestros tribunales sobre esta materia, en mi opinión, la expresión “por motivos” que se emplea en esta agravante, no debe entenderse referida a la actitud interna del autor del delito. Por el contrario, considero que esos *motivos* no son más que los factores que otorgan al trato discriminatorio, tal carácter, distinguiéndolo de un tratamiento diferenciador puramente arbitrario. Por otra parte, de conformidad con un Derecho penal de acto, lo determinante para la apreciación de esta agravación no puede ser, por ejemplo, que el sujeto activo sea un “racista”, sino que lo determinante habrá de ser que el delito cometido conlleve también la materialización de un “comportamiento racista”; que no es lo mismo. Es decir, considero que será necesario que, además del bien jurídico protegido en el delito que se haya cometido en el caso concreto, se haya afectado el derecho del sujeto pasivo a no ser discriminado, lo que pone de manifiesto un mayor desvalor del injusto¹⁹. Y así de hecho lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 3124/2019,

unos egipcios); la STS 1145/2006, de 23 de noviembre (en la que se considera que lo decisivo es la motivación, FD 17); la STS 460/2010, de 14 de mayo (en la que se rechaza nuevamente su aplicación por entender “que no existe prueba en las actuaciones de que estos tres acusados actuaran por motivos xenófobos” FD 15); o la STS 414/2016, de 11 de febrero, en la que esta agravante no fue apreciada por entender que “no fueron razones de discriminación relacionadas con la raza las que motivaron al acusado, sino que el enfrentamiento entre ambos obedecía al deterioro de la convivencia” (FJ Tercero).

18. En el mismo sentido también pueden verse las SSTS 565/2018, de 19 de noviembre; 351/2019, de 9 de julio; 12/2020, de 23 de enero; y 257/2020, de 28 de mayo.
19. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, 1996b, pp.274 y ss.; MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, 2018, pp. 4-6; REBOLLO VARGAS, 2018, p. 208; y SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, pp. 464, 468 y 471. También LANDA GOROSTIZA es de la opinión de que el fundamento de esta agravante debe situarse en el mayor desvalor del resultado, pero entiende que el bien jurídico a afectar no es el derecho a no ser discriminado, si no, la seguridad existencial de ciertos colectivos (2018, pp. 122-123). No comparto la opinión de este autor porque el tenor literal de esta agravante no exige esa afectación, pero es que, además, considero que, tal exigencia, convertiría a esta agravante prácticamente en inapreciable, ya que estimo más que dudoso el que una conducta discriminatoria contra una persona individualmente considerada pueda atentar contra la seguridad existencial de los colectivos a los que esta agravante se refiere. Muy especialmente si tenemos en cuenta la realidad actual de la sociedad en la que vivimos. Por su parte, SEOANE MARÍN y OLAIZOLA NOGALES entienden que este efecto amenazante podrá servir como refuerzo, pero no es el fundamento de la agravación, ni será necesario que se produzca para poder apreciarla (ob. cit., p. 471).

de 9 de octubre: “Desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. (...). Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual (...)”²⁰.

Desde esta perspectiva, esta agravante –al poner de manifiesto una mayor gravedad del injusto– tiene naturaleza objetiva, siendo apreciable, en consecuencia, conforme a las reglas de la comunicabilidad (art. 65.2 Cp) en todos aquellos que la conozcan en el momento de la comisión del delito de que se trate²¹.

Eso sí, esta afirmación tiene como consecuencia lógica el que esta agravante no será de apreciación en los casos de “asociación por error”^{22/23}. Es decir, cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo, *erróneamente*, que concurre en el sujeto pasivo la cualidad que –en ese caso– ha determinado la comisión del delito contra ese sujeto pasivo en concreto (pertenencia a una determinada raza, homosexualidad, etc.). La apreciación de la agravante en tales casos sería

-
20. En términos similares puede verse la STS 571/2020, de 3 de noviembre (sobre la aplicación de esta agravante por “motivos de género”): “La concurrencia de una circunstancia de agravación requiere de un aditamento que, en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una fase fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuanta con el plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres”. Y “Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente aceptados” (FD Quinto). Sin embargo, y a pesar de todo lo anteriormente afirmado, sostiene de forma contradictoria que “La agravante se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad”. Afirmación esta última que pare mí, dicho lo anterior, carece de toda lógica. También la STS 444/2020, de 14 de septiembre, exige para la apreciación de esta agravante el que el comportamiento de quien agrede muestre un plus de antijuricidad (FD Tercero).
21. Así también, por ejemplo, LAURENZO COPELLO 1996a, pp. 268 y ss., especialmente pp. 275 y ss.; LA MISMA, 1996b, pp. 277 y ss., especialmente pp. 281 y 284; y SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, 2019, p. 347.
22. Siguiendo la terminología empleada por la Memoria de 2015, del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, disponible en https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxiu/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf (última consulta, 11/02/2021).
23. Como lo defienden, sin embargo, por ejemplo, AYA ONSALO, 2018, pp. 311 y ss.; y GÓMEZ MARTÍN, 2019, pp. 43-44. Así como la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

posible, ciertamente, si se compartiera la opinión de que esta circunstancia agravante es de naturaleza subjetiva, ya que para ello sería suficiente con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, pero no como digo, desde la perspectiva que aquí se defiende.

Si acudimos a la jurisprudencia, podemos comprobar que ésta no se ha manifestado sobre esta cuestión de forma unánime. Así, podemos encontrar resoluciones en las que se tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que para la apreciación de esta agravante basta con presuponer la condición diferenciadora del sujeto pasivo aunque en realidad no la posea (pueden verse en este sentido, por ejemplo, la STS 1341/2002, de 17 de julio, que confirma la sentencia de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2000; o las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 2006; la de la Audiencia Provincial de La Coruña 19 de abril de 2007; y la STS 1145/2006, de 23 de noviembre). Pero también hay otras en las que, efectivamente, se exige para la aplicación de esta circunstancia no solo la prueba de la comisión del hecho delictivo de que se trate sino, también, la condición de la víctima (así, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de febrero de 2005; de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 12 de enero de 2007; de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2009; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de enero de 2010; y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2010). De hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión de manera indubitada en su sentencia 983/2016, de 11 de enero, en la que declara que la circunstancia agravatoria debe referirse a la víctima y no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurra en el sujeto pasivo del delito²⁴.

Por lo que considero que, en lo que a la tendencia jurisprudencial más reciente se refiere, la solución a esta disyuntiva es clara; sin embargo, la diferencia de criterios habida sobre la materia llevó a los Servicios de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona a solicitar en 2015 una reforma del art. 22.4.^a del Código penal en el sentido de que se le incorpore, para despejar las dudas interpretativas a nivel doctrinal y jurisprudencial, una cláusula *in fine* con el siguiente tenor: “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta²⁵”.

24. Esta sentencia cita (FD Primero) en el mismo sentido, las SSTS 1341/2002 de 17 julio; 314/2015 de 4 de mayo; y 302/2015 de 19 mayo.

25. Memoria del año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, pp. 41-42.

Desde mi punto de vista, sin embargo, tal sugerencia no es de recibo. En mi opinión, en un Derecho penal de mínimos, en el que éste deba intervenir únicamente como *ultima ratio* en el caso de afectación real de bienes jurídicos, la agravante de discriminación del artículo 22.4.^a Cp, sólo debe ser apreciada –como he defendido– si con ella se afecta el derecho a no ser discriminado del sujeto pasivo, por lo que éste necesariamente ha de pertenecer a un colectivo caracterizado por alguna de las notas diferenciadoras que se prevén en este factor de agravación²⁶.

Por otra parte, coincido también con el pronunciamiento de la relativamente reciente STS 983/2016, de 11 de enero²⁷, en el sentido de que considero que, para que esta circunstancia agravante pueda ser apreciada, ha de quedar acreditado, también, que el sujeto activo perseguía con la comisión del delito que lleva a cabo, precisamente, la discriminación efectiva del sujeto pasivo. Por lo que considero que para la apreciación de esta agravante será necesaria la constatación de un elemento tendencial²⁸.

Es decir, desde mi punto de vista, no procederá la apreciación de esta agravante cuando el delito se cometa contra una persona caracterizada por uno de los factores de discriminación, sencillamente porque –por ello– el delito se pueda cometer, por ejemplo, con más facilidad o el sujeto activo se esté asegurando con ello el éxito del mismo. Recurriendo a un ejemplo: imaginemos la posibilidad de que, en la comisión de un delito contra la propiedad, se elija, como sujeto pasivo del mismo, a una persona que padece una enfermedad o una minusvalía simplemente porque ello provoca una situación de vulnerabilidad de la que se va a aprovechar el sujeto activo. En este caso procederá la aplicación de la agravante de superioridad pero no, como decía, de la de discriminación.

Hay autores que critican el que para apreciar esta agravante se exija que se demuestre que la intención del sujeto activo era precisamente la de discriminar al sujeto pasivo, por entender que tal exigencia puede llevar a una inaplicación total y absoluta de la misma²⁹. Sin embargo, la

https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxius/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf (última consulta 15/02/2021).

26. Así también SOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 469.

27. Sentencia que dispone que para que se estime la agravación: “la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima; lo que exige a su vez la prueba de la condición de la misma y la intencionalidad del autor”.

28. Coincidiendo así, por ejemplo, con CÁMARA ARROYO, 2017, p. 184.

29. Cfr. en este sentido, por ejemplo, SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 467.

no exigencia de tal elemento subjetivo tendrá como consecuencia el que cualquier delito en el que el sujeto activo sea consciente de que comete la conducta típica contra un sujeto pasivo caracterizado por uno de los factores discriminatorios del artículo 22.4.^a, conllevará la apreciación de esta agravante. Es decir, por esa regla de tres, cualquier delito de homicidio del art. 138.1 Cp, en el que el sujeto pasivo sea, por ejemplo, una persona de piel negra o de etnia gitana, tendrá que ser agravado por el artículo 22.4.^a del Código penal. Conclusión ésta inadmisibles. La exigencia de tal elemento subjetivo tendencial tendrá evidentemente sus problemas de prueba, pero habrá de inferirse de la forma en la que se desarrollaron los hechos, así como, fundamentalmente, del comportamiento del autor³⁰; y si tal elemento tendencial no puede ser demostrado, la agravante no deberá aplicarse³¹.

30. En esta misma línea, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 7/2019, de 14 de mayo (sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal) indica que habrá que acreditar la intencionalidad del autor “sobre la base de un juicio de inferencia que podrá venir facilitado mediante los indicadores de polarización que se exponen en el apartado correspondiente de esta Circular”. Esos indicadores de polarización se pueden agrupar, según la Fiscalía en tres grandes bloques: víctima, autor y contexto. En lo que se refiere a la víctima, la Fiscalía considera tres factores a tomar en consideración: la percepción que tenga la víctima sobre el origen de la conducta; su pertenencia a uno de los colectivos caracterizados por alguna de las notas diferenciadoras que se recogen en el precepto; y sus relaciones con personas de esos colectivos o con otras con ellos, a su vez, relacionadas. Por lo que se refiere al autor, entiende puede ser importante la constatación de si posee antecedentes penales por hechos similares; sus comunicaciones sociales y el contenido de las mismas; así como su pertenencia a algún grupo caracterizado por su odio o promoción de ideas contrarias a los colectivos caracterizados por alguna de las notas diferenciadoras recogidas, una vez más, en este delito. Y en cuanto al contexto, recomienda atender al carácter injustificado de lo ocurrido, la ausencia de relación previa entre sujeto activo y sujeto pasivo, la pertenencia de ambos a colectivos tradicionalmente enfrentados y la fecha y el lugar de los hechos, por si pudieran entrañar un significado especial para el colectivo al que pertenezca el sujeto activo o al que pertenezca el sujeto pasivo. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

31. No comparto tampoco el que, porque haya preceptos en los que como el 153.1 Cp en los que una conducta se castiga más gravemente por el hecho de que entre el sujeto activo –hombre– y el sujeto pasivo –mujer– exista o haya existido una análoga relación de afectividad, deba extraerse la consecuencia de que la agravante de discriminación por razón de género, ha de aplicarse de forma automática por el hecho de que el sujeto pasivo sea una mujer, como sin embargo se defiende en la STS 677/2018, de 20 de diciembre (sentencia citada por SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 474); siendo el incremento automático que se prevé en el artículo 153.1 Cp –desde mi punto de vista– en sí mismo cuestionable (cfr. en este sentido para más información, GARCÍA ÁLVAREZ, 2010, pp. 47-48). De hecho, apuntan su inconstitucionalidad, entre otros, GÓMEZ RIVERO, 2010, p. 113; y SIERRA LÓPEZ, 2010, p. 221.

Por otra parte, tampoco considero deba ser suficiente con que el sujeto pasivo posea esa nota diferenciadora que le distingue del resto, si no que la misma habrá de poner de manifiesto que, por ello, esa persona pertenece a un colectivo tradicionalmente marginado y en posición de inferioridad respecto al resto de la población.

Acudiendo nuevamente a la STS 3124/2019, de 9 de octubre, en ella se dispone literalmente que, para dar un contenido preciso a la circunstancia agravatoria, “Hemos de acudir a los criterios clásicos de interpretación de la norma penal. En primer lugar, la intención del legislador (...)”, lo que lleva al Tribunal Supremo a atender a la Exposición de Motivos de la LO en virtud de la cual se incorporó esta agravante (a la que ya hice alusión), lo que le permite concluir que “El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a *colectivos discriminados* que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, *evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable*³²” (FD Quinto).

Por tanto, y, en resumidas cuentas, considero que la agravante 4.^a del artículo 22 Cp, con independencia de la expresión “por motivos”, no puede dar lugar a una agravación de la pena por la motivación abyecta que presida la actuación del sujeto activo. Para su aplicación será necesaria –conforme al razonamiento expuesto– que además del bien jurídico afectado por el delito que se haya cometido, se contribuya a perpetuar la situación de desigualdad del sujeto pasivo del mismo. Luego, no es una agravante de naturaleza subjetiva en la que la agravación de la pena obedezca a una mayor culpabilidad del sujeto activo, sino que se trata de una agravante de naturaleza objetiva, en la que la mayor gravedad de la pena obedece a una mayor gravedad del injusto cometido. Por eso mismo, este factor de agravación sólo puede ser tenido en cuenta si el sujeto pasivo del delito cometido posee la nota diferenciadora, o pertenece a uno de los colectivos caracterizado por los factores de discriminación que en ella se prevén. Y, por último, siendo necesaria la constatación de la afectación del derecho a no ser discriminado del sujeto activo, ha de constatarse igualmente que esa era, precisamente, la intención (motivación) que presidía la comisión del delito por el sujeto activo. Por lo que considero que en nuestra jurisprudencia se ha venido produciendo tradicionalmente una confusión entre esa alusión a los “motivos” –que le ha llevado a entenderla como una agravante de naturaleza subjetiva–, y la *intencionalidad* que ciertamente ha de presidir la actuación del sujeto activo. Es decir, no son los motivos los

32. Las cursivas son mías.

que agravan, pero el delito ha de cometerse con la intención de discriminar al sujeto pasivo del mismo. Y, por último, también por la necesidad de afectación del bien jurídico derecho a no ser discriminado, esta agravante no podrá ser apreciada por el simple hecho de que el sujeto pasivo esté caracterizado por alguna de las notas diferenciadoras que en él se indican, sino que, atendiendo a los orígenes históricos de esta circunstancia individualizadora de la responsabilidad penal, es imprescindible que la misma ponga de manifiesto su pertenencia a un colectivo que, precisamente por esa nota diferenciadora, se distingue del resto para quedar en una situación de inferioridad, real o falsamente atribuida, respecto de los cánones considerados normales o mayoritarios en la sociedad.

Expuesto todo lo anterior, procedo pues al análisis de los distintos factores de discriminación que se recogen en el apartado 4 del artículo 22 Cp, para precisar cómo entiendo han de ser estos interpretados.

III. FACTORES DE DISCRIMINACIÓN

Para abordar el contenido de este epígrafe quiero fijar cuatro premisas:

La primera, que esta agravante, siguiendo un sistema de *numerus clausus*, recoge un número tasado de circunstancias en virtud de las cuales ha de ser, en su caso, tomada en consideración³³. Estos factores son, en concreto, los siguientes: racismo, antisemitismo, ideología, religión, creencias, etnia, raza o nación, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad y, por último, discapacidad.

La segunda, que, si analizáramos los preceptos del Código penal que se entienden generalmente como preceptos antidiscriminatorios, podríamos comprobar que algunos de estos factores se repiten de forma prácticamente unánime en todos ellos, si bien es cierto que hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por una redacción única cada vez que recoge en un delito los distintos factores de discriminación³⁴. Sin embargo, hay dos factores en concreto que son específicos de esta agravante: cometer el delito por *motivos racistas o antisemitas*.

33. El que se trate de un catálogo cerrado es valorado normalmente de forma positiva por los autores. Sin embargo, también hay quien como, BERNAL DEL CASTILLO, que considera que hubiera sido preferible emplear alguna fórmula más general o, al menos, acoger la fórmula prevista en el artículo 14 de la Constitución española con su coletilla final "cualquier otra condición o circunstancia personal y social" (1998, pp. 47-48).

34. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, 1996a, pp. 240 y 243. Discrepa, sin embargo, de la conveniencia de esta homogeneidad, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 39.

La tercera, que algunos de estos factores de discriminación tienen o parecen tener cierta similitud. Así, por ejemplo, la ideología, la religión y las creencias, por un lado; los motivos racistas y la discriminación por la etnia o raza, por otro; y, por último, el sexo, la orientación, la identidad sexual y las razones de género. Esa cercanía hace necesario un análisis de cada uno de estos grupos para poder determinar si esos factores diferenciadores aluden, realmente, a extremos distintos o se trata, por el contrario, de meras reiteraciones que convierten a alguno de ellos en superfluos.

Y la cuarta, que es que puede discutirse si la previsión de todos y cada uno de los factores enumerados tiene razón de ser en nuestro sistema jurídico, así como si habría algún otro que debiera ser incorporado.

Establecidas estas premisas, procedo a hacer mi reflexión sobre cada uno de estos factores diferenciadores.

1. MOTIVOS RACISTAS

En la agravante objeto de estudio, el primer factor que permite su apreciación es el que el delito se cometa por “motivos racistas”.

El problema radica en que en esta agravante el legislador emplea junto a la expresión “cometer el delito por motivos racistas”, la de “cometer el delito por otra clase de discriminación” siendo uno de los factores posibles de discriminación, precisamente, la “raza”; lo que obliga a reflexionar si no estaremos, en realidad, ante una duplicidad innecesaria.

La primera definición de discriminación *racial* la encontramos en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965³⁵, que dispone que habrá de entenderse por tal: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico”.

Pues bien, coincido con Landa Gorostiza cuando sostiene que, en realidad, en el artículo citado no se está definiendo la discriminación *racial*, sino lo que él denomina la discriminación *étnica*. Y ello porque mientras que la discriminación *étnica* atiende a diversos factores identificativos del grupo sobre el que recae el comportamiento discriminatorio, entre los que

35. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Instrumento internacional al que España se adhirió en 1969. Cfr. Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1969, pp. 7462 a 7466.

el color de la piel del afectado es sólo uno de ellos, pero no necesariamente el más específico; la discriminación *racial* sería aquella en la que el color de la piel es precisamente el factor identitario del grupo sobre el que recae tal comportamiento³⁶. Por otra parte, el término "*racismo*", en sentido estricto, ha de entenderse referido a aquellas ideologías que contribuyen a atribuir valoraciones negativas de jerarquización de grupos en función de caracteres físicos externos, sobre todo, el color de la piel³⁷. Por lo que parece evidente que actuar por motivos "*racistas*" o discriminar a alguien precisamente en atención a la "*raza*" a la que pertenece, vienen a ser exactamente lo mismo, implicando la doble previsión, por tanto, una reiteración carente de sentido³⁸.

2. MOTIVOS ANTISEMITAS

También este factor de agravación es uno de los que ha sido tachado de superfluo, y en esta ocasión por varios motivos. En primer lugar, porque si la expresión por *motivos antisemitas* se usa para referirse de forma genérica a ciertos pueblos, como, por ejemplo, los hebreos, la comisión del delito por dichos motivos es perfectamente reconducible a su comisión por "discriminación en atención a la *etnia, raza o nación*" a la que pertenece el afectado³⁹. En segundo lugar, porque la discriminación por motivos *antisemitas* también tiene cabida en la discriminación en atención a la *religión* del afectado, ya que el término *semita* se suele emplear para hacer referencia a las personas de religión judía.

Por lo que, si bien es cierto que la inclusión expresa del antisemitismo en esta agravante obedece a razones históricas que no han de ser olvidadas, tampoco hacen imprescindible su inclusión diferenciada⁴⁰, porque como hemos visto, no hace falta; pero, sobre todo, porque no responde a una exigencia de la realidad social española, a diferencia de la importancia que sí ha tenido el antisemitismo en otros países europeos desde finales del siglo XIX e, incluso, bien entrado ya el siglo XX⁴¹. En efecto, en nuestro país, desde finales del siglo XV con la expulsión de la comunidad

36. LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 53.

37. Siguiendo a LANDA GOROSTIZA, 1999, pp. 54-55.

38. Así también, entre otros, LAURENZO COPELLO, 1996a, p. 243; y LA MISMA, 1996b, p. 248.

39. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, PUENTE SEGURA, 1997, p. 510.

40. Como lo ponen de manifiesto entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 331, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, pp. 34 y 43; LAURENZO COPELLO, 1996a, pp. 243-244; y LA MISMA, 1996b, p. 248.

41. Para más información sobre esta cuestión, cfr. BORJA JIMÉNEZ, 1999, pp. 197, 221 y 264-265.

judía en tiempos de la reconquista con Isabel I de Castilla y Fernando V de Aragón, el antisemitismo no tiene ninguna relevancia social, por lo que tampoco debe de tenerla en el ámbito penal. Por lo que, considero, debería ser suprimida.

3. IDEOLOGÍA, RELIGIÓN, CREENCIAS

Estos tres factores tienen en común el que pertenecen, sin lugar a dudas, al ámbito del pensamiento⁴². La cuestión es si cada uno de estos factores tiene suficiente autonomía *per se* o, por el contrario, nos encontramos ante términos sinónimos y, por tanto, reiterativos, resultando alguno de ellos, superfluo. Este dilema se constata con claridad en el caso de los factores *creencias* y *religión*, ya que por las primeras puede entenderse, precisamente, las “religiosas”, y por el término *religión*, las “creencias religiosas”. Por lo que estaríamos denominando el mismo fenómeno, sencillamente, de dos maneras distintas. A su vez, el factor *ideología*, entendido de forma omnicomprendensiva, puede convertir en superfluos a los dos anteriores.

Estas aparentes duplicidades pueden entenderse superadas caso de que se pueda dotar a cada uno de estos términos de un ámbito específico de aplicación, lo que, en mi opinión, es ciertamente posible. Así, considero que el término *ideología* puede entenderse referido específicamente al conjunto de opiniones personales en materia de política; el de *religión*, a las ideas sobre el más allá, lo trascendente o la relación con una divinidad; y el de *creencias* a las concepciones personales sobre cuestiones ni políticas ni religiosas. Por tanto, si son entendidos de la manera propuesta, al tener cada uno de estos términos un ámbito de aplicación específico, ninguno de ellos resultaría superfluo.

Otra cuestión es si, a pesar de ello, las meras opiniones personales en cuestiones ajenas a la política y a la religión, tienen suficiente trascendencia como para constituir motivos diferenciales relevantes a los efectos de un posible rechazo o marginación social por parte de quien las sostenga, y lo que es más importante, si tal trato diferenciador merecería la intervención del Derecho penal.

Pues bien, recientemente podemos encontrar alguna interpretación de la *ideología*, como factor de discriminación que se aparta de su concepción tradicional, desvinculándola del ámbito de la política y concibiéndola de forma, como decía, más omnicomprendensiva. Así, por ejemplo, la

42. En este sentido, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 46; y PUENTE SEGURA, 1997, p. 510.

Fiscalía General del Estado, en su Circular 7/2019, de 14 de mayo (sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP), sostiene que este factor diferenciador puede referirse también a las opiniones relativas al sistema social, económico e, incluso, cultural⁴³. Desde mi punto de vista, sin embargo, tal sugerencia no es de recibo por las razones ya expuestas⁴⁴.

Pero es que, además, también se interpreta el propio término *ideología* de una forma tal, que, su toma en consideración como factor de discriminación, convierte a los preceptos antidiscriminatorios en un sinsentido por suponer una tergiversación de su razón de ser desde el punto de vista de sus orígenes históricos. En efecto, podemos comprobar cómo la Circular 7/2019 referida, señala (aludiendo eso sí, en general, a los “delitos de odio”, entre los que se incluye la agravante del artículo 22.4.^a Cp), que “(...) una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”⁴⁵. Pues bien, si el factor en atención al cual se cometiera el delito fuera la *ideología*, resultaría verdaderamente chocante el que pudiera apreciarse la agravante de discriminación en el caso que la Fiscalía propone. La ideología nazi podrá ser minoritaria, pero la misma no convierte al grupo que la profesa en un colectivo merecedor de protección. No es una cuestión del valor “ético” del sujeto pasivo. Es que esa nota diferenciadora, por mucho que sea una cuestión de *ideología*, no los convierte en un grupo desfavorecido ni vulnerable. Luego, las notas o factores diferenciadores que conforman esta agravante necesitan de una interpretación que permita entender cuándo efectivamente la conducta realizada en atención a las mismas se hace merecedora del reproche penal, precisamente, en atención a su origen histórico. Por ello considero, habrá de tratarse de notas diferenciadoras que permitan –con carácter general, pero también, por supuesto cuando se trate de la *ideología*– caracterizar al colectivo por ellas identificado como un colectivo histórica y sistemáticamente marginado. Lo contrario, es decir, pretender justificar el amparo por los preceptos antidiscriminatorios de colectivos que defienden ideas como el racismo o el nazismo, supone llevar cualquier precepto de la lucha contra la discriminación a un contrasentido.

43. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

44. Pone también de manifiesto su preocupación por una interpretación extensiva del factor “ideología”, Article 19, (2010, p. 10), https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Documento-tecnico_dialogodiscursodeodioEspaña_FinalES.pdf (última consulta 31/01/2021).

45. La cursiva es mía.

4. ETNIA, RAZA

El artículo 22.4.^a Cp permite que la pena de un delito sea agravada si éste se comete por discriminación referente a la *etnia* o, de forma diferenciada, a la *raza*. El uso indistinto de estos términos obliga nuevamente a analizar si realmente aluden a factores diferenciadores con entidad propia.

En mi opinión, desde el momento en que el legislador usa de forma diferenciada ambos términos, hay que tratar de dotarlos de contenido diferenciándolos, lo cual es además posible si el término *raza* se interpreta –como ya defendí *supra*– en su sentido más restrictivo. Ya que, si efectivamente entendemos que el término *raza* se emplea para individualizar grupos humanos, específicamente, por su distinto color de piel (blanca, negra, cobriza, o amarilla); con el término *etnia* podemos entender que lo que se hace es identificar a un grupo por ciertos caracteres propios (lengua, cultura, religión o historia), con independencia de que el grupo en cuestión tenga, además, un determinado color de piel.

Dicho de otra manera, mientras que cuando se usa el término *raza* se está aludiendo al aspecto determinista y biológico de un grupo, con el término *etnia* se pone más el acento en el aspecto voluntarista y cultural⁴⁶. Por lo que permitiendo ambos factores la caracterización de una persona o grupo en atención a factores distintos, no nos encontramos con su empleo ante reiteración alguna, pudiendo ambos ser mantenidos sin problemas.

De hecho, en nuestro país uno de los colectivos más discriminados es el identificable con la *etnia gitana*, perteneciente a la *raza blanca*, pero con unos rasgos culturales y sociales propios, diferenciados de los de la población mayoritaria⁴⁷.

5. NACIÓN

La referencia a la *nación* como factor de discriminación alude, sin lugar a dudas, a la pertenencia del sujeto pasivo a un determinado país. Es decir, permite hablar de trato discriminatorio a una persona cuando se le otorga un trato desigual peyorativo por ser de un determinado Estado, por ostentar una determinada nacionalidad. Ahora bien, entiendo que la *nación*, como factor diferenciador, permite seguir igualmente hablando de discriminación cuando la desigualdad de trato obedece simplemente a

46. Siguiendo en este planteamiento a BORJA JIMÉNEZ, 1999, p. 254.

47. Cfr. al respecto BORJA JIMÉNEZ, 1999, p. 227 y nota 376 y p. 233.

que el afectado posee una nacionalidad distinta a la de la mayoría. Es decir, cuando se trata, sencillamente, de un extranjero⁴⁸.

Otra cuestión de interés que suscita este factor de discriminación por la propia configuración de nuestro país y la actualidad de la llamada “cuestión catalana”, es si, caso de que se acepte la premisa de que en nuestra país hay ciertas “nacionalidades internas”, puede entenderse que se discrimina a una persona por su *nación*, cuando se le otorga un trato diferenciador peyorativo por el hecho de pertenecer (o no) a una de esas nacionalidades internas, aun encontrándonos dentro del territorio español.

Al igual que ocurre con el término *raza*, el término *nación* tiene también dos posibles acepciones. Una, como población de un Estado-país regido por un gobierno, con personalidad jurídica internacional y soberanía propia; y otra, más amplia, como conjunto de personas que comparten una misma identidad cultural, generalmente también un mismo idioma, presentando perfiles notablemente diferenciadores del resto de comunidades⁴⁹. Es decir, la disyuntiva reside en entender que el diferente origen nacional se refiere única y exclusivamente, a una nacionalidad distinta a la española; o, por el contrario, que incluye también a esas “nacionalidades internas”.

La cuestión no es baladí en los tiempos que corren. La mayoría de los autores opta por la primera de las interpretaciones ofrecidas, a pesar de que el tenor literal del artículo 2.º de nuestra Carta Magna garantiza “el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” que integran la nación española. Parte de los autores que defienden esta opción lo hacen por entender que es la más conforme con el criterio restrictivo conforme al cual han de ser interpretadas las normas penales⁵⁰; argumento éste al que otros añaden la dificultad que generaría en la práctica determinar cuáles son exactamente esas nacionalidades y si serán únicamente las Comunidades Autónomas, o si serían incluibles, también, las regiones⁵¹.

48. Así también, por ejemplo, MACHADO RUIZ, 2002, pp. 216-217.

49. Siguiendo en esta cuestión la exposición de PUENTE SEGURA, 1997, p. 511.

50. De esta opinión, por ejemplo, PUENTE SEGURA, 1997, p. 511. Por ello no comparto la propuesta de ÁLVAREZ ÁLVAREZ de que el legislador debería haber usado en vez del término *nación*, el término *origen*, para así poder abarcar sin dificultad como trato discriminatorio todo trato desigual peyorativo del que pudiera ser objeto un español, por pertenecer a una determinada parte del país (1999, p. 324).

51. Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, 1996a, p. 241; LA MISMA, 1996b, 246; y MACHADO RUIZ, 2002, p. 217.

Ahora bien, también es cierto que las diversidades culturales y lingüísticas que caracterizan a esas “nacionalidades internas” que existen dentro del Estado español, son fuente de importantes conductas discriminatorias. Realidad ésta que ha motivado que algunos autores hayan optado por la segunda de las acepciones que ofrece el término *nación*⁵².

En mi opinión, si bien tienen razón estos últimos autores al poner de manifiesto que las diferencias que existen en el interior de nuestro país son la base de conductas discriminatorias reales, esto no puede legitimar una interpretación amplia del término *nación* que lo convierta en un término de límites imprecisos. Además, coincido con Lorenzo Copello cuando pone de manifiesto que, con independencia de las Comunidades Autónomas, existe una única nación española, como de hecho se reconoce en la rúbrica del artículo 2.º de la Constitución: “Unidad de la Nación y derecho de autonomía⁵³”. Por lo que considero en que el término *nación* habrá de ser entendido en su sentido más preciso, identificándolo con el Estado como unidad política.

En cualquier caso, uno de los factores por los que se puede ser sujeto pasivo de una conducta delictiva discriminatoria por ser de una determinada parte del territorio nacional es por el uso o no, de una de lenguas oficialmente reconocidas en el Estado español. Pues bien, la diferencia de trato en atención precisamente a este factor no podría ser cubierto con el recurso al término *nación* ni aunque a éste se le otorgara su acepción más amplia, por lo que habría requerido su previsión expresa por parte del legislador, como, de hecho, lo ha previsto en el artículo 314 del Código penal en el que se incrimina la discriminación laboral. Es más, su previsión expresa en ese precepto, y no como factor de discriminación en la circunstancia agravante, debe servir como evidencia de que, si el legislador hubiera querido, la podría haber incorporado.

6. SEXO, ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUAL Y RAZONES DE GÉNERO

Nos encontramos aquí con cuatro términos que, guardando similitudes, han de obedecer a realidades distintas. De hecho, no todos estaban previstos en la redacción inicial de esta agravante, habiendo sido incorporados en las sucesivas reformas por ella experimentada.

52. En este sentido pueden verse, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, pp. 322-324, y BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 43.

53. LAURENZO COPELLO, 1996b, p. 241.

Por lo que se refiere al *sexo*, factor diferenciador existente desde la versión inicial de esta agravante en el anterior Código penal, este factor podría pensarse que acoge en principio, a ambos sexos⁵⁴. Es decir, tanto al femenino como al masculino. Pero eso sería desconocer que el colectivo que ocupa una posición deficitaria y el tradicionalmente discriminado en atención a este factor, es el femenino⁵⁵.

Eso sí, y como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 173/1994, de 7 de junio: “la discriminación por razón de sexo no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentran su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”. Es decir, la discriminación por *sexo* engloba tanto la discriminación directamente referida al *sexo* (femenino) mismo, como a caracteres diferenciales y circunstancias vinculadas indisolublemente al *sexo*⁵⁶.

Por otra parte, también hay que reconocer que el hecho de que la mujer ocupe socialmente una posición aún deficitaria respecto al colectivo masculino, hace que tenga pleno sentido el que el *sexo* se recoja entre los factores de discriminación en el artículo 14 de la Constitución española, así como en esta agravante, pero eso no puede traducirse en que el *sexo* constituya un factor diferenciador que haya de tener automáticamente relevancia penal sea cual sea el delito cometido. Sobre esta cuestión reflexionaré *infra* en el epígrafe correspondiente.

Por lo que se refiere a la *orientación sexual* como factor diferenciador, con él se alude con toda claridad, a la opción sexual que caracterice al sujeto pasivo del delito, es decir, a las distintas tendencias sexuales (homosexualidad, heterosexualidad, bisexualidad, etc.) del afectado por el trato diferenciador peyorativo. Lo que no resulta tan evidente es si serán incluíbles otras peculiaridades que pueden marcar el desarrollo sexual individual como determinadas prácticas sexuales (bestialismo), la promiscuidad, el adulterio o el ejercicio de la prostitución.

54. Como lo defiende, por ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, p. 8.

55. Así también, SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 477.

56. Cfr. en este sentido, por ejemplo, GARCÍA FERNÁNDEZ, 1996, pp. 54-55.

La mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre este extremo estiman excesivo incluir como factores diferenciadores con relevancia penal las diferentes maneras de ejercicio de la sexualidad, considerando que esto llevaría a una ampliación desmesurada del ámbito sancionador⁵⁷. Pero, en mi opinión, la admisibilidad de estos factores diferenciadores quizás sea una cuestión que, más de resolverse de forma general, depende de que nos encontremos o no ante una circunstancia que sitúe a la persona en quien concurre en una situación social deficitaria. Extremo éste que quizás pueda afirmarse, por ejemplo, cuando se trate del ejercicio de la prostitución, siendo más cuestionable, por el contrario, si la nota caracterizadora del trato diferenciador fuera la promiscuidad o el adulterio.

La *identidad sexual* se incorporó con la reforma del año 2010, porque, según se justificaba en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, “el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”. Dicho lo cual, considero que la expresión correcta no es la empleada por el legislador, ya que *identidad sexual* es el sexo biológico que se nos otorga al nacer, por lo que debería haberse empleado la expresión “identidad de género”, es decir, si la persona se identifica con una identidad femenina, masculina o andrógina.

Por tanto, la incorporación de este nuevo factor permitiría agravar la pena del delito cometido cuando este se cometa contra las personas, por ejemplo, transexuales⁵⁸, en atención precisamente a tal consideración, siempre y cuando fuera constatable –tal y como ya expuse *supra*– que con ello se afectara su derecho a no ser discriminado.

Y la última incorporación de factores relacionados con el sexo, tuvo lugar con la LO 1/2015, de 30 de marzo, con la que se incluyen las *razones de género*. Según se recoge en la Exposición de Motivos de esta LO, “La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias

57. Se muestran críticos, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 44; LAURENCO COPELLO, 1996a, p. 242; LA MISMA, 1996b, p. 247; y MACHADO RUIZ, 2002, p. 231.

58. En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, 2018, p. 82; y GÓMEZ MARTÍN, 2019, p. 46.

diferente del que abarca la referencia al sexo”. Especialmente interesante me parece la argumentación que se sigue en la STS 571/2020, de 3 de noviembre, en la que se afirma que lo que ha de tenerse en cuenta para apreciar esta agravante por *razones de género*, es “el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Desigualdad no sustentada en la condición biológica de la mujer, sino ensamblada en una concepción social sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente le han atribuido” (FD Quinto).

La incorporación de este factor de discriminación no ha sido valorada de forma unánime por los autores. Como lo pone de manifiesto Marín de Espinosa Ceballos: “la discriminación por razón de género ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, que ha calificado su introducción como expresión de una mera reforma simbólica, hasta el punto de llegarse a afirmar no sólo que dicho motivo podría ya considerarse incluido en la discriminación por razón de sexo, sino que, además, el Código Penal ya contenía esta agravación como una circunstancia específica en los considerados ‘delitos de género’⁵⁹”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 420/2018, de 25 de septiembre, en la que se pronuncia, por primera vez, sobre la agravante de discriminación por *razón de género*, reconoce que ésta tiene puntos de contacto con la discriminación por *razón de sexo*. Pero, a continuación, puntualiza que, mientras que la agravante de *sexo* no necesita que se acredite una intención de dominación del hombre sobre la mujer (lo que le lleva a entender que la agravante por *razón de sexo* puede ser tenida en cuenta con independencia de que el sexo del afectado sea femenino o masculino, opinión que no comparto), tal intención ha de quedar acreditada para que pueda ser apreciada por *razón de género*⁶⁰. Yo no comparto, sin embargo, el que la diferenciación entre ambos factores discriminatorios resida en la existencia o no de esa actitud de sometimiento del hombre sobre la mujer. Desde mi punto de vista, para dotar de contenido específico a este factor de discriminación basta con acudir a la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 *supra* reproducida, a la que me remito. Es decir, considero que lo que ha de

59. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, p. 3.

60. Exigen la constatación de tal intención de dominación del hombre sobre la mujer, por ejemplo, la SSTS 420/2018, de 25 de septiembre y 565/2018, de 19 de noviembre. En términos similares, las SSTS 223/2019, de 29 de abril y 351/2019, de 9 de julio, sostienen que lo que ha de acreditarse es que el sujeto activo comete el delito contra una mujer por el mero hecho de serlo y con la intención de dejar patente su sentimiento de superioridad.

tenerse en consideración es que se convierta a una mujer en sujeto pasivo de un delito en consideración a los roles que se asignan, en virtud de ciertos aspectos socioculturales, a lo femenino. Como se defiende en la STS 444/2020, de 14 de septiembre (FD Tercero): “No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (...), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima (...) en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados⁶¹”.

Es más, si, conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sólo hay violencia de género cuando el hombre que ejerce la violencia mantiene o ha mantenido una relación sentimental con la mujer sujeto pasivo de dichas violencias; estimo que tal interpretación no ha de entenderse vinculante en la aplicación de la agravante del artículo 22.4.^a por razón de *género*⁶². Nuevamente considero que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 es suficientemente clara y que en ella no se condiciona su aplicabilidad a la existencia de una relación sentimental previa entre sujeto activo y sujeto pasivo, pudiendo ser apreciada cualquiera que sea el contexto (público o privado)

61. En esta línea puede consultarse también la STS 99/2019, de 26 de febrero, en la que se aprecia la agravante de discriminación por razón de género en un delito contra la libertad sexual, rechazando la necesidad de que se constate para ello un determinado propósito, al considerar que lo importante es que se acredite una asimetría en la relación entre el varón-autor y la mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal (FD Tercero). O la STS 452/2019, de 8 de octubre, en la que nuevamente se rechaza la necesidad de que se demuestre la voluntad de dominar, considerando que lo que ha de acreditarse es que el delito cometido se entienda como manifestación objetiva de la discriminación contra la mujer (FD Tercero). Así como la STS 136/2020, de 8 de mayo, en la que a pesar de señalar que la agravante de discriminación por razones de género tiene un fundamento subjetivo, se exige una objetivización de la misma cuando sostiene, al mismo tiempo, que “el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma”. Objetivización puesta también de manifiesto al afirmar que los delitos se agravan “por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer” (FD Tercero).

62. Coincido así, por ejemplo, con SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, pp. 459-460. En sentido contrario se manifiesta, sin embargo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, pp. 13-15.

en el que el delito se cometa⁶³ (con las salvedades que mencionaré *infra* en el epígrafe correspondiente). Es más, soy de la opinión de que podrá ser apreciada sin necesidad de que el sujeto activo sea un hombre, porque lo importante en esta agravante es que el delito se cometa contra un sujeto pasivo mujer en atención precisamente a su rol de mujer⁶⁴.

Eso sí, hay que reconocer que, a fin de cuentas, en el caso de discriminación por *razón de género* (por mucho que con ella se atienda específicamente a los roles atribuidos tradicionalmente al sexo femenino), en última instancia, se está teniendo en cuenta también el *sexo* del sujeto pasivo afectado por el delito. Ahora bien, siendo esto así, no son identificables⁶⁵ ya que el factor *sexo* se refiere al sexo desde un punto de vista puramente biológico, por lo que ninguna de ellas resulta superflua.

De hecho, resulta llamativo el que si bien no ha habido hasta la fecha ninguna sentencia en la que se haya apreciado la agravante del artículo 22.4.^a Cp, por *razón de sexo*, sin embargo, ésta haya sido bastante apreciada en los últimos años, cuando el factor diferenciador es el *género*, por lo que realmente no puede darse la razón a ninguno de los autores que auguraban a este factor diferenciador un papel puramente simbólico. Por otra parte, con independencia de que existen determinados delitos de “violencia de género”, hay otros preceptos en los que se castigan conductas incluso de mayor gravedad que las en los anteriores previstas, en los que la apreciación de esta agravante por “razón de género” puede ser perfectamente legítima, como veremos *infra* en el epígrafe correspondiente.

63. Nuestro Tribunal Supremo se ha manifestado en ambos sentidos. Así, la STS 420/2018, de 25 de septiembre, ciñó la apreciación de esta agravante al ámbito de las relaciones de pareja. Sin embargo, a partir de la STS 565/2018, de 19 de noviembre, en la que se considera que no es imprescindible la existencia de tal relación, por entender que lo determinante es la existencia de un trato desigual por el hecho de que el sujeto pasivo sea una mujer, puede comprobarse cómo cambia el criterio sobre esta cuestión. Así, en el mismo sentido, se manifiestan las posteriores SSTS 99/2019, de 26 de febrero; 223/2019, de 29 de abril; 351/2019, de 9 de julio; 257/2020, de 28 de mayo; 444/2020, de 14 de septiembre, y STS 571/2020, de 3 de noviembre. Un completo análisis de cómo ha evolucionado la forma de apreciar la agravante de discriminación por razón de género en nuestra jurisprudencia puede verse en SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, 2019, pp. 303 y ss.

64. En el mismo sentido, cfr. SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, pp. 459, 477 y 484.

65. Sin embargo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, aun reconociendo el distinto origen de ambos factores de discriminación, considera que los conceptos sexo y género a veces son difícilmente deslindables (2018, pp. 11-12). De hecho, considera que toda discriminación por razón de género es una discriminación por razón de sexo, pero no a la inversa; al ser el factor “sexo”, el género; y el factor “género”, la especie (ob. cit., pp. 14 y 18).

Por tanto, y en resumidas cuentas, con la referencia al *sexo* se alude tanto al sexo femenino, como factor diferenciador, en sentido biológico, propiamente dicho, como a las condiciones o circunstancias que con él tengan una relación directa e inequívoca; con el término *orientación sexual*, se hace referencia a las distintas opciones o tendencias en el ejercicio de la sexualidad; con el término *identidad sexual* (en realidad, en mi opinión, *de género*), al género, que no tiene por qué coincidir con el sexo biológico del afectado; y, por último, con la expresión, *razones de género*, a los roles vinculados social y tradicionalmente con cada uno de los dos sexos. Por lo que, guardando cierta cercanía, cada uno de estos factores fundamentadores de un tratamiento agravador de la pena, se refieren a un distinto aspecto que puede caracterizar al sujeto pasivo del delito cometido. Y cada uno de ellos podrá ser tenido en consideración caso de que tal factor ponga de manifiesto la pertenencia del sujeto pasivo –como ya apunté *supra*– a un grupo que se encuentre en situación de inferioridad respecto al resto de la sociedad. De manera que si bien con el factor *sexo* y el de *razones de género*, se ha de entender que se alude específicamente a las mujeres, aunque desde dos puntos de vista distintos; no ocurre lo mismo con los factores de *orientación sexual* e *identidad sexual* (género).

7. ENFERMEDAD

La enfermedad, como factor diferenciador, caso de ser el detonante del trato desigual y peyorativo y, por tanto, discriminador, hace referencia a cualquier menoscabo de la salud física o mental que pueda sufrir el sujeto pasivo del delito del que se trate.

Ciertamente, tras su previsión expresa en la redacción inicial de esta agravante en el vigente Código penal, lo que subyacía, como pusieron de manifiesto diversos autores en su momento, fue la preocupación de las discriminaciones de las que puedan ser objeto los afectados por la enfermedad del SIDA⁶⁶. De hecho, su previsión expresa obedeció a una propuesta de un grupo de médicos y juristas coordinados por Seisida y Médicos del Mundo, efectuada en una reunión celebrada en Madrid el 27 de noviembre de 1989⁶⁷. Es cierto que quizás ya no tanto, pero en los años ochenta al ser una enfermedad prácticamente desconocida y al aparecer vinculada, aunque no de forma exclusiva, a ciertos grupos humanos con caracteres, a su vez, diferenciadores, propició el rechazo social de las personas enfermas o portadoras de esta enfermedad, lo que motivó la

66. Así, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO 1998, p. 45, nota 72; y MACHADO RUIZ, 2002, pp. 232-233.

67. En palabras de CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 1996, p. 307.

preocupación lógica por la protección de los derechos de estos enfermos, pero también por la necesidad de evitar la negativa repercusión del rechazo a los mismos de cara a la protección de la salud pública⁶⁸.

En cualquier caso, ha de valorarse positivamente el que, aunque la preocupación última la constituyera el SIDA y las personas afectadas por dicha enfermedad, se optara, a la hora de referirse a este factor de discriminación, por el empleo del término genérico *enfermedad*. Eso sí, habrá de tratarse de una enfermedad que relegue a la persona que la padece a una situación de marginalidad respecto de la mayoría de la población⁶⁹.

8. DISCAPACIDAD

Este término vino a sustituir al de *minusvalía* que era el que se empleaba para referirse a cualquier tipo de deficiencia física o psíquica que afecte al normal desarrollo o a la actividad del sujeto que la padece, desde su incorporación por la reforma introducida en esta agravante con la LO 5/2010, de 22 de junio, hasta su modificación por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

“En esta ocasión se trataba simplemente de adecuar la terminología empleada en el Código penal para referirse a las personas con discapacidad en respeto a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. En la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo (XXVII) se indicaba que el Código penal seguía usando los términos ‘minusvalía’ o ‘incapaces’ cuando se trataba de una terminología ya superada en nuestro Ordenamiento jurídico incluso, antes, de la mencionada Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), debiendo ambos conceptos ser sustituidos, respectivamente, por los términos más adecuados de ‘*discapacidad*’ y “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Con la finalidad de actualizar tales términos, se incorporó un apartado para que todas las referencias hechas en el Código penal al término “minusvalía” se sustituyeran por el término “*discapacidad*”, además de que se modificó el artículo 25 Cp en el que procedía a otorgarse una

68. Un análisis detallado de esta problemática puede verse en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 1996, pp. 283 y ss.

69. Cfr. en este sentido, MACHADO RUIZ, 2002, p. 233.

definición precisa a dicho término. En él se señala que se entiende por *discapacidad* “aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

No considero de recibo crítica alguna sobre el carácter superfluo de esta previsión por entender suficiente con el término *enfermedad*⁷⁰. No todas las minusvalías son reconducibles a enfermedades o catalogables como tales, piénsese, por ejemplo, en parálisis de los miembros, reducciones de movilidad, defectos de visión, auditivos o similares. En cualquier caso, eso sí, tendrá que tratarse de una *discapacidad* que sitúe al afectado por ella en una situación de inferioridad respecto al resto de la población.

IV. ¿HAN DE TENER TODOS ESTOS FACTORES DIFERENCIADORES TRASCENDENCIA PENAL?

Analizados todos y cada uno de los factores diferenciadores que pueden dar lugar a la apreciación de la agravante de racismo o discriminación, considero resulta evidente que no todos ellos han de tener trascendencia penal.

Por un lado, me parecen innecesarias tanto la referencia a los motivos *racistas*, en este caso por reiterativa; como la referencia a los motivos *antisemitas*, ésta por ser reconducible a otros de los factores de discriminación y, además, por no constituir el antisemitismo una problemática con entidad propia en la realidad social española actual. Por lo que estimo que ambas referencias deberían desaparecer como factores de apreciación de esta agravante.

Por otra parte, considero que la referencia a las *creencias* –entendida como las opiniones personales sobre aspectos distintos a la religión o la política– no tiene la suficiente trascendencia como para que, si un delito se comete en atención a las que profese el sujeto pasivo, ello determine la apreciación de una pena más grave. Por una parte, no alcanzo a construir un ejemplo en el que las creencias individuales, entendidas en el sentido indicado, coloquen a la persona que las profese en una situación deficitaria respecto al resto de la población que la haga merecedora de protección frente a delitos que contra ella puedan cometerse por tal motivo. Y, por

70. Como sin embargo lo apuntó en su momento, BERNAL DEL CASTILLO, si bien refiriéndose al término de minusvalía (1998, p. 46).

otra, tal posibilidad determinaría una aplicación desmesurada de este factor de agravación que podría dar lugar a una limitación inadmisibles del ejercicio del derecho a la libertad de expresión –caso de que el delito que se cometa sea –claro está– un delito de expresión.

Sin embargo, hay quienes le reprochan al legislador el que no haya tenido en cuenta otros factores como la “edad” o, como ya indiqué en el apartado 5 de este epígrafe, “el uso o no, de una de lenguas oficialmente reconocidas en el Estado español”; y muy especialmente, la referencia a la aporofobia⁷¹.

De hecho, el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, en su Memoria del año 2015, aboga por una reforma de la agravante de discriminación al entender que presenta algunas lagunas y deficiencias que exigirían su reforma para garantizar una mejora en su aplicación.

En concreto, por lo que se refiere a esta cuestión⁷², propone la ampliación de los motivos de discriminación protegidos, estimando debieran incluirse la *edad*, el *uso de lenguas oficiales*, pero también la *situación familiar* o el *origen territorial dentro del propio Estado*, el *aspecto físico* y la *situación socio económica de la víctima* o, dicho de otra manera, la “aporofobia” (odio al pobre)^{73 /74}.

Y a tales efectos, sugiere la incorporación al art. 22.4.^a Cp de una cláusula de cierre abierta en coordinación con el artículo 14 de la Constitución, precepto constitucional que sirve de base a todos los preceptos penales relativos a la prohibición de discriminación, con el siguiente tenor: “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁷⁵”.

71. Como lo sintetiza, DE VICENTE MARTÍNEZ, 2018, pp. 83-84.

72. Ya que, como he recogido en el epígrafe relativo a la naturaleza jurídica de esta agravante, también insta a la incorporación de una cláusula final que permita la apreciación de esta agravante cuando, constatada la motivación discriminatoria del sujeto activo, el sujeto pasivo no posea, en realidad, la nota caracterizadora que determinó al sujeto activo a cometer el delito de que se trate, contra él.

73. Memoria del año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, p. 40. https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxius/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf (última consulta 15/02/2021).

74. Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2016, echa en falta algunos supuestos, como son los de aporofobia y gerontofobia https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf (última consulta, 11/02/2021).

75. Memoria del año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, pp. 40-41. Cláusula ésta con la que considera que se estaría recogiendo la definición de delito de odio facilitada por la Organización para la

Yo no puedo compartir esta sugerencia, en cuanto conllevaría una ampliación desmesurada de esta agravante, ofreciendo, además, una gran inseguridad jurídica⁷⁶. Es más, como ya he indicado considero que, efectivamente, la agravante del artículo 22.4.^a Cp debe ser reformada, pero para eliminar no sólo aquellos factores que, por reiterados, resultan superfluos sino, también, para suprimir aquellos que no tengan ninguna relevancia social en nuestro país en estos momentos. Eso sí, en atención a su relevancia social⁷⁷, sí me parece importante y coincido en la necesidad puesta de manifiesto por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 1160/2006, de 9 de noviembre⁷⁸, de que se incorpore la referencia a la aporofobia, motivo de discriminación este último que está expresamente contemplado en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y es que “los pobres” son, en este momento, el sector de la población más desprotegido y en mayor situación de exclusión social de todos. Ahora bien, he de puntualizar que me parece más indicada esta expresión que la alternativa de “situación económica” (propuesta, por ejemplo, por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona), ya que, aunque ésta incluya a la anterior, también permitiría teóricamente plantearse la aplicabilidad de esta agravante si la víctima es elegida como sujeto pasivo del delito de que se trate, por su riqueza; lo que no tendría sentido.

Mientras tal reforma no se lleve a cabo, aunque efectivamente se pueda reconocer que se están cometiendo delitos contra personas en atención precisamente a su condición de pobreza para contribuir con ello a su marginación y desigualdad, esta agravante no podrá ser aplicada si la *aporofobia* es el factor único determinante de la comisión de los mismos, al estar prevista, como indicaba al comienzo de este epígrafe, con un sistema de

Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) desde el año 2003. https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxiu/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf (última consulta 15/02/2021).

76. En consideración de GÓMEZ MARTÍN, con ello se vulneraría el principio de taxatividad (2019, p. 47).
77. De hecho, su incorporación como factor de discriminación es demandado por la sociedad civil. Así, por ejemplo, por el Observatorio Hatento, que señala que un 47% de las personas sin hogar son víctimas de delitos de odio (<http://hatento.org/>, última consulta, 11/02/2021).
78. Sentencia en la que afirma que “La inclusión de la “aporofobia” como motivo de discriminación resulta imprescindible”, por razones de Justicia y por la preocupación institucional en relación a este tipo de delitos de odio, que “vienen siendo contabilizados en las estadísticas de delitos de odio y discriminación desde hace tiempo por el Ministerio del Interior y por el cuerpo de Mossos d’Esquadra así como por la propia Delegación de la Fiscalía General del Estado para la Tutela Penal de la Igualdad y la lucha contra la Discriminación” (FJ 23).

numerus clausus, con sus ventajas, pero también, indudablemente, con sus inconvenientes.

Otra cuestión distinta es si la agravante de discriminación puede ser apreciada por el simple hecho de que el sujeto pasivo posea esa nota que lo diferencia del resto y el delito se cometa en atención a la misma, con independencia de la naturaleza de dicho delito. Lo que me lleva al análisis de esta cuestión en el epígrafe siguiente.

V. ¿ES LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4.^a CP APLICABLE A CUALQUIER DELITO?

En este epígrafe quiero abordar dos cuestiones que, aunque están indudablemente relacionadas, son diferenciables.

En primer lugar, quiero clarificar si esta agravante puede efectivamente apreciarse en cualquier delito. Y, en segundo lugar, si todos y cada uno de los factores de discriminación previstos en ella pueden dar lugar a la apreciación de esta agravante con independencia de la naturaleza del delito cometido.

1. ¿APLICABLE A CUALQUIER DELITO?

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, la circunstancia agravante 4.^a del artículo 22 Cp puede ser aplicable, en principio, sea cual sea el delito que se cometa por motivos racistas, antisemitas o por discriminación en atención a la ideología o a cualquier otro de los factores indicados, al haber desaparecido, como ya puse de manifiesto, su restricción a los delitos contra las personas y el patrimonio. Ahora bien, tal afirmación inicial necesita de algunas matizaciones.

Para empezar, por estricta aplicación del artículo 67 Cp, como manifestación del principio *non bis in idem*, esta agravante no podrá ser apreciada en aquellas figuras delictivas en las que se sancionen directamente conductas discriminatorias o en las que la toma en consideración de ciertos factores de diferenciación del sujeto pasivo sean elementos constitutivos de las mismas. Es decir, no podrá ser apreciado si el delito cometido constituye una discriminación laboral (art. 314 Cp), o una denegación de prestación de servicios por motivos discriminatorios (arts. 511 y 512 Cp), ni en el de asociaciones ilícitas por promover o incitar a la discriminación o al ejercicio de violencias discriminatorias (arts. 515.4.º y 518 Cp), ni en los delitos de genocidio y lesa humanidad (arts. 607 y 607 bis Cp), ni en el de la selección de la raza (art. 161.2.º Cp). Tampoco podrá apreciarse si el

delito cometido es sancionable conforme al artículo 510 del Código penal, precepto éste considerado en estos momentos como el paradigma de todos los preceptos antidiscriminatorios⁷⁹. Igualmente, no podrá apreciarse en aquellos en los que se protegen a grupos vulnerables, como ocurre en el delito de amenazas a un grupo (art. 170.1 Cp); ni en caso de delito de tortura cometida en base a algún tipo de discriminación (art. 174 Cp).

Por otra parte, en la medida en que en esta agravante lo que determina el incremento de la pena, como puse de manifiesto en el epígrafe relativo a su naturaleza jurídica, es la materialización de un comportamiento discriminatorio en atención a alguno de los factores diferenciadores que en ella se señalan y que caracteriza al sujeto pasivo del delito, tendrá que tratarse de un delito en el que el sujeto pasivo sea una persona individualmente considerada y en el que se proteja, por tanto, un bien jurídico de titularidad individual. No entiendo defendible, en consecuencia, la apreciación de esta agravante en el caso de delitos con bienes jurídicos sociales, colectivos o supraindividuales.

Otra cuestión es si, con carácter general, esta agravante tampoco puede ser de aplicación cuando el delito que se comete está íntimamente relacionado con la dignidad personal, el ser el derecho a no ser discriminado una manifestación de la misma. Sobre esta cuestión Lorenzo Copello rechaza, por ejemplo, la posibilidad de su aplicación en las injurias (arts. 208 y 209 Cp), así como en los delitos contra la integridad moral (art. 173 Cp)⁸⁰. Pues bien, yo no comparto tal opinión, ya que, desde mi punto de vista, tales figuras delictivas no agotan el contenido de desvalor que implica la vulneración del derecho a no ser discriminado.

Sobre la posibilidad de aplicación de esta agravante en caso de delitos contra la integridad moral, tenemos la Instrucción 6/07, de 9 de noviembre, de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Esta instrucción se emitió a propósito del caso de los ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña, hechos acaecidos en octubre de 2007⁸¹. Si recordamos los hechos acaecidos fueron los siguientes: un joven agredió en el vagón de un tren a una chica ecuatoriana, sin llegar a causarle lesión constitutiva de delito, pero con una motivación abiertamente xenófoba. En esta Instrucción se razonaba de la siguiente manera: “los mencionados casos de violencia física

79. Cfr. en este sentido, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, de la Fiscalía General del Estado https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

80. LAURENZO COPELLO, 1996a, p. 278; y LA MISMA, 1996b, p. 284.

81. Como lo pone de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, 2019, p. 67.

absolutamente gratuita ejecutados con la finalidad de humillar y vejar a la víctima, menoscabando gravemente su dignidad humana, y que normalmente responderán a motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (...) circunstancia agravante prevista en el n.º 4 del art. 22 del Código penal que, en caso de concurrir, también deberá ser apreciada". De esta argumentación ha de deducirse que los ataques contra la integridad moral de una persona no tienen por qué ir indisolublemente unidos a la materialización de una conducta, al mismo tiempo, discriminatoria, por lo que, caso de coincidir, no habría inconveniente en la apreciación de esta agravante.

Más clara aún me parece la compatibilidad de esta agravante en el caso de que el delito cometido sea un delito contra el honor. El honor y el derecho a no ser discriminado son dos bienes jurídicos que pueden efectivamente ser atacados a través de una misma conducta, pero en cuanto que son diferentes, para tener en cuenta los dos desvalores que conlleve la conducta realizada, podrán ser apreciados conjuntamente. Y así lo reconoce la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio del artículo 510 Cp⁸².

2. ¿TODOS LOS FACTORES DE DISCRIMINACIÓN PUEDEN SER APRECIADOS CON INDEPENDENCIA DEL DELITO COMETIDO?

Ahora bien, establecido que deberá de tratarse de delitos en los que se protegen bienes jurídicos individuales en los que no sea elemento constitutivo del delito la toma en consideración de ciertos factores de diferenciación del sujeto pasivo; el siguiente interrogante a responder es si esta agravante será de apreciación sea cual sea el factor diferenciador en atención al cual se comete el delito y con independencia de la naturaleza del delito cometido.

Cuestión ésta que cobra especial importancia si se trata, por un lado, de los delitos sexuales y el factor determinante para su comisión es el *sexo* del sujeto pasivo. Y, por otro, en el caso de los delitos de violencia de género si el factor tenido en consideración es precisamente, el *género* del sujeto pasivo.

Pues bien, empezando por los delitos de naturaleza sexual parece evidente que esta agravante no podrá ser aplicada en ellos si el factor determinante de la agresión fue específicamente el *sexo* del sujeto pasivo, ya

82. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

que en los delitos contra la libertad sexual se elige a alguien como sujeto pasivo precisamente por ese factor. En este caso, considero que estaríamos ante una especie de inherencia tácita, y que la apreciación de la agravante del artículo 22.4.^a Cp por este factor supondría una vulneración del principio *non bis in idem*⁸³.

De hecho, como viene apuntando Lorenzo Copello desde hace años, el *sexo* como factor discriminador no tiene sentido más que en el ámbito laboral, por lo que coincido con esta autora cuando concluye que muy posiblemente la protección penal de la mujer de forma genérica (ya que como expuse la referencia al *sexo*, como factor diferenciador, ha de entenderse limitada al colectivo femenino por ser éste el que se encuentra en una situación de vulnerabilidad) en el contexto de las conductas discriminadoras no sea más que la consecuencia residual y poco reflexiva de una penalización indiferenciada de todos y cada uno de las circunstancias personales creadoras de desigualdades en la sociedad actual con independencia de las peculiaridades que cada una de ellas conlleva⁸⁴. Además de que, como indica también acertadamente esta autora, una referencia indiferenciada al *sexo* como factor de discriminación penalmente relevante, pone de manifiesto un afán de protección desmedido por parte del legislador con el que se corre el riesgo de “perpetuar la imagen de una mujer necesitada de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección paternalista del Estado^{85/86}”.

En el caso de los delitos de violencia de género, pasaría algo similar a lo expuesto en relación a los delitos contra la libertad sexual, pero caso de que se pretendiera la aplicación, al mismo tiempo, de la agravante de discriminación en esta ocasión en atención a las razones de “género”. Nuevamente considero que en aquellos delitos en los que ya se ha tenido en cuenta una agravación específica porque el hecho se lleva a cabo materializando una conducta discriminatoria en atención al *género* del sujeto pasivo⁸⁷ (arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 Cp), esta circunstancia no

83. Así también, por ejemplo, REBOLLO VARGAS, 2018, p. 201.

84. LAURENZO COPELLO, 1999, p. 18.

85. LAURENZO COPELLO, 1999, p. 22.

86. En cualquier caso, como pone de manifiesto MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (2018, pp. 9-10) es cierto que la jurisprudencia apenas ha apreciado la agravante del artículo 22.4 por razón de sexo. En las dos únicas ocasiones en que fue alegada, fue en dos casos de asesinato en los que el sujeto pasivo era una mujer, y en ninguno de los dos terminó siendo apreciada por falta de prueba de la motivación del sujeto activo.

87. En virtud de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

podría ser apreciada ya que, en tal caso, se infringiría el principio *non bis in ídem*^{88/89}. Ahora bien, sí podrá aplicarse en todo el resto de delitos que no tengan esa agravación específica por razón de *género*, por ejemplo, en los delitos contra la vida, en las lesiones graves de los artículos 149 y 150 Cp o, incluso, en los atentados contra la libertad sexual⁹⁰ (a diferencia del factor *sexo*). A tales efectos, habrá de poder acreditarse que ese delito en cuestión se cometió contra una mujer por “razones de género”, es decir, discriminándola por “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. Como se recoge en la STS 444/2020, de 14 de septiembre, tras sostener que no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, ésta sí procederá cuando los hechos probados vayan más allá de un ataque violento contra la libertad sexual para “integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase”. Cuando el acto que se lleve a cabo por el sujeto activo no sea sólo constitutivo de un delito de violación, “sino la expresión de un acto (...) ejemplificador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal” (FD tercero).

VI. LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN Y LOS “DELITOS DE OPINIÓN”

Como pone de manifiesto Cámara Arroyo, esta categoría carece, en realidad, de rigor conceptual, por cuanto que, en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro no se pueden criminalizar las meras opiniones⁹¹.

Por lo que me parece más acertada la denominación, coincidiendo con este mismo autor, de *delitos de expresión*, en los que lo que cuenta,

88. Cfr. en el mismo sentido, por ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, p. 6; REBOLLO VARGAS, 2018, p. 201; y SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 482.

89. SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES consideran igualmente que tampoco será de aplicación en el delito de mutilación genital, al entender que es un precepto que conlleva implícito la discriminación hacia la mujer (2019, p. 482). Sin embargo, considero que este precepto en realidad no impedirá la apreciación de esta agravante *per se*, aunque sí su apreciación por razón de *sexo*.

90. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, p. 15; y SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 488. Y así lo reconoce también la STS 571/2020, de 3 de noviembre (FD Quinto).

91. CÁMARA ARROYO, 2017, p. 149.

ciertamente, es el hecho de que se emiten determinados discursos que vulneran ciertos bienes jurídicos⁹².

Pues bien, dentro de esta categoría pueden incluirse, por ejemplo, los delitos de injurias, las calumnias, las amenazas a grupos (art. 170), el delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a sus víctimas (art. 478), los delitos contra la integridad moral (art. 173) o el delito de provocación o incitación al odio y a la violencia discriminatoria (art. 510.1 Cp).

El problema fundamental que subyace en todos estos *delitos de expresión*, como ha puesto de manifiesto la STS 846/2015, de 30 de diciembre, es el “conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y en su caso ideológica”. De hecho, “es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas”. Por lo que, continúa, “Habrá que evaluar si se han producido excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, de primer rango en un Estado democrático de Derecho. (...) Pero el ejercicio de esos derechos cuenta con alguna barrera. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales” (FD Primero).

Pero, por otra parte, la libertad de expresión es tan importante en un sistema democrático como es el español, que hay que tener cuidado con que el recurso al Derecho penal no termine convirtiéndose en un factor de disuasión del ejercicio de la misma⁹³. Por lo que, en ese delicado equilibrio, en los casos en los que la libertad de expresión choque con otros derechos o intereses, habrá que hacer una adecuada ponderación.

En esa ponderación, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo tradicionalmente que la libertad de expresión no puede amparar, por ejemplo, ataques contra el honor ajeno⁹⁴. Hasta aquí, no hay problema. El problema se presenta a partir de la pretensión de excluir de forma

92. CÁMARA ARROYO, 2017, p. 150.

93. Lo que se ha dado en llamar, un “efecto desaliento” –chilling effect– (término originario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano, que es acogido por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 136/1999, de 20 de julio) que constituye un parámetro de control de la proporcionalidad de una norma en la limitación de un derecho fundamental –y, por tanto, de su constitucionalidad– (cfr. al respecto, ALCÁ-CER GUIRAO, 2012, p. 18).

94. Así, puede verse el FJ Quinto, de la STC 176/1995, de 11 de diciembre: “Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impunemente. No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un

automática del ejercicio del derecho a la libertad de expresión cualquier conducta encuadrable en lo que se ha dado en llamar “discurso del odio”, como lo admite el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunas de sus sentencias⁹⁵.

La primera vez que se utilizó el término “discurso de odio” fue, precisamente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 1999⁹⁶. Según este Tribunal, “discurso del odio” son “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)⁹⁷”, incitación al odio que no necesariamente tiene por qué suponer una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales. Porque, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este tipo de discursos, más allá del contenido del mensaje que se transmite (ideas intolerantes o expresiones de odio), se caracterizan también por revestir distintas formas ofensivas, que son las que terminan por justificar la limitación a la libertad. Lo que le permite concluir que “cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable⁹⁸”. Luego, todo “delito de expresión” en el que se castigue la incitación, promoción o justificación del odio basado en la intolerancia, o insulto o difamación que busque ridiculizar o difamar a un grupo específico de la sociedad, pertenecerá a esta categoría.

Afirmado lo anterior, es cierto que nuestros Tribunales han sido bastante reticentes a considerar que cualquier conducta encuadrable bajo la rúbrica de “discurso del odio” tenga que dar lugar, automáticamente, a la exigencia de responsabilidad penal. En efecto, nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo que el “discurso del odio” sancionable penalmente debía ser aquel en el que quedara acreditado la comisión de hechos delictivos o violentos específicos⁹⁹. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo

pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental”.

95. Pueden consultarse al respecto, por ejemplo, las siguientes, SSTEDH de 8 de julio de 1999, Erdogdu e Ince contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía.

96. Como lo pone de manifiesto QUESADA ALCALÁ, 2015, p. 7.

97. STEDH, de 4 de diciembre de 2003, caso Gündüz contra Turquía.

98. STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros, contra Suecia.

99. Así lo pone de manifiesto la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 17/02/2021).

en su sentencia 72/2018, de 9 de febrero, pasa a considerar que en cuanto en los Convenios Internacionales el “discurso del odio” es antijurídico *per se*, “sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio”, para que se dé el tipo penal (refiriéndose en concreto al delito del artículo 510.1 Cp) basta con la constatación “de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio” pues –sostiene– “esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación”. Sentencia ésta que da pie a la Fiscalía General del Estado a concluir un cambio de tendencia en la materia; cambio, además, supuestamente a seguir¹⁰⁰.

Yo no comparto que cualquier conducta encuadrable dentro de lo que en el ámbito internacional se entienda por “discurso del odio” deba ser sancionado penalmente. Así, me parece decisiva en esta materia la STC 235/2007, de 7 de noviembre, cuando en su Fundamento Jurídico Sexto sostiene lo siguiente: “nuestro Ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”. Por lo que sostiene (FJ 4) que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”.

Desde mi punto de vista, no debe olvidarse en caso alguno que el Derecho penal es la *última ratio* del Ordenamiento jurídico, que sólo debe intervenir para proteger bienes jurídicos merecedores, necesitados y capaces de ser protegidos, frente a conductas que entrañen, al menos, un riesgo de ponerlos en peligro. Por lo que, en la medida en que las manifestaciones de rechazo y animadversión contra ciertos grupos de personas confluye con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión que, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional, sólo puede ser limitado por las normas penales cuando las conductas que se inculpan representen un peligro potencial para otros bienes jurídicos, para que cualquier manifestación, conducta o expresión encuadrable bajo dicha rúbrica dé lugar a

100. Puede consultarse al respecto, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 18/02/2021).

la exigencia de responsabilidad penal, debe ser porque quede acreditada la afectación de algún bien jurídico.

Por otra parte, en nuestro país, en los últimos tiempos, ha cobrado mucha importancia la expresión “delitos de odio” que se emplea profusamente y bastante frecuentemente intercambiándola –como si fueran términos sinónimos– con la de “discurso del odio”.

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los “delitos de odio” de la siguiente manera: “Toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, donde la víctima, el lugar o el objetivo se elijan por su real o percibida conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo cuyos miembros tengan una característica real o supuesta, como la raza, el origen nacional o étnico, el idioma, el color de la piel, la religión, el sexo, la edad, una discapacidad, la orientación sexual u otros factores similares¹⁰¹”. Y señala: “Por lo tanto, el término delito de odio se usa para describir una amplia variedad de comportamientos, que van desde la violación de la legalidad internacional de derechos humanos hasta la difusión de propaganda de extrema derecha. La etiqueta se puede aplicar a delitos como la agresión y el asesinato y también reflejar actos de violencia de baja intensidad como el vandalismo. La violencia no sólo implica violencia física hacia las personas o sus propiedades, sino que incluye palabras, amenazas y la incitación al odio”. En este mismo documento la OSCE apunta que la ventaja del término “delito de odio” es que permite salir del enfoque tradicional sobre el racismo, “para dirigirlo a aquellos que son diferentes, y los delitos cometidos contra ellos, como grupos étnicos, comunidades de gays y lesbianas, distintos grupos religiosos, y aquellos que, como los “travelers”, tienen estilos de vida percibidos como diferentes¹⁰²”. Así se entiende que para que exista un “delito de odio” deben existir dos componentes básicos, un delito base, que puede ser un delito

101. Definición tomada de LAURENZO COPELLO, 2019, pp.459-460. La definición en el documento de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en Europa, Materiales didácticos, n.º 5, 2015 (p. 11), es la siguiente: “Un delito de odio puede ser definido como: (A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”. <http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf> (última consulta 17/02/2021).

102. OSCE, La lucha contra los delitos de odio en Europa, Materiales didácticos, n.º 5, 2015 (p. 10). <http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf> (última consulta 17/02/2021).

ordinario, más la “motivación de odio y discriminación” como factor denominador común.

En España, siguiendo los criterios de la OSCE, se consideran “delitos de odio” diferentes tipos penales (por ejemplo, el art. 510 o el artículo 578 Cp), pero también “cualquier otro delito en el que se aprecie la circunstancia agravante del artículo 22.4.ª del Código penal¹⁰³”.

Luego, conforme a la afirmación anterior, la aplicación de la agravante de discriminación permite conceder a un hecho delictivo cualquiera, el carácter de “delito de odio¹⁰⁴”. De modo que, si el delito al que se le aplicara esta agravante fuera un “delito de opinión” (o, como me parece más adecuado, de “expresión”), éste se convertiría en un “delito de expresión”, a su vez, de “odio”.

Afirmado lo anterior, la primera pregunta que hay que hacerse es si la agravante del apartado 4.º del artículo 22 del Código penal es aplicable a todos y cada uno de los “delitos de expresión”.

Para responder a este interrogante basta con recordar que esta agravante no es de aplicación –con carácter general– en ningún delito (por tanto, tampoco si fuera de expresión) de los que, como puse de manifiesto *supra*, en el epígrafe V, ya sancionen directamente conductas discriminatorias o en las que la toma en consideración de ciertos factores de diferenciación del sujeto pasivo sean elementos constitutivos de las mismas, ya sea de forma expresa o tácita (por lo que, por ejemplo, no podrá aplicarse conjuntamente con el delito del artículo 510.1.a Cp). Es decir, no será de aplicación en el caso de “delitos de expresión” que castiguen el denominado “discurso del odio”. Y es que, como sostiene Cámara Arroyo, no hay una equivalencia entre los “delitos de odio” y el “discurso del odio”, salvo, precisamente, cuando se trate de “delitos de expresión¹⁰⁵”. O dicho de otra forma, en la categoría “delitos de odio” quedan incluidos los “delitos de expresión” caracterizados como “discurso del odio”, si bien también otras agresiones contra las personas o el patrimonio que lo que tienen en común es el que están motivadas por prejuicios hacia

103. Cfr. el informe del Ministerio del Interior sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, del año 2017, p. 4. <http://www.interior.gob.es/documentos/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874> (última consulta 17/02/2021).

104. De hecho, LAURENZO COPELLO pone de manifiesto que la aplicación de la agravante de discriminación es una de las fórmulas más habituales empleadas en el Derecho comparado para conceder a un hecho delictivo el carácter de “delito de odio” (LAURENZO COPELLO, 2019, p. 458).

105. CÁMARA ARROYO, 2017, p. 154.

ciertos colectivos¹⁰⁶. Sí será apreciable, en su caso, en el resto de los delitos de expresión.

Afirmado todo lo anterior, existe –como decía– una tendencia indiscutible a pretender ampliar la intervención del Derecho penal para sancionar, como he puesto de manifiesto, cualquier conducta de las encuadrables como “discurso del odio”; lo que implica, por ejemplo, pretender castigar penalmente cualquier manifestación de odio contra el diferente. Posibilidad ésta que no comparto, no sólo porque el odio, en cuanto emoción humana, no puede ser delictivo –por lo que tampoco se puede pretender castigar a una persona por expresarlo–; sino, también, como ya expuse *supra*, porque tal pretensión constituiría una limitación de la libertad de expresión inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, siendo además tal pretensión contraria a nuestra tradición jurisprudencial. Pero la cuestión es que, aunque esta posibilidad sea más que discutible, hay que reconocer que se argumenta como defendible acudiendo a distintos instrumentos internacionales¹⁰⁷. Pues bien, al mismo tiempo, también es constatable una pretensión de ampliar el círculo de los “delitos de odio” a través, precisamente, de la apreciación de la agravante genérica del artículo 22.4.^a del Código penal.

En efecto, como ya puse de manifiesto en el epígrafe relativo a su naturaleza jurídica, nuestra jurisprudencia de forma mayoritaria, si no, prácticamente unánime, sostiene que esta agravante es de naturaleza subjetiva y que lo determinante para su apreciación es que el sujeto activo actúe por unos móviles abyectos. Hasta el punto de que puede denunciarse, como hace Lorenzo Copello, la manipulación de la que está siendo objeto esta agravante en nuestra realidad judicial, ya que, al ser entendida como una circunstancia que atiende únicamente –desde una percepción subjetiva extrema de la misma– al sentimiento fóbico que motiva al autor, permite su apreciación con independencia de que el sujeto pasivo no pertenezca a ningún colectivo en situación de marginación o subordinación social. Lo anterior produce el efecto perverso de que esta agravante se pueda emplear para agravar la responsabilidad penal en caso de delitos cometidos contra personas que pertenecen a estamentos que gozan de reconocimiento social, lo que, aparte de constituir una tergiversación de esta agravante que terminará perjudicando a los más desfavorecidos, coarta también el ejercicio de la libertad de expresión¹⁰⁸.

106. Conclusión en la que coincido con LAURENZO COPELLO, 2019, p. 460.

107. Cfr. la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 18/02/2021).

108. LAURENZO COPELLO, 2019, pp. 458 y ss.

Como ya he desarrollado en este trabajo, no comparto el que la agravante de discriminación sea una agravante de naturaleza subjetiva, ni que, por tanto, la razón de ser del tratamiento agravador de la pena que la misma conlleva deba responder a un mayor juicio de desvalor de la persona del autor por lo móviles abyectos que presidan su conducta ni, por supuesto, a su “odio” hacia el sujeto pasivo o el colectivo al que, por la nota que le caracterice y diferencie del resto mayoritario de la población, pertenezca. De hecho, me parece un error el mero hecho del empleo de la expresión “delitos de odio”, ya que al ser el odio una emoción humana en ningún caso se puede pretender legítimamente que tal emoción, en sí misma, pueda dar lugar a una intervención del Derecho penal¹⁰⁹. Por lo que tampoco me parece adecuado sostener que, por la concurrencia de la agravante del artículo 22.4.^a Cp, el delito sobre el que ésta se aprecie se convierta en un “delito de odio”.

Como he tratado de argumentar fundadamente, cuando concurre la agravante del artículo 22.4.^a Cp, la agravación de la pena correspondiente al delito ordinario base ha de obedecer a una mayor gravedad del injusto. Mayor gravedad del injusto que, en mi opinión, procederá cuando, además de afectarse el bien jurídico que se proteja en dicho delito ordinario, se afecte el derecho a no ser discriminado del sujeto pasivo del mismo. Sujeto pasivo éste que, en respeto a los orígenes históricos de este precepto, habrá de pertenecer a un colectivo en situación de marginación social, a un colectivo desfavorecido o vulnerable. Por lo que considero que cuando se aprecie esta circunstancia agravante, el delito no será, en realidad, un “delito de odio”, sino –sencillamente– un delito cometido como manifestación de una conducta discriminatoria, nada más, pero también, nada menos¹¹⁰.

109. Cfr. en este mismo sentido, CÁMARA ARROYO, “Debemos convenir, en suma, que lo característico de este tipo de delitos no es solamente el sentimiento de odio en sí en el que están inspirados o, al menos, éste no es –no deberá ser e, incluso, no puede ser si hablamos de un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho limitado por el principio de culpabilidad– el fundamento de su construcción conceptual y de su punibilidad” (2017, p. 151). Además de que, como precisa CÁMARA ARROYO, “un delito en el que el autor no sienta “odio” hacia la víctima puede ser considerado un delito de odio” (ob. cit., p. 150).

110. De hecho, CÁMARA ARROYO es de la opinión de que el término “delitos de odio”, que parece tan novedoso, lo único que hace es “anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos: procesos de discriminación a sujetos o colectivos sociales por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc.” (2017, p. 144). Así este autor considera que la nomenclatura correcta para los “delitos de odio” es la de delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia o delitos de discriminación (ob. cit., p. 154).

Como sostiene Lorenzo Copello, y reproduzco sus palabras, “los delitos de odio solo adquieren algún sentido como categoría jurídico penal si se les observa desde el Derecho antidiscriminatorio, como una forma más de generar, mantener o profundizar situaciones de exclusión o marginación de determinados colectivos socialmente subordinados (...). Si se les desliga de los grupos discriminados y se busca su esencia únicamente en un sentimiento de aversión o incluso de hostilidad hacia un grupo social cualquiera, sus perfiles se desdibujan y desaparece el motivo que concede legitimidad a una respuesta penal específica^{111/112}”.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 1-32.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (1999). La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley orgánica 4/2000)*. Manual de formación continuada, 301-357.

AYA ONSALO, A. (2018). Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual, en LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (pp. 303-323). Tirant lo Blanch.

BERNAL DEL CASTILLO, J. (1998). La discriminación en el Derecho penal. Comares.

BORJA JIMÉNEZ, E. (1999). *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares.

CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 139-225.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (1996). La sanción penal de la discriminación, especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo, en

111. LAURENZO COPELLO, 2019, p. 463.

112. Lo que le lleva a concluir tras el análisis de algunas resoluciones jurisprudenciales que “en el sistema penal español no se ha entendido o quizás no se ha querido entender dónde reside la esencia de los delitos de odio como categoría analítica capaz de justificar (...) la agravación de la pena en determinados supuestos” (LAURENZO COPELLO, 2019, p. 464).

- Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. Cuadernos de Derecho Judicial, 283-319.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código penal*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004). *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2010). Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género* (pp. 25-48). Tirant lo Blanch.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (1996). Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa. *Actualidad laboral*, 37-60.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2019). *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Juruá.
- GÓMEZ RIVERO, C. (2010). El presunto ‘injusto’ de los delitos contra la violencia de género, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género* (pp. 91-116). Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del código penal*. Universidad del País Vasco, Servicio Editorial.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018). *Los delitos de odio*. Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996a). Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 217-281.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996b). La discriminación en el Código penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 219-288.
- LAURENZO COPELLO, P. (1999). La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. *Jueces para la democracia*, 16-23.
- LAURENZO COPELLO, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio, en PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (Dirs.), POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J. L. (Coords.). *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (pp. 453-468). Dykinson.

- MACHADO RUIZ, M. D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*. Tirant lo Blanch.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 1-20.
- PUENTE SEGURA, L. (1997). *Circunstancias eximentes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Tirant lo Blanch.
- QUESADA ALCALÁ, C. (2015). La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1-33.
- REBOLLO VARGAS, R. (2018). Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio, en LANDA GOROSTIZA, J. M. /GARRO CARRERA, E. (Dirs.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (pp. 195-220). Tirant lo Blanch.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 303-351.
- SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.ª CP). *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 455-490.
- SIERRA LÓPEZ, M. V. (2010). La expresión “persona especialmente vulnerable” en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada (artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código penal), en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género* (pp. 203-222). Tirant lo Blanch.