Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios

Miguel Abel Souto

Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN: *La diversidad cultural puede ser protegida por la circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios. La política criminal estudia, desde una perspectiva crítica, el Derecho penal como valor. El autor, en la presente contribución, analiza, desde un punto de vista político-criminal y crítico, la circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios.*

PALABRAS CLAVE: *Política criminal, diversidad cultural, circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios.*

SUMMARY: *The cultural diversity can be protected by the aggravating circumstance of discriminatory reasons. The criminal policy studies, from a critical perspective, the Criminal law as value. In the present contribution the author analyzes, from a criminal policy and critical point of view, the aggravating circumstance of discriminatory reasons.*

KEY WORDS: *Criminal policy, cultural diversity, aggravating circumstance of discriminatory reasons.*

SUMARIO: *I. Diversidad cultural y política criminal. II. Génesis y ampliación de la agravante. III. Contenido. IV. Fundamento. V. Consideraciones finales de política criminal.*

I. Diversidad cultural y política criminal

La diversidad cultural representa un campo de estudio extensísimo[1] y múltiples siguen siendo los aspectos objeto de eventual atención en las políticas jurídicas relacionadas con ella[2]. Por tanto, es preciso acotar el ámbito de mi intervención a un solo aspecto de nuestra política criminal para ganar en concreción.

* La presente contribución se corresponde, básicamente, con la conferencia que pronuncié en Huelva, el día 24 de abril de 2009, en el marco del X congreso de Justicia penal.

1 *Vid.* AL-HAJ, M./MIELKE, R. (*ed.*), *Cultural diversity and the empowerment of minorities, Berghahn Books, New York/Oxford,* 2007; BANKS, J.A. (*ed.*), *Diversity and citizenship education, Global perspectives, Jossey-Bass*, San Francisco, 2004; FORTIER, A.-M., *Multicultural horizons. Diversity and the limits of the civil nation, Routledge, London/New York,* 2008; PÉREZ DE LA FUENTE, O. (ed.), Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural, Dykinson, Madrid, 2008; PETERSSON, B./TYLER, K. (*ed.*), *Majority cultures and the everyday politics of ethnic difference. Whose house is this?, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York,* 2008; SMITH, D.M./WISTRICH, E. (*ed.*), *Regional identity and diversity in Europe, The Federal Trust, London,* 2007; WELLER, M./BLACKLOCK, D./NOBBS, K. (*ed.*), *The protection of minorities in the wider Europe, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York,* 2008.

2 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería, Imagraf, Málaga, 1998, p. 9.

Evidentemente, la diversidad cultural, enriquecedora y necesaria, puede generar conflictos de integración contrarios a la convivencia pacífica que conciernen al sistema penal y también debe protegerse la diversidad frente a algunos ataques con normas penales antidiscriminatorias, como la circunstancia agravante genérica de obrar con finalidades excluyentes[3].

En la medida en que la política criminal constituye, desde VON LISZT, una fuente de criterios para valorar las normas actuales y revelar el Derecho del porvenir[4], exige al penalista una actitud crítica[5] tendente a la reforma del Código vigente y la construcción del futuro Derecho penal, estudia «los valores que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal»[6], se ocupa del Derecho penal como valor[7] y aporta criterios de Justicia, eficacia o utilidad al legislador para la reforma racional de las leyes[8], dedicaré las próximas líneas a analizar críticamente la circunstancia 4ª del artículo 22 del Código penal.

II. Génesis y ampliación de la agravante

La agravante de obrar por motivos discriminatorios tiene una «historia reciente»[9], pues se remonta a la penúltima modificación operada en el anterior Texto punitivo[10], por la que se introdujo la circunstancia 17ª del artículo 10 mediante la Ley orgánica 4/1995, de 11 de mayo[11], incorporada al proyecto de Código penal de 1992 debido a las reivindicaciones sociales ante el asesinato en Madrid de la joven dominicana Lucrecia Pérez[12]. De ahí pasó al proyecto de 1994 y al texto posteriormente aprobado[13]. No se pudo aguardar, medio año, a la promulgación del Código penal de 1995[14], sino que se dotó a la agravante de obrar por motivos racistas de un «perfil de urgencia»[15], justificado por la necesidad de adelantar las propuestas del proyecto[16], en el marco de una tendencia internacional fortalecida por brotes de violencia xenófoba[17], de los que se hizo eco la doctrina[18] al hablar del «aumento preocupante»[19] en los

3 *Cfr.* FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Diversidad cultural y sistema penal», en *Revista Penal,* nº 22, julio de 2008, pp. 33 y 34.

4 *Cfr.* LISZT, F. VON, «*Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft»,* en *Strafrechtliche Aufsätze und Worträge, Zweiter Band, 1892 bis 1904, J. Guttentag, Berlin, 1905, Photomechanischer Nachdruck, Walter de Gruyter, Berlin,* 1970, pp. 293 y 294.

5 *Cfr.* MIR PUIG, S., Estado, pena y delito, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 34; MUÑOZ CONDE, F., «Dogmática penal afortunada y sin consecuencias», en ESER, A./HASSEMER, W./BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 243; DEL MISMO AUTOR, «De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, vol. 2, Edisofer/B de F, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 367 y 368, nota 37.

6 BORJA JIMÉNEZ, E., Curso de política criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 22.

7 *Cfr.* MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 51, marginal 32.

8 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* p. 23.

9 QUINTERO OLIVARES, G., Parte general del Derecho penal, con la colaboración de MORALES PRATS, F., 2ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 741.

10 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L, Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Colex, Madrid, 1997, p. 507.

11 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en Jueces 3er turno, Temario III, Derecho penal y procesal penal, Adams, Madrid, 2000, p. 104.

12 *Cfr.* LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, Closas-Orcoyen, Madrid, 1996, p. 55.

13 *Ibidem.*

14 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2007, p. 336, que califican semejante política criminal de «errática».

15 PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte general (artículos 1 a 137), 5ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 324.

16 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), Comentarios al Código penal de 1995. Volumen I (arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 238, que cita el *B.O.C.G.,* Congreso de los diputados, V legislatura, serie B, 17 de octubre de 1994, nº 52-7, p. 15.

17 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XX, 1996, pp. 223 y 224.

18 *Vid.* LANDROVE DÍAZ, G., «Racismo y xenofobia», en EL MISMO AUTOR, Temas penales, PPU, Barcelona, 1994, p. 157.

19 QUINTERO OLIVARES, G., Parte general..., *cit.,* p. 741.

últimos años de delitos cometidos con motivaciones discriminatorias[20] y especialmente contra personas de raza negra, magrebíes o sudamericanos[21]. Así el legislador respondió con una rápida reforma a la «alarma social»[22].

De suerte que la agravante, en palabras de PRATS CANUT, «obedece más a un «dolo de ímpetu» legislativo, que a una adecuada reflexión de su sentido y alcance»[23], es fruto de una política criminal excesivamente vinculada a la opinión pública, tranquilizadora de la ciudadanía, aunque nada se solucione, y que justifica a un Estado que actúa frente a los problemas[24], pese a no resolverlos. He aquí la explicación de cómo los movimientos internacionales, políticos y culturales junto a la ciudadanía, concienciada por los medios de comunicación de masas, influyeron en la respuesta de los poderes públicos[25] para prevenir y reprimir la criminalidad racista primero en la reforma del antiguo Código penal y luego en el Texto punitivo de 1995. Sin embargo, para el Derecho penal, según advierte el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL en su *Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal*, «las soluciones rápidas y al hilo de los acontecimientos, sin una reflexión profunda de sus consecuencias, pueden resultar insatisfactorias e incluso contradictorias»[26].

Por otra parte, la agravante genérica, de origen anglosajón[27], no se encontraba en las convenciones internacionales sino que fue una importación americana[28], con lo que sigue un modelo político-criminal estadounidense[29] adornado por los avatares parlamentarios hispánicos, que han producido una «notable ampliación»[30] de su ámbito aplicativo, dado que a los delitos impulsados por ideologías racistas se añadieron otros motivos de discriminación[31] y la limitación inicial a los delitos contra las personas y el patrimonio fue suprimida[32]. En efecto, respecto a las infracciones a las que resulta aplicable, el proyecto de Código penal de 1992 circunscribía la agravante a los delitos contra las personas, ámbito que el proyecto de 1994 y la Ley orgánica 4/1995 extendieron también a la criminalidad patrimonial y el Texto punitivo de 1995 expandió a todo delito; de otro lado, en punto a las causas o motivos, la agravante parte en un principio solamente de una perspectiva antixenófoba, que se amplía durante la tramitación del proyecto de 1994 así como en la Ley orgánica 4/1995 a causas de tipo ideológico con la sustitución de la referencia a la «profesión religiosa de la víctima» por la alusión a la «ideología, religión o creencias», posteriormente se añade un inciso relativo a la «orientación sexual» que luego se completa con otras menciones a la «discriminación», «sexo», «enfermedad» y «minusvalía»[33]. Así se llega a la excesiva ampliación final producto de una poco reflexiva incorporación de enmiendas[34]. A pesar de su «carácter omnicomprensivo»[35], como pone de relieve QUINTERO OLIVARES, carece de sentido vincular dichos motivos con el objeto delictivo «de una gran cantidad de infracciones»[36]. Las extensas posibilidades teóricas de aplicación se reducirán mucho en la práctica[37], pero habría sido preferible reservar la agravante para un restringido grupo de delitos vinculados a bienes jurídicos personales, como la vida, salud o libertad[38]. Así lo exige el principio de intervención mínima y en tal sentido el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propone incluir en la agravante 4ª del artículo 22 una limitación a los delitos «contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la

20 *Cfr.* BERNAL DEL CASTILLO, J., La discriminación en el Derecho penal, Comares, Granada, 1998, pp. 59 y 60.

21 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 239.

22 LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.,* p. 55; LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 104.

23 PRATS CANUT, J.M., *op. cit.,* p. 325.

24 *Ibidem.*

25 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* p. 16.

26 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* p. 13.

27 *Cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* tomo LVII, MMIV, 2006, p. 143.

28 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* p. 290.

29 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal. (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia), Comares, Granada, 2001, p. 178.

30 LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 272.

31 *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 487.

32 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 245.

33 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* pp. 180-183; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* pp. 507 y 508.

34 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* pp. 313, 327 y 336.

35 QUINTERO OLIVARES, G., Parte general..., *cit.,* p. 741.

36 *Ibidem.*

37 *Cfr.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 69.

38 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 279, nota 115 y p. 288.

inviolabilidad del domicilio, el honor o el patrimonio»[39] con la que se reduciría la aplicación a delitos protectores de bienes jurídicos personales para fundamentar la agravación en una tutela adicional necesaria de marginados especialmente vulnerables cuyos derechos fundamentales poseen menores expectativas de respeto[40].

III. Contenido

En lo que atañe a la configuración de la agravante, la doctrina pone de relieve que al legislador le ha acompañado «poca fortuna»[41] en su redacción, que se tacha de «prolija»[42], indeterminada[43], «muy amplia»[44], imprecisa[45], de taxatividad «más que problemática»[46] y hasta se habla de un «listado repetitivo y farragoso»[47] de motivos.

Concretamente, la referencia al antisemitismo resulta innecesaria por incluible ya en los motivos racistas, la religión, creencias[48] o etnia de la víctima[49]. Las razones históricas que se encuentran en la base de la mención no justifican tal redundancia[50]. Precisamente, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL estima aquí contradictoria la intervención penal al establecer distintos rangos de tutela cuando prima a los judíos y propone suprimir en la circunstancia 4ª del artículo 22 la alusión al antisemitismo por suficientemente recogida en los términos «etnia» o «religión»[51].

Tampoco tiene «fácil explicación»[52] mentar los «motivos racistas» junto a «otra clase de discriminación referente a la… raza», que comporta la afirmación de una inverosímil discriminación racial no abarcada en el obrar por motivos racistas[53].

Seguramente, la mención a los «motivos racistas o antisemitas» se explica como una tentativa del legislador por resaltar su propia motivación al crear la agravante, pero una vez decidida y justificada la reforma en su oportuna exposición de motivos no se deben recoger expresamente esas razones en la formulación legal para evitar confusiones interpretativas[54]. Conviene, por tanto, replantearse la indeterminada formulación de la agravante conforme a los principios de intervención mínima, lesividad y responsabilidad por el hecho para descartar cualquier despreciable Derecho penal de autor que penalice el pensamiento y contradiga la protección constitucional de la libertad ideológica mediante la sustitución, en la circunstancia 4ª del artículo 22, de la referencia a los motivos, que propicia una interpretación puramente subjetiva, por una fórmula, favorecedora de una hermenéutica objetiva, que vincule el hecho delictivo con características de la víctima[55].

Asimismo, se ha admitido la apreciación de la agravante en supuestos de discriminación no mencionados en la circunstancia 4ª del artículo 22 con fundamento legal en la expresión «otra clase de discriminación»[56]. Pero, a mi juicio, semejante posibilidad tiene que descartarse no sólo porque no deba extenderse la incriminación o agravación a todo el ámbito perteneciente al vasto principio de la igualdad y la no discriminación[57] sino porque contradice el dogma legalista, pues el tenor literal del Código circunscribe la «otra clase de discriminación» a la «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

39 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* p. 33.

40 *Ibidem.*

41 LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 104.

42 CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 242.

43 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* pp. 195 y 204.

44 QUINTERO OLIVARES, G., Parte general..., *cit.,* p. 742.

45 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 327.

46 PRATS CANUT, J.M., *op. cit.,* p. 325.

47 LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 195.

48 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 242, que cita la enmienda nº 174 del grupo mixto-ERC, *B.O.C.G.,* Congreso de los diputados, serie A, 6 de marzo de 1995, nº 77-6 y a GONZÁLEZ CUSSAC; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* pp. 321 y 322, con ulteriores indicaciones bibliográficas en nota 42; LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 104.

49 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 248.

50 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 510.

51 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* pp. 16 y 32.

52 CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 243.

53 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 104.

54 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* pp. 248 y 249 y nota 54.

55 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* pp. 16, 32 y 33, que suprime todo ese exceso actual de palabras relativo a los «motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación» y alude sólo a la comisión de determinados delitos «por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación...»

56 *Cfr.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 68.

57 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 206.

enfermedad o minusvalía que padezca», catálogo cerrado que se adecua mejor a las exigencias de taxatividad[58].

Las tres primeras clases de discriminación son reconducibles al mundo del «pensamiento, las opiniones o los juicios»[59]. La «ideología» parece apuntar a la política[60], la «religión» constituye el «conjunto de dogmas o doctrinas referentes a la comprensión o aproximación a la divinidad»[61] y las «creencias» se identifican con «un determinado sistema ético de vida»[62].

A continuación alude la agravante a la «etnia, raza o nación». Por la primera debe entenderse cualquier grupo que, sin ser raza ni nación-estado, posea singularidades físicas y culturales, como los gitanos[63]. La segunda, por su contraposición a etnia, parece aludir a los cuatro grandes grupos humanos o raza blanca, amarilla, cobriza y negra[64]. Aun cuando las legislación penal antirracista pretenda tutelar a las minorías marginadas y exista el peligro de que, paradójicamente, la agravante proteja al grupo hegemónico[65], no debe limitarse la circunstancia a los agresores de víctimas que pertenezcan a razas minoritarias en España, dado que la exacerbación racial no es privativa de los blancos ni de ninguna otra raza[66]. Finalmente, el término «nación» tiene que entenderse en sentido estricto[67], que agrave sólo conductas xenófobas[68], como alusivo a los «extranjeros»[69] o a la «población de un Estado País regido por un gobierno, con personalidad jurídica internacional y soberanía propia»[70]. Ciertamente, entran en el tenor literal posible de la norma las personas nacidas u originarias de un lugar con una tradición cultural común que suelen compartir un idioma, los grupos nacionales que dentro de un mismo Estado se distinguen por una marcada identidad cultural, *v. gr.* el pueblo vasco, gallego o catalán, pero tal interpretación extensiva obliga a ser cautelosos[71], especialmente porque nos hallamos en sede de agravantes que, según advierte LORENZO SALGADO, hace preferible acogerse a la interpretación restrictiva de la voz como nación-Estado[72].

Después menciona la Ley el «sexo», que se refiere, obviamente, al masculino y femenino[73], «sin distinciones»[74]. No puede entenderse como la antigua agravante de desprecio de sexo, a modo de conducta delictiva del hombre contra la mujer y el particular respeto que se le debe por razón del sexo, sino de forma plural, conforme a las exigencias constitucionales[75]. El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propone suprimir la alusión al sexo en la agravante debido a que la discriminación por esta causa no es equiparable a otras circunstancias personales o sociales de marginación, lo que aconseja un trato diferenciado en ámbitos jurídicos menos represivos[76]. El exclusivo valor simbólico de la mención arroja un excesivo paternalismo que ignora otras alternativas que realmente cambien la situación actual[77].

Seguidamente contiene la agravante las palabras «orientación sexual», incorporadas al Código penal de 1995 en el informe de la ponencia sin que ninguna enmienda hubiera solicitado su inclusión[78], expresión tan amplia que abarca cualquier opción sexual del sujeto pasivo[79], no sólo la ho-

58 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 327.

59 CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 243.

60 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105.

61 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 510.

62 CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 243.

63 *Ibidem.*

64 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* pp. 104 y 105.

65 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* pp. 291 y 292.

66 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 242.

67 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* pp. 324 y 325, que ante la indeterminación de las nacionalidades internas optan por una interpretación restrictiva.

68 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105.

69 LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 246.

70 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 511.

71 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* pp. 243 y 244.

72 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105.

73 *Ibidem.*

74 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 511.

75 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 244.

76 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* pp. 32 y 33. Para una exclusión de la agravante en los casos de violencia doméstica desde una perspectiva supraindividual *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.,* pp. 175 y 176.

77 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 328.

78 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 182.

79 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105.

mosexualidad, bisexualidad y heterosexualidad[80] sino también el celibato, la promiscuidad, la prostitución[81] y hasta la pederastia[82].

Por último, concluye la agravante 4ª del artículo 22 con el enunciado «la enfermedad o minusvalía que padezca», un nuevo alarde legislativo de «desmesurada»[83] amplitud que alcanza a «alcohólicos, toxicómanos o enfermos de sida»[84], sobre los que la doctrina se muestra especialmente preocupada[85], minusválidos físicos o psíquicos[86] y toda alteración más o menos grave de la salud, sin que la literalidad de la norma permita distinguir entre las enfermedades o minusvalías que son fuente de marginación y las carentes de semejante aptitud[87]. Ciertamente resulta criticable que estos supuestos podrían reconducirse a la fundamentación agravatoria del abuso de superioridad[88]. En tal sentido, una interpretación restrictiva debería descartar la circunstancia de obrar por motivos discriminatorios cuando se delinca a causa de la mayor debilidad física de la víctima o con aprovechamiento de un desequilibrio que facilite la realización del hecho, porque la debilidad física, inferioridad o desvalimiento ya fundamentan la agravante de abuso de superioridad y debido a razones sistemáticas[89]. Tampoco cualquier trato desigual fundado en una enfermedad da lugar a la circunstancia, habida cuenta de que discriminación es algo más que trato arbitrario: se requiere, en opinión de LAURENZO COPELLO, colocar a una persona en situación de inferioridad y marginación social[90]. No es lo mismo incitar a los padres a no llevar a sus hijos al colegio hasta que se expulse a una niña con sida que alentarlos a exigir el despido de un profesor depresivo que falta mucho a clase, caso en que la enfermedad, aunque desemboque en un trato desigual, no lo margina respecto a sus semejantes[91]. En todo caso, queda fuera del término «minusvalía» los ataques a mendigos desvalidos»[92].

IV. Fundamento

En esta sede la doctrina pone el acento, nuevamente, en que el legislador debería haber tratado la redacción de la agravante «de una forma más cuidadosa»[93] para evitar «dificultades interpretativas»[94].

En efecto, la literalidad de la norma parece exigir que la víctima posea los caracteres diferenciales señalados en la circunstancia 4ª del artículo 22[95], que el delito se cometa por motivos vinculados con cualidades o condiciones, mencionadas en la Ley, que la víctima debe portar[96], de manera que sería discutible la aplicación de la circunstancia en los casos en los que el motivo de raza no concurriera en el agredido sino en su acompañante negro[97] o en los ataques contra periodistas o autoridades por mantener políticas de defensa de minorías raciales, ideológicas u otras[98].

Aun cuando se haya apuntado que tales supuestos podrían reconducirse a la circunstancia si se considera atacada la víctima por sus «creencias» o sistema ético de vida que no admite discriminaciones[99], exégesis que resuelve gran parte de los problemas hermenéuticos, la falta de claridad de la norma genera diversas interpretaciones condicionadas por la fundamentación subjetiva u objetiva de la agravante.

---

80 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 512.

81 En contra *vid.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 247, que, en un loable esfuerzo por limitar la amplitud desmedida de la redacción, distingue entre tendencias sexuales, incluidas en las agravante, y modo de ejercer la sexualidad, excluido de la circunstancia, lo que le lleva a descartar casos en los que existe evidente marginación de la agravante, como la prostitución.

82 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 244.

83 LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105.

84 *Ibidem.*

85 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 326, con referencias bibliográficas en nota 57.

86 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* p. 512.

87 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 247.

88 *Cfr.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 68.

89 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* pp. 240 y 245.

90 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 247.

91 *Ibidem.*

92 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 245.

93 LORENZO SALGADO, J.M., «*O fundamento da agravante de obrar por motivos discriminatorios como presuposto da súa interpretación*», en *Revista Xurídica Galega,* nº 54, *1º trimestre,* 2007, p. 137.

94 *Ibidem.*

95 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 351.

96 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 240.

97 *Ibidem.*

98 *Cfr.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 67.

99 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 105; DEL MISMO AUTOR, «*O fundamento...», cit.,* p. 137.

La mayoría de la doctrina estima que el fundamento de la circunstancia 4ª del artículo 22 resulta esencialmente subjetivo[100], con lo que, si la agravante se funda en la mayor culpabilidad o la motivación especialmente despreciable, lo decisivo sería el móvil abyecto o particularmente reprobable que orienta la conducta y el «error al revés», o discordancia entre lo que el sujeto activo considera condición de la víctima y la realidad, devendría irrelevante; esto es: habría que admitir la circunstancia, *v. gr.,* en las amenazas proferidas contra un heterosexual por razón de su supuesta homosexualidad[101]. Así las cosas, se trataría de una «agravación basada exclusivamente en los «motivos»»[102], en «algo que pertenece al fuero interno del autor»[103] sin que se incremente la gravedad objetiva del delito[104]. La circunstancia entrañaría una inconstitucional[105] y paradójica resurrección del «rechazable»[106] Derecho penal de autor nacionalsocialista, descartado en la postguerra por su autoritarismo, al que se vuelve para combatir la intolerancia[107] y generaría, al dar entrada exasperadamente a complejos y dogmáticamente problemáticos[108] elementos de actitud interna[109] o *Gesinnungsmerkmale*[110], peligrosas interpretaciones incompatibles con el principio de responsabilidad por el hecho[111]. Ante ello no puede ampararse el legislador en un descuido, pues la enmienda nº 231 del grupo mixto llamó la atención en el senado sobre el riesgo de que la agravante representase un «delito de pensamiento» eludible mediante la redacción «cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de su pertenencia a determinado grupo étnico, cultural, nacional, orientación sexual, ideología o creencias»[112] o con la propuesta doctrinal posterior, que remarca los efectos sobre la víctima, «cometer el delito *contra* determinadas personas por razón de...»[113]. En definitiva, según indica el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, la tutela penal de colectivos marginales debe respetar, en todo caso, el contenido esencial de la libertad ideológica[114] y la «responsabilidad por el hecho, eliminando toda incriminación fundada en la idea de un Derecho penal de autor»[115].

Por otra parte, cabe fundamentar la agravante no sólo en la motivación sino también en el incremento del injusto o desvalor adicional del resultado[116]. Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE subjetivamente requieren que se actúe con motivación discriminatoria, pero además exigen, objetivamente, la pertenencia de la víctima a una raza, ideología, etc.[117], el grupo de investigación dirigido por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO también precisa, en el marco de la antijuridicidad, como desvalor objetivo de injusto añadido, que las características legales concurran en la víctima[118] y LAURENZO COPELLO juzga más próximo a los principios penales explicar el mayor castigo en la lesión de un bien jurídico adicional o derecho de la víctima a un trato como ser humano igual a cualquier otro, de modo que si el agredido no pertenece al colectivo tutelado no se le aplicaría la agravante porque su

100 *Vid.* la bibliografía citada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* en p. 328, notas 94 y 96 a 98 así como por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.,* pp. 144-146, con referencias bibliográficas en notas 5 a 14.

101 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «*O fundamento...», cit.,* pp. 135 y 136.

102 LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.,* p. 55.

103 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.,* p. 487.

104 *Ibidem.*

105 *Cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.,* p. 152.

106 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 328.

107 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 272.

108 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 238.

109 Sobre las posiciones en la doctrina germánica respecto a la polémica naturaleza jurídica de los elementos de disposición anímica *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Civitas, Madrid, 1995, pp. 81 y 82, nota 146.

110 *Vid.* SCHMIDHÄUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, J.C.B. Mohr, Paul Siebeck, Tübingen,* 1958.

111 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «Circunstancias...», *cit.,* p. 104; DEL MISMO AUTOR, «*O fundamento...», cit.,* p. 135.

112 SENADO, Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, nº 87 (c), p. 167, *cit.* por LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 184, nota 355.

113 LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 281, a cuya propuesta se adhiere LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* pp. 191 y 192.

114 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* p. 32.

115 *Ibidem.* En contra *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 353.

116 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «*O fundamento...», cit.,* p. 136.

117 *Cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, J.J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Lecciones de Derecho penal. Parte general, Trotta, Madrid, 2006, p. 506.

118 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* pp. 349 y 353.

derecho a no ser tratado como un ser inferior a los demás no resultaría afectado[119], lo cual implica no sancionar la discordancia entre la cualidad que se supone a la víctima y la realidad, la relevancia del error inverso[120] o no apreciación de la circunstancia ante la creencia errónea de que en la víctima concurre alguna de las cualidades expresadas en la Ley[121]. No obstante, para captar en tales casos el desvalor adicional de acción que el legislador ha querido reprobar, la motivación reflejada en la conducta externa[122], se propone acudir al «concurso ideal entre la tentativa del delito agravado y el correspondiente delito consumado»[123]. Igualmente inciden en el mayor injusto o desvalor adicional de resultado, aunque desde una perspectiva supraindividual, LANDA GOROSTIZA, que exige «la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto»[124], y BORJA JIMÉNEZ, que requiere la aptitud para lesionar la dignidad humana y la convivencia pacífica[125].

Realmente, si atendemos al tenor literal de la norma, debería distinguirse entre la comisión del delito por motivos racistas o antisemitas, en que se apreciaría la agravante con independencia de que la víctima pertenezca a esos grupos, y el delinquir por las otras clases de discriminación mencionadas en la circunstancia, que exigiría para la agravación un comportamiento directo sobre la víctima discriminada[126], dado que la dicción legal alude a «ideología, religión o creencias de la víctima», la «nación a la que pertenezca» (la víctima), «su sexo u orientación sexual» (los de la víctima) o «la enfermedad o minusvalía que padezca» (la víctima), interpretación con la que se salva, aunque sólo en parte, la contradicción de aludir a la comisión del delito «por motivos racistas» junto a la «discriminación referente a la... raza» a la que pertenezca la víctima[127].

V. Consideraciones finales de política criminal

En la medida en que el racismo y la xenofobia no conocen fronteras, puede considerarse lógica y legítima la internacionalización de la legislación penal antirracista española, pero su redacción debe adaptarse a nuestras concretas necesidades[128] y observar un mínimo de corrección. La amplitud de la agravante exige evitar una aplicación indiscriminada y la salvaguarda de la seguridad jurídica requiere que la motivación de la sentencia precise el móvil del delito[129], lo cual plantea a la jurisprudencia el difícil reto de determinar la concurrencia de los motivos mencionados en la Ley[130], tarea en la que parecen confirmarse algunos de los peores augurios sobre aproximación a un despreciable Derecho penal de autor[131].

Nuestra política criminal en materia de discriminación sigue «una dirección equivocada»[132], pues la excesiva extensión de la tan genérica agravante 4ª del artículo 22 hace de ella un precepto ineficaz[133], de «previsible inaplicación»[134] a muchos de los supuestos recogidos en su dicción, que corre el peligro de convertirse en «letra muerta»[135]. Semejantes fórmulas, demasiado generales y con elementos de difícil prueba, abocan a la inaplicación y revelan una despreciable instrumentalización simbólica del Derecho penal como mecanismo de pedagogía social con el que se pretende enseñar a respetar a las minorías[136], como medio para tranquilizar la conciencia o para mostrar una falsa preocupación frente a una discriminación oficialmente practicada en leyes, *v. gr.* las de asilo o extranjería, y en un contradictorio Derecho penal aplicado a los sectores más marginales que, a la vez, aspira a protegerlos de la discriminación que él mismo incrementa[137].

En definitiva, el legislador con la redacción de esta agravante «ha ido demasiado lejos»[138], tanto que cabría cuestio-

119 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* pp. 281 y 282.
120 *Cfr.* LORENZO SALGADO, J.M., «*O fundamento...*», *cit.,* p. 136.
121 *Cfr.* CUERDA ARNAU, M.L., *op. cit.,* p. 246.
122 *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 283.
123 *Ibidem.* En contra *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 353.
124 LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 188.
125 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* pp. 291 y 293.
126 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.,* pp. 512 y 513.
127 *Ibidem.*
128 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* p. 296.
129 *Cfr.* PRATS CANUT, J.M., *op. cit.,* p. 326.
130 *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G., Parte general..., *cit.,* p. 742.
131 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* p. 196.
132 BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 69.
133 *Cfr.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *op. cit.,* pp. 182-184 y 206.
134 BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.,* p. 68.
135 *Ibidem.*
136 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* pp. 17 y 32.
137 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 314.
138 LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.,* p. 288.

narse si la relativamente nueva circunstancia, como alguna de las viejas, no posee más fundamento político-criminal que la alarma social o una concepción moralizante, según puso de relieve GONZÁLEZ CUSSAC[139].

Ya, antes de la incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico de la agravante, denunció LANDROVE DÍAZ la «ingenuidad»[140] de pretender que el Derecho penal constituía «el medio más idóneo»[141] para combatir el racismo o la xenofobia y recientemente recuerda FERRÉ OLIVÉ que la circunstancia sólo debe considerarse «un mero complemento de otras políticas de Estado»[142]. El Derecho penal no puede prevenir ni hacer frente a toda discriminación, «no desempeña ni debe desempeñar el papel central»[143]. Mucho más eficaces resultan las medidas económicas, sociales, educativas y culturales tendentes, *v. gr.,* a concienciar a la población para que acepte a los extranjeros como al resto de sus conciudadanos, la publicidad, programas juveniles de intercambio cultural, profundizar en el estudio escolar de los derechos humanos y las disposiciones jurídicas, pero no penales, limitativas de la libertad de contratación que establezcan condiciones discriminatorias en las ofertas de trabajo o preceptos civiles que restrinjan la libertad contractual por esas causas[144]. Este es el camino tomado por la nueva directiva comunitaria contra la discriminación, de 2 de abril de 2009, que, renunciando a cualquier recurso a la vía penal, amplía el principio de no discriminación a la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, beneficios sociales, educación, acceso y suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda y el transporte así como a la afiliación y las actividades en asociaciones[145]. En suma, debe respetarse el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, puesto que, según enseña el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, los principios de intervención mínima y lesividad junto a la responsabilidad por el hecho —la cual descarta cualquier despreciable Derecho penal de autor que penalice el pensamiento y contradiga la protección constitucional de la libertad ideológica y de expresión— representan barreras infranqueables de la intervención punitiva[146]. El principio de intervención mínima exige remitir la prevención de conductas discriminatorias a ámbitos más idóneos del Ordenamiento jurídico y a estrategias sociales que eviten una ineficaz huida hacia el Derecho penal[147].

139 *Cfr.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, Reproval, Valencia, 1988, pp. 151 y 152.

140 LANDROVE DÍAZ, G., *op. cit.,* p. 159.

141 *Ibidem.*

142 FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.,* p. 35.

143 *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I./TRAPERO BARREALES, M.A./BARBER BURUSCO, S./DURÁN SECO, I./JERICÓ OJER, L., *op. cit.,* p. 314.

144 *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.,* pp. 24 y 287.

145 *Cfr.* art. 3 de la resolución legislativa del parlamento europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la propuesta de directiva del consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008)0426-C6-0291/2008-2008/0140(CNS), en http://www.europarl.europa.eu.

146 *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.,* pp. 16 y 32.

147 *Ibidem.*