

Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena (1)

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, las Leyes penales de los países de nuestro entorno cultural y político han ido prestando una atención creciente al fenómeno de la delincuencia xenófoba. Entre las figuras delictivas que esta *legislación penal antidiscriminatoria* ha introducido, destaca la de la circunstancia agravante de «motivación discriminatoria». Esta clase de normas penales, originaria del Derecho Penal anglosajón (2), ha encontrado acogida en la moderna legislación española.

Artículo 22 CP: «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,

(1) Este trabajo es una ligera modificación del publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, 2003, pp. 497 ss.

(2) BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, 1999, p. 323; LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, pp. 111 ss. (más en extenso, sobre los diferentes modelos político-criminales de reacción penal ante la delincuencia xenófoba, *vid.* EL MISMO, *La intervención*, pp. 204 ss.); EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Granada, 2001, pp. 178 ss.

raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca» (3).

La doctrina penal española ha acogido la introducción de esta agravante con una actitud dividida. Por una parte, saludando la llegada de una respuesta sancionadora específica y cualificada a unos actos delictivos que –con razón– son sentidos como cualitativamente más dañinos; por otra, mostrando su incomodidad –cuando no su abierta oposición– ante una norma que parece vincular ese *plus* sancionador con circunstancias pertenecientes al fuero interno de la persona –«motivos»– y que, en consecuencia, fundamenta una sanción (adicional) con un expediente propio del Derecho Penal de autor. Este último extremo lleva a algunos autores a dudar de la constitucionalidad del precepto.

En las próximas páginas se analizará la acogida que ha tenido esta regulación en la doctrina española, la valoración que ésta ha hecho de una norma tan polémica, y las posibilidades de una interpretación compatible con el Derecho Penal del hecho.

II. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 22.4.^a

1. Interpretaciones subjetivistas

Es mayoritaria en la doctrina española la línea que considera la agravante del artículo 22.4 como de naturaleza *subjetiva* o *preponderantemente subjetiva* (4) (y en ocasiones, precisamente por ello, manifiesta sus dudas acerca de su constitucionalidad) (5). Mas no (o no

(3) El artículo 22.4.^a del CP 1995 tiene su antecedente inmediato en la agravante del artículo 10.17.^a del derogado CP TR 1973, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo (es decir: poco antes de la aprobación del CP 1995). El antiguo artículo 10.17.^a restringía su aplicación al ámbito de los delitos contra las personas y el patrimonio, a diferencia del actual, que –al menos expresamente– no contiene restricción alguna (*vid.* por todos LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 86 ss.).

(4) Algunas notables excepciones las hallamos en los trabajos de LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIX, pp. 279 ss., y, especialmente, 281 ss.; y LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 180 ss. (precedido por la breve pero interesante propuesta de la profesora ASÚA BATARRITA, en el prólogo a la anterior monografía del propio LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 12). La primera propuesta, sin embargo, contiene también ciertos elementos subjetivizantes a los que se deberá atender más adelante.

(5) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Valencia, 2002, p. 490.

sólo) subjetiva en el sentido del régimen de comunicabilidad de las circunstancias (6), sino por establecer la *ratio* de la agravación del artículo 22.4.^a en que la comisión del delito venga determinada por determinados *procesos psíquicos* o *internos del sujeto*. Con frecuencia se afirma que en esta circunstancia se plasma un «incremento de la culpabilidad» o del «reproche culpabilístico» (7); sin embargo, existen también autores que, manteniendo la caracterización preponderantemente subjetiva de la agravante, consideran que responde a un incremento del injusto subjetivo (8).

En este sentido, la doctrina ha fundamentado el desvalor adicional de la conducta en el móvil que lleva al autor a actuar, debido a su carácter *abyecto* o *particularmente indeseable* (9), o por ser rechazados desde el punto de vista político-criminal (10); se ha hablado también de una «característica de la actitud espiritual o racional del sujeto» (11), que forma parte de su ánimo (12) o fuero interno (13).

(6) En concreto: limitando su aplicación a las personas en quienes efectivamente concurren (art. 65.1 CP). *Vid.*, por ejemplo, CUERDA ARNAU, María Luisa, en *Comentarios al Código Penal de 1995* (T. S. Vives Antón dir.), vol. I, Valencia, 1996, p. 247; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 2000, p. 232.

(7) CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General (lecciones 26-40)*, 2.^a ed., Madrid, 2000, p. 146; CUERDA ARNAU, *Comentarios*, p. 240; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, pp. 65, 70 («mayor reproche culpabilístico»).

(8) Especialmente, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 7.^a ed., Barcelona, 2004, lección 26, núms. margs. 2-4, 32; LANDECHO VELASCO, Carlos M.^o; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1996, p. 417. Ecléctica es la posición de BERISTAIN IPIÑA [en *Comentarios al Código Penal, tomo II (artículos 19 a 23)* –M. Cobo del Rosal dir.–, Madrid, 2000, p. 972], quien considera que incrementa tanto el injusto como la reprochabilidad.

(9) *Vid.* CEREZO MIR, José, *PG, (lecciones 26-40)*, p. 146; CUERDA ARNAU, *Comentarios I*, pp. 239, 245; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., Valencia, 1999, p. 897 (estos dos últimos trabajos se muestran críticos con la agravante, precisamente por interpretarla en este sentido subjetivo). Similar, aunque ubicando el problema claramente en el ámbito del injusto (subjetivo), MIR PUIG, *PG*, 26/7 («motivaciones particularmente indeseables»).

(10) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ed., Pamplona, 2002, p. 740.

(11) BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 62 ss.

(12) LANDECHO/MOLINA, *PG*, p. 422.

(13) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 490 (si bien criticando una tal agravación subjetiva, en la que no cabe encontrar «razones por las que la gravedad objetiva se vea incrementada»).

Se ha aducido también que tal agravación es una respuesta a una manifestación de «los más bajos y primitivos instintos de desprecio al ser humano y a los derechos fundamentales de la persona» y de «una ideología que es determinante en su decisión de lesionar los bienes jurídicos de sus víctimas» (14).

2. Crítica a las interpretaciones subjetivistas

A) Problemas conceptuales y probatorios

Ninguna de las obras citadas aboga, ciertamente, por la sanción del mero hecho de albergar o manifestar ideas racistas. Sin embargo, esta corriente doctrinal tan sólo explica la diferencia de pena entre un delito en el que concurra dicha agravante y otro en la que no concurra porque quien comete el primero ha albergado en el momento de su ejecución un impulso que lo motiva a delinquir: el odio al otro por ser otro, por su *otredad*.

La doctrina ya había destacado con anterioridad la inadecuación del concepto de *motivo* o *motivación* para fundamentar juicios de responsabilidad penal, tanto por su indeterminación conceptual como por la imposibilidad de prueba (15). Así, destacan como principales inconvenientes «quizá insolubles» (16) la imposibilidad de distinguir netamente entre motivaciones conscientes e inconscientes (17) (y la inadecuación de incrementar una sanción por estas últimas); la dificultad de determinar qué motivaciones han sido *suficientemente relevantes*; dificultad a la que se añade el que las motivaciones se suceden *motivándose* las unas a las otras, obligando a quien las investigue a un «retorno sucesivo de motivos más próximos a más remotos» (18). A estas objeciones se han intentado oponer soluciones poco practicable, como la que pasa por dilucidar la motivación *predominante* (19),

(14) BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Madrid, 1999, p. 410.

(15) Con respecto a la crítica que sigue, *vid.* Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», en *ADPCP*, 1979, pp. 93 ss., en especial p. 136 (en general, sobre su uso en Derecho Penal), y 137 (refiriéndose a la posibilidad de fundamentar juicios de *reprochabilidad* penal); sobre la enorme dificultad o imposibilidad de prueba, *vid.* LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal...*, p. 212; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista...*, p. 327, y la STS 24 de abril de 2002.

(16) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 100.

(17) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 97, 98, 101, 137.

(18) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 99, 101, 137.

(19) Al respecto, *vid.* Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 99, 100, 137.

o la que atribuye relevancia a estos efectos a la que haya sido inmediatamente anterior, en sentido temporal, al dolo o a la determinación delictiva (20).

Para establecer distinciones tan netas dentro de la maraña de motivaciones con la que se pretende explicar la conducta de una persona es necesario poder analizarla de un modo racional. Posiblemente, si hablamos de «motivaciones predominantes» (es decir, de un *rango* entre los motivos que determinan a alguien a una conducta), nos hallemos bien ante una reconstrucción *secuencial y racionalizada* del proceso de motivación (es decir: una simplificación falseadora del verdadero y complejo proceso); o bien ante una identificación de los *motivos* con los *elementos de tendencia trascendente* (como el elemento subjetivo específico de la tentativa inacabada (21), es decir, con el «dolo» de *hacer algo después*). Esta *tendencia trascendente* o *animus* es bastante más accesible al observador y practicable en un proceso (pronosticando qué pretendía hacer alguien después de realizar un determinado comportamiento, con base en este último). Sin embargo, es claramente inadecuado para la interpretación de este precepto, que no se remite, como el ánimo de lucro u otros *animi*, a una conducta futura, sino tan sólo a los *determinantes ideológicos* de un determinado comportamiento.

Si, por el contrario, se entendiese que la mera presencia de una motivación de carácter xenófobo en la comisión de un delito, aun siendo de escasísima relevancia en el proceso motivacional, determinar la aplicación de la agravante, quizá se eliminase un problema interpretativo, pero al intolerable coste de crear una norma que no se compadece en absoluto con la intención del legislador y, además, intolerablemente punitivista (22). No obstante, y con todo, no es éste el principal problema de los planteamientos subjetivos, como veremos más adelante.

B) *Consecuencias político-criminalmente indeseables de esta interpretación*

A los problemas interpretativos y epistemológicos expuestos hasta ahora han de sumarse ciertos efectos totalmente indeseables que una

(20) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 100. La SAP Cuenca de 7 de julio de 1998 (núm. 49/1998) entra a hacer una serie de complejas consideraciones sobre la «motivación más próxima», la «más relevante» y una suerte de método de la *motivatio sine qua non*, de la que puede salir finalmente de un modo sencillo: apelando a que el Jurado *no la estimó concurrente*.

(21) *Vid.* MIR PUIG, *PG*, 13/77.

(22) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 101.

interpretación subjetivizante del artículo 22.4.^a traería consigo. Así, no cabría aplicar esta agravante a quien realizase ataques racistas *por encargo*, ya fuese remunerado o no (23). En estos supuestos, como la «motivación xenófoba» tan sólo se encuentra presente en quien realiza el encargo, y no en quien lo ejecuta, no cabe explicar la agravación atendiendo a la citada interpretación *subjetivizante*, por lo que sicario y «mandante» tendrían una diversa consideración jurídica con respecto a su intervención delictiva en un ataque racista (24).

Otro supuesto fácilmente imaginable de comisión de delitos en la que el autor no está motivado por ideologías xenófobas, pero que no puede ser excluido del ámbito del artículo 22.4.^a es, por ejemplo, el de quienes atemorizasen a las personas extranjeras que habitasen un determinado barrio, para lograr que se marchen de él y obtener, según los (éstos sí) *racistas* criterios del mercado inmobiliario: una revalorización de los pisos que poseen en esa zona. Estas personas pueden no compartir estos presupuestos ideológicos, incluso ser partidarios de los postulados opuestos (pueden ser también extranjeros); su *motivación* puede ser puramente económica [no incardinable en la agravante de precio, pues el beneficio económico esperado es el incremento de valor de los pisos en el mercado, y no la recompensa de alguien (25)] y no xenófoba. No obstante, no cabe duda alguna de que cooperan a la situación de amenaza constante en la que ciertos colectivos viven hoy en día en nuestra sociedad. Sobre este criterio volveremos más adelante.

(23) Es cierto que en los casos de encargo remunerado (previsiblemente más frecuentes que los no remunerados) cabe aplicar la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (según la opinión mayoritaria, que entiende que es de aplicación no sólo a quien promete la remuneración o recompensa, sino también a quien delinque para recibirla). Sin embargo, eso no empuja a la objeción aquí planteada: dos hechos idénticamente infractores deben merecer la misma condena, independientemente de la ideología del autor, sin que sea necesario acudir a este tipo de *parches*. Cualquier otra respuesta haría que la sanción devolviera una caricatura o imagen distorsionada del ordenamiento entendido desde una perspectiva de legitimidad constitucional, en vez de la reafirmación de su vigencia (FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassung. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln *et al.*, 1992, p. 110).

(24) Destaca ZAFFARONI («El discurso racista: eficacia de su estructura», en *Eguzkilore*, núm. 11 extraord., 1997, p. 262.) la importancia de estos *ejecutores materiales* en este tipo de agresiones, desvinculados materialmente de los ideólogos.

(25) Distinto sería el tratamiento en el ordenamiento alemán, que contempla la agravante de «avaricia» (*«Habgier»*), donde lo determinante es la motivación del sujeto. La subjetivización de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que trajo consigo la reforma nacionalsocialista («avaricia» en vez de «precio»; «crueldad» —*«Grausamkeit»*— en vez de «ensañamiento», etc.) resulta en ocasiones muy difícilmente compatible con los criterios del Derecho Penal del hecho.

Siendo muy importantes todos los problemas interpretativos que se acaban de señalar, no son sino *consecuencias* de lo que considero un error de raíz, cual es la *imposibilidad de fundamentar una sanción* (o una *mayor sanción*) *para un hecho atendiendo a las motivaciones internas que supuestamente lo originan.*

C) *Inconstitucionalidad de la agravación por motivaciones (internas) xenófobas: ausencia de legitimación material*

La sanción penal, como cualquier intervención estatal, y en especial como la más intensamente restrictiva de derechos, requiere una legitimación material cuyos criterios han de derivarse de la Constitución (26). Esto no sólo se debe predicar de las sanciones típicas, sino también de las circunstancias que agravan la sanción, pues son también presupuesto de una intervención estatal en la esfera de una persona mediante (más) pena. El que esa restricción adicional de derechos se plasme en la agravación de otra pena (es decir: se lleve a cabo mediante la imposición de una pena más gravosa que si no hubiese concurrido) no puede ser causa de una relajación en los presupuestos de legitimación material (27).

De este modo, tanto en las sanciones típicas como en las circunstancias agravantes, es requisito para la punición de una conducta (28) el que el Estado esté *legitimado para prohibirla*. El análisis de la legitimación material para la sanción (penal o de cualquier otro tipo) se puede dividir, pues, en dos niveles: legitimación de la prohibición (de la norma de conducta) y legitimación de la norma de sanción (29).

Sucintamente: el Derecho, al establecer una prohibición o un mandato (norma de conducta), respalda jurídicamente la pretensión de un sujeto, imponiendo a otros sujetos el deber de no atacarla o de colabo-

(26) Por todos, *vid.* MIR PUIG, *PG*, 3/63 ss., 4/1 ss.

(27) DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995», en *RDPP* núm. 4 (2000), pp. 61 ss., 63-64, 73 ss., 87.

(28) Para el siguiente desarrollo, *vid.* más en extenso FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, § 9 ss. (p. 51 ss.).

(29) La distinción se adopta aquí desde una perspectiva puramente analítica, sin entrar en el debate de si cabe llamar «norma» a aquella expectativa no acompañada (directa o indirectamente) de algún tipo de sanción, y sin dudar que la norma de sanción es también una norma de conducta (dirigida al órgano competente para sancionar; al respecto, *vid.* tan sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 616 ss.). En cualquier caso, lo que nos interesa en el estudio de las agravantes es que una perspectiva analítica permite distinguir entre las diferentes *normas de sanción* que concurren (o se suceden históricamente) para responder a la infracción de una norma de conducta.

rar con ella. El Estado, al adoptar esta decisión, impone a los destinatarios de la norma la carga de una definición más restrictiva de su ámbito de libertad (que sería más amplia si no hubiese que respetar esa pretensión). Si el nivel de cargas que debería soportar el destinatario de una eventual prohibición o mandato excediese ciertos *estándares* que hemos dado en llamar *derechos fundamentales, libertades públicas*, etc., la norma habría de reputarse ilegítima en nuestro sistema constitucional.

Si el Estado está materialmente legitimado para el establecimiento de un mandato o prohibición, debe lógicamente estarlo también para proteger su vigencia frente a infracciones que puedan desautorizarla e inutilizarla como respaldo de ciertas pretensiones; el método más frecuente es la sanción de las infracciones. Como toda ordenación, el mantenimiento de una norma genera costes, que en el caso de la sanción son en gran parte soportados por el propio infractor. Dado que los «costes» que soporta el sujeto a quien se impone una sanción penal pueden llegar a ser muy altos, al ser la pena la restricción de derechos más intensa que realiza el Estado, no debe ser empleada sino para la protección de las normas más relevantes frente a los ataques más graves; relevancia y gravedad que se determinan de modo dinámico y relativo (fundamentalmente, atendiendo a criterios como la importancia y generalidad de la pretensión que protegen, la insuficiente capacidad de protección mediante otro tipo de intervenciones estatales, etc.). En resumen: la legitimidad de las normas de sanción debe analizarse separadamente de la de las normas de conducta: pese a que una norma de conducta protegida esté legítimamente fundamentada, es posible que la reacción sancionadora sea ilegítima (por ejemplo, por desproporcionada).

Este esquema argumentativo es también aplicable a las circunstancias agravantes (30). Así, la agravante de ensañamiento se legitima como reacción a un atentado contra la integridad moral (tortura); la de abuso de confianza, como respuesta a un ataque a la relación jurídico-

(30) DOPICO, *RDDP* núm. 4 (2000/2), pp. 64, 74 *et passim*. Denuncian la laxitud con la que en el ámbito de la determinación de la pena se manejan los criterios que tan cuidadosamente se han elaborado en sede de injusto y culpabilidad, por todos, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (trad. E. Bacigalupo; Madrid, 1982), pp. 82-83; HASSEMER, Winfried, «Generalprävention und Strafzumessung», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, pp. 64-65; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 40 ss., 55-56, 81-82.

privada de confianza (del mismo modo que en el tipo penal de apropiación indebida); y la agravante de prevalimiento de un cargo público, como reacción a la lesión de una relación jurídico-pública (como en los tipos penales especiales de funcionarios), etc.

Sin embargo, no cabe hablar de una legitimación material para la sanción (adicional) cuando un delito es motivado por ideología o sentimientos xenófobos. De modo general, el legislador no está autorizado constitucionalmente para prohibir que se alberguen o manifiesten ideas o sentimientos (31), por mucha repugnancia que inspiren, dolor que evoquen u oposición que manifiesten al propio marco constitucional (32) [al menos, no fuera de los períodos y supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 55 de la Constitución (33)]. En palabras del Tribunal Constitucional: «La Constitución protege también a quienes la niegan» (Sentencia 176/1995, F.J. 2.º); cuando menos, los protege frente a la represión de dicha negación.

Debe recordarse que la doctrina citada no ha planteado el fundamento de la agravación en la *expresión* de una ideología o unos «sentimientos abyectos» mediante la conducta delictiva, sino únicamente en que la conducta delictiva *esté motivada* por dichos sentimientos. En la medida en que el legislador no está legitimado para *prohibir* ideologías o sentimientos, tampoco lo está para fundamentar una (mayor) sanción porque se alberguen durante la comisión de un delito o la motiven (34).

(31) Vid. JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. E. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, [1997], pp. 295 ss., relacionando el principio *cogitationes poenam nemo patitur* y la asignación a la persona de una «esfera civil interna», integrada no sólo por la actividad intelectual, sino también por un núcleo mínimo de su esfera de dominio (pp. 296-297).

(32) El Tribunal Constitucional ha constatado en su Sentencia 176/1995 que «la actitud racista es contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente», y que contradice abiertamente «los principios de un sistema democrático» (F.J. 5.º).

(33) Es decir: supuestos de estado de excepción o sitio, e investigación relativa a bandas armadas. Entre los derechos fundamentales que, según la Constitución, pueden suspenderse en los dos primeros supuestos (no en el tercero) no se cuenta el de libertad ideológica, pero sí el de libertad de expresión. No está de más recordar que, en este último caso, el legislador no se halla *constitutione solutus*, sino que está vinculado a ciertos estándares mínimos en relación con los derechos suspendidos. Así se deduce del artículo 55.2 de la Constitución, que habla de una posibilidad de *abuso* de dichas facultades excepcionales, lo que presupone la existencia de un canon constitucional que determina cuándo su empleo es adecuado y cuándo abusivo.

(34) Lógicamente, de este planteamiento surge inmediatamente la pregunta por la validez constitucional de los llamados *elementos de actitud espiritual* (*Gesinnungsmerkmale*). El tratamiento de este grupo heterogéneo y problemático de elementos típicos (en parte, *supuestos* elementos típicos), el estudio de sus rasgos y de los diferentes contenidos que a este concepto se le han asignado, excede el alcance de este

Si el Estado valorase estos elementos a la hora de imponer una pena o una *mayor pena*, no cabría sino entender que hace depender una consecuencia sancionadora de «*un complejo de fenómenos psíquicos que (...) no es otra cosa que el carácter y la personalidad*» (35) del autor. Los modelos que no respetan este límite no pueden ser calificados como sistemas de *Derecho Penal del hecho*, sino que encarnan el llamado *Derecho Penal de autor*, incompatible con la Constitución de 1978: «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo» (36). Si la interpretación de este precepto se basa en los citados aspectos subjetivos, no cabe decir que nos hallemos ante la incriminación de *conductas* racistas, sino más bien una intervención penal censora de la opinión, desembocándose en «una utilización del instrumento penal para castigar a los xenófobos *por serlo*» (37). En resumen: en nuestros modelos constitucionales sería ilegítima una norma como «¡no te guíes por motivos racistas!», que sería la única que podría explicar la diferencia *subjetiva-motivacional* entre un delito de lesiones «motivado» por ideas racistas, xenófobas, etc. y otro carente de dicha motivación (38). En un ordenamiento penal moderno «ya no existe un derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica debería ser (...) la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor con respecto a la delincuencia» (39). El Derecho tan sólo puede atender a la *respuesta* que devuelva el sujeto a la sociedad, y no a los procesos internos que determinen esa respuesta, que quedan, en cualquier caso, en su fuero interno: *de internis non iudicat praetor* (40).

trabajo, que se limita a analizar los problemas interpretativos del artículo 22.4.^a CP y sólo a tal efecto atiende a esta cuestión. En cualquier caso, y con respecto a la frecuente confusión entre lo *la actitud interna* con la que se realiza una conducta y su *carga expresiva*, *vid. infra*, epígrafe II.3.B).

(35) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 101.

(36) STC 150/1991.

(37) LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal...* p. 212. Por ello, no son admisibles para excluir la aplicación de la agravante argumentaciones como la de la SAP Madrid (sec. 6.^a) de 4 de febrero de 2003, que se basa en que el acusado «había ayudado en muchas ocasiones» a una persona dominicana, que tenía familiares de raza negra, etc., por lo que no podía haber incurrido en la conducta prevista en el artículo 22.4.^a. Este tipo de argumentaciones en realidad buscan demostrar que el sujeto *no «es» racista, no alberga ideologías xenófobas*, y sólo serían procedentes si el motivo de la agravación fuese la represión ideológica del racismo y la xenofobia.

(38) Sin embargo, autores como BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995, p. 87, sí entienden que el Derecho puede fomentar, privilegiar o perjudicar ciertas «actitudes éticas del individuo exteriorizadas materialmente».

(39) GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad...», p. 37.

(40) *Vid.* las reflexiones de JAKOBS, «Criminalización...», p. 297.

Esta prohibición de fundamentar sanciones en las motivaciones últimas del sujeto no puede ser soslayada aduciendo que se las toma en cuenta no como «un rasgo de carácter o personalidad permanente», sino tan sólo cuando se materialicen en una conducta delictiva o se manifiesten «en el momento del hecho» (41). Este acceso al fuero interno del sujeto es igualmente ilegítimo cuando se realiza «sólo con los infractores»: nuestro modelo constitucional no permite la sanción de la ideología de un sujeto, ni siquiera «su ideología al infringir», sino tan sólo la infracción de normas de conducta legítimas. La interpretación contraria incurre en un curioso *versarismo interno*, que permitiría el castigo de la *desviación* ideológica o sentimental si el desviado es versado *in re illicita*.

Finalmente: el argumento dogmático del *incremento de culpabilidad* o de *reprochabilidad* en una conducta atendiendo a sus móviles parece, en mi opinión, difícil de encajar con la mayoría de los conceptos de culpabilidad. Si se entiende que la *categoría dogmática* de la culpabilidad (42) opera como un *filtro* que permite separar los supuestos en los que el hecho es subjetivamente imputable a su autor de aquéllos en los que no lo es, e independientemente de los criterios con los que se integre dicho filtro, nunca puede predicarse del agresor racista una *culpabilidad mayor, por el mismo hecho*, que la de un autor plenamente imputable que careciese de móviles racistas: ¿cómo se puede *filtrar* algo y obtenerlo incrementado? (43). Si un hecho

(41) Las citas son de BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones II*, pp. 411 y 410 (respectivamente, en referencia a las agravantes de los artículos 22.5.^a –ensañamiento– y 22.4.^a –«motivos racistas»–). Los autores recogen en la última cita un argumento que ROXIN (*AT 6/17*) emplea para la agravante de «crueldad» (*Grausamkeit*), quien la considera una agravante válida siempre que se observe no como un rasgo general y constante del autor, sino sólo como una característica que se manifiesta en su delito. Parecen sostener una posición similar, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad*, p. 86 («el Derecho puede enjuiciar en el ámbito de las circunstancias determinadas actitudes éticas de los individuos exteriorizadas en la comisión de los hechos delictivos»; las cursivas son añadidas); y BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 64-65.

(42) No se adopta aquí una posición acerca de la viabilidad de una categoría de la culpabilidad separada de la de la antijuridicidad, ni sobre su eventual contenido; tan sólo se hace una crítica dogmática intrasistemática de las posiciones que, afirmándola, consideran que la agravante estudiada halla su sede en dicha categoría.

(43) MIR PUIG, *Derecho Penal... cit.*, 26/2 (siguiéndole, DOPICO, *RDPP 4* –2000–, p. 76). La argumentación de CEREZO MIR [*PG*, (*lecciones 26-40*), pp. 111 ss.] caracteriza la *reprochabilidad* desde dos elementos: el *volitivo*, relativo a la exigibilidad de la obediencia al Derecho, y el *cognitivo*, relativo al conocimiento (actual o posible) de la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, la ideología del autor del delito no puede hacer *más exigible* el Derecho, ni tampoco dar al autor un conocimiento *mayor* (superior al conocimiento *pleno*) de la antijuridicidad de su conducta.

cometido *sin* estos «motivos discriminatorios» es *plenamente* imputable a su autor, no se entiende como la concurrencia de dichos motivos puede hacer que le sea *más* imputable (¿más que *en su totalidad*?).

3. La punición de las motivaciones xenófobas por su «lesividad social»: la agravante del artículo 22.4.^a como un incremento de lo injusto de la conducta

A) Agravación por mayor o adicional antijuridicidad

También desde un punto de vista subjetivo, pero enlazándolo con la antijuridicidad penal de la conducta, se ha dicho que las motivaciones de carácter xenófobo dotan a la conducta típica de un desvalor adicional, de una especial contrariedad a Derecho (44), consistente en la negación «de ciertos valores reconocidos socialmente a los que el legislador ha dispensado una protección jurídica singular» (45), como el principio de igualdad (46) o del «derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro» (47).

En mi opinión, estas propuestas aciertan en lo que se refiere a la ubicación sistemática y fundamentación general de la agravación. En efecto, si el Estado puede intervenir en la esfera de un particular mediante pena, ello debe derivarse de la infracción de éste de una

En estos términos, admitir que pueda existir un *incremento* de la culpabilidad de quien comete un delito por racismo, con respecto a quien lo comete por otros motivos pero con plena culpabilidad, supone admitir que pueda haber algo como un «*sobre-conocimiento de la antijuridicidad*» o una «*sobre-vinculación al Derecho*». En un contexto similar, ALONSO ÁLAMO (*El sistema de circunstancias del delito*. Tesis doctoral: Univ. de Valladolid, 1981, p. 662-663) entiende que esta crítica no es dirigible al concepto de culpabilidad causalista.

(44) Afirman LANDECHO y MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, p. 417, que toda agravante ha de estar referida al injusto de la conducta; sin embargo, he incluido esta obra en el apartado anterior puesto que estos autores no especifican cuál es la carga adicional de antijuridicidad que aporta la motivación racista a la conducta típica, y consideran tan sólo que se trata de «un elemento que forma parte del ánimo del sujeto» (p. 422). En el tratamiento que los autores hacen de este precepto no queda clara la fundamentación de cómo dicho elemento del ánimo puede contener una lesividad social que legitime al Estado para imponer (en este caso, agravar) una sanción.

(45) ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, «Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante», en MUÑOZ CUESTA *et al.*, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 ss., p. 112.

(46) Así, MIR PUIG, *PG*, 26/32; similar, con respecto a otras figuras antidiscriminatorias, BUENO ARÚS, Francisco, «La discriminación racial y el Código Penal español», en *Eguzkilore* núm. 11 (extraord.), 1997, p. 197.

(47) LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», p. 281.

norma de conducta legítima; entre la conducta prohibida (consumada) y la permitida hemos de poder observar una diferencia, un menoscabo de intereses de competencia estatal, imputables al infractor (48). Este punto de partida debe conducir a la apreciación del fundamento de la agravación en una infracción *adicional*, es decir, en el terreno de la antijuridicidad (49). Así lo consideran los autores citados, quienes centran la agravación del artículo 22.4.^a CP en una supuesta *mayor contrariedad a derecho* de la conducta típica que, a la vez que otros intereses, lesiona el principio de igualdad. Sin embargo, no creo que con ello se logre identificar esa *infracción adicional*.

B) *Matización: Los planos espiritual y expresivo*

Es necesario plantear una inicial salvedad antes del estudio individualizado de estas posturas. Se puede hallar en ellas una identificación de dos planos diversos, el de la *actitud interna* y el *comunicativo*. Sin pretender aproximarme a la relación entre los procesos internos y el fenómeno expresivo, sí cabe decir que se trata de dos ámbitos distintos. Cabe comunicar un mensaje sin intención de hacerlo, e igualmente pretender comunicar un mensaje de modo inadecuado e ineficaz (50).

Por ello, entiendo que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es *motivada* por consideraciones xenófobas. El principio de igualdad se refiere a la lesión de una expectativa *de trato igual* y no de *motivación igual* en el trato. Por ello, este principio tan sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. Ello tendrá lugar

(48) FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, pp. 53 ss.; EL MISMO, *Münchener Kommentar zum StGB* t. I, Munich, 2003, comentario previo al § 13/135. Nótese que esta concreta plasmación del requisito del *harm principle* es *únicamente aplicable a la legitimación de la norma de conducta*, y no a la de la norma de sanción. Requisito de legitimación de la norma de conducta es que entre la conducta prohibida y la permitida (en concreto o de modo general) medie una «diferencia de resultado» (por emplear la expresión de JAKOBS, *PG*, 6/21 ss., 6/32); requisito de legitimación de la norma de sanción es tan sólo que se haya infringido una norma de conducta, para lo cual no es necesario que se haya consumado la infracción (con lo que no es necesario un daño). Por así decirlo: la norma de sanción protege la vigencia de la norma de conducta; la norma de conducta protege (o *constituye*) los llamados «bienes jurídicos» (en términos muy similares, FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, pp. 88 ss.; EL MISMO, *Münchener Kommentar*, comentario previo al §13/42 ss., en especial núm. marg. 66).

(49) Especialmente, MIR PUIG, *PG*, 26/2-4, 26/32, LANDECHO/MOLINA *PG*, p. 417.

(50) De modo similar, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, p. 109, subrayan cómo la conducta será o no discriminatoria independientemente de la intención de su autor.

cuando haya en él características que lo diferencien del trato que toda persona puede exigir con base en el Derecho (y, quizá, del que el resto de las personas reciben del autor).

En cualquier caso, dado que las propuestas de los citados autores hacen referencia a los *efectos* de la conducta con «motivación» xenófoba, cabe perfectamente «traducir» la terminología empleada, hablando de la *significación* xenófoba. Entiendo que esta conversión no traiciona sus aportaciones, sino que por el contrario facilita su análisis. A tal efecto, se dividirá la exposición crítica en tres partes, atendiendo a los rasgos de diferentes propuestas interpretativas: la que aduce que las conductas del artículo 22.4.^a suponen un atentado «directo» al principio de igualdad en tanto que discriminadoras, las que consideran que dicho ataque es comparable a las conductas de injuria o humillación, y las que aproximan su contenido al del delito de provocación a la violencia racial.

C) *¿La motivación (significación) racista de un delito como atentado expresivo «directo» al principio de igualdad?*

Parte de la doctrina sostiene sucintamente que la sanción añadida en los casos de agresión racista se debe a que el delito encarna, junto con una lesión del concreto bien jurídico, un *atentado contra el principio de igualdad* (51). Esta diferencia en el trato se asemejaría, al menos en principio, a la que mayoritariamente se aduce como fundamento –al menos, parcial– de delitos como los de denegación discriminatoria de prestaciones públicas o privadas (arts. 511 y 512 CP) o grave discriminación en el empleo (art. 314 CP). Sin embargo, entiendo que el fundamento de la agravante del artículo 22.4.^a CP no es aprehensible con la mera remisión al principio de igualdad; o, en otras palabras: que resulta de difícil comprensión el procedimiento mediante el que unas lesiones «racistas» pueden atentar contra el principio de igualdad de modo distinto a unas lesiones «no racistas». Algunos autores concretan más la referencia al principio de igualdad,

(51) MIR PUIG, PG, 26/32 («Esta motivación aumenta el injusto subjetivo del hecho. Añade al injusto propio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución»); BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista...*, p. 329. La SAP Barcelona (Sec. 10.^a) de 13 de marzo de 2000 habla de un «ataque frontal a la igualdad y dignidad personales como bienes constitucionales» en un caso en que unos jóvenes habían acudido a la puerta de un bar frecuentado por público homosexual a provocar pelea y terminaron por agredir brutalmente a uno de los clientes del bar, entre insultos relativos a su condición sexual. La STS de 17 de julio de 2002 (núm. 1341/2002), en recurso de casación, confirmó la interpretación de la AP de Barcelona.

considerando que la agresión racista atenta contra un «derecho [subjetivo] a un trato igual». Se sostiene, pues, que el «plus» de la agresión racista consiste en un atentado adicional *contra la propia víctima*.

Pretender dotar al artículo 22.4.^a de un contenido protector del principio de igualdad lleva necesariamente, pues, a preguntarse qué ataque al principio de igualdad encarna un asesinato racista distinto del que puede tener un asesinato no racista; cuál unas lesiones motivadas por odio ideológico, distinto del propio de unas lesiones comunes.

Esto nos conduce a uno de los problemas fundamentales de la fundamentación basada en el «principio de igualdad» desde un punto de vista individual: su carácter *meramente referencial*, carente de contenido material propio. Se discrimina a aquél contra quien se realiza una conducta ilícita, puesto que las condiciones de trato igual exigible son las que determinan las normas jurídicas y, entre ellas, las prohibitivas de lesión. Sin embargo, así planteadas las cosas, *cualquier delito contra bienes de titularidad individual* supondría un atentado contra el principio de igualdad, pues con él se trata a la víctima de modo distinto al que tanto ella como los demás pueden exigir. Es obvio que no era éste el propósito del legislador al introducir la agravante del artículo 22.4.^a CP.

El concepto de discriminación relevante a estos efectos no se deriva directamente del principio de isonomía y de igualdad de trato exigible. Se discrimina igualmente si se roba a todos los minusválidos como a todos los jóvenes o a todos los ricos (¿discriminación por razón de edad o por circunstancias económicas?); en sentido estricto no actúa de modo más discriminatorio un nacional que agrede a un inmigrante por su origen como si ocurre a la inversa, o si la agresión tiene como motivo un odio ideológicamente inspirado, una antigua deuda, la mera envidia o unos celos inextinguibles (52). En todos estos casos, existe una diferencia entre el trato recibido y el exigible (siendo este último, además, el que el agresor proporciona a *la mayoría*, de modo que discrimina fácticamente al agredido frente a todos los demás). Sin embargo, pretender aplicar a todos estos supuestos una agravación de la pena por constituir casos de *trato desigualitario* o *discriminador* sería absurdo. Se constata, pues, la *relatividad* del argumento de la igualdad (¿a qué *trato igual exigible* se hace referencia?): si en el discurso no se concretan los criterios por los que la conducta es contraria al principio de igualdad, el concepto pierde sus contornos.

(52) En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 65.

Cabría aún pensar que la punición adicional encarnada en la agravante se basa en lo reprochable de la discriminación por *rasgos identitarios de especial relevancia*, con lo que la agravante respondería a una especial protección de dichos *rasgos* en sí mismos considerados. Efectivamente, el habitual catálogo de «motivos» de discriminación contenido en el principio de igualdad (como lo recogen las Constituciones políticas y los tratados internacionales sobre derechos humanos) se refiere a rasgos identitarios fundamentales (raza, sexo, nacionalidad...). No obstante, tal comprensión debe descartarse, porque dichos *rasgos* no son un objeto posible de ataque (y, desde luego, no un objeto de ataque específico y propio de las agresiones xenóforas o discriminatorias). Si se pretendiese redargüir que se trata de la protección de ciertos rasgos precisamente como elementos *identitarios*, debe responderse que no colabora más a esa «identidad» el color de la piel que la belleza o la fealdad; no es más relevante a los efectos de la determinación de la *otredad* la ideología política que el talante amistoso o antipático del otro. Y, pese a ello, belleza, fealdad (53), buen o mal carácter no están comprendidas en dichos catálogos. Imaginemos una discoteca en la que hay órdenes de no dejar pasar a personas cuya tez revele un origen nacional determinado, ni a los *excesivamente guapos*. Ambas conductas son ilícitas por incurrir en

(53) En sentido contrario, la obra de L. P. HARTLEY *Facial Justice* (1960) (de la que tuve noticia hace varios años en una interesante conferencia del profesor W. Kersting en el Rechtsphilosophisches Seminar de la Universidad de Bonn) propone una curiosísima ucronía: tras la tercera guerra mundial, al constatar que las personas feas (*gamma*) son discriminadas frente a las bellas (*alfa*), el *Ministerio de Igualdad Facial* las someterá a un tratamiento que las equipará en belleza, dándoles un aspecto *medio* (*beta*); el motivo fundamental de esta actuación no es tanto acabar con la desigualdad como con su consecuencia, la envidia. Con mordaz ironía criticaba el profesor Kersting en su ponencia ciertas teorías de justicia social que, en su opinión, se aproximaban a esta aberrante fantasía. Sin duda se trata de una tesis extravagante, pero quizá sea apresurado desechar de raíz su análisis. Si, por ejemplo, se considera probado que en nuestra sociedad realmente tiene lugar la discriminación *laboral* por falta de belleza física; y si cabe considerar que la generación y gestión de puestos de trabajo *no es un asunto totalmente privado*, sino, en gran parte, una función pública asignada a particulares (es decir: que el empleador no dispone tanto de *libertades* como de *facultades*), entonces nos encontraríamos con que un mecanismo –al menos en parte– *público* de distribución de bienes sociales se administra atendiendo a elementos (estos sí) totalmente privados, como la valoración estética de las personas. Si se acepta que esta valoración sea codificada como *relevante a los efectos de la asignación social de riqueza*, la belleza física dejaría de ser un asunto totalmente privado. Lo absurdo de la anti-utopía de Hartley no reside tanto en el punto de partida como en el modo de lucha contra la injusticia, comparable a un hipotético combate contra la discriminación social de la mujer mediante masivas operaciones de cambio de sexo.

discriminación sin motivo razonable (54), pero razonablemente la *alarma* de la discriminación *suenan* de modo más fuerte en uno de los dos casos; deberemos, pues, aproximarnos al fundamento de esa diferencia.

D) *El contenido vejatorio, humillante o injurioso como antijuridicidad adicional de los delitos racistas*

El trabajo de Lorenzo Copello es el que profundiza más en esta línea de entre los citados, y el que da una interesante clave para la interpretación de esta postura. Parte la autora de la comparación de la agravante del artículo 22.4.º CP con la antigua agravante del artículo 10.16.º del derogado CP 1973, de desprecio de dignidad, edad o sexo del ofendido (55). Lorenzo Copello considera que ambas agravantes prestan atención a «la actitud anímica» del autor, al enjuiciar un hecho típico que, además, *minusvalora* a alguien por ciertas características de su identidad.

Esta comparación parece apuntar al terreno de lo expresivo, si bien empleando para la argumentación una terminología referente al ámbito de los procesos internos. Si existía una agravante basada en el *desprecio*, no se trataba del desprecio como *actitud espiritual interna*, sino como *acto expresivo que porta una carga de menosprecio* (nótese que la autora hace referencia a la *minusvaloración* del ofendido) (56). La interpretación que aquí se propone se ve reforzada por otras afirmaciones de la propia Lorenzo Copello, como la consideración de que la base de la agravante se halla en su «efecto» y la comparación con el delito de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 CP), y con el

(54) El *topos* de la *razonabilidad* en la discriminación es empleado por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, Sentencias 128/1987, 150/1991 –la polémica resolución que considera acorde a la Constitución la agravante de reincidencia– o 336/1994); sin embargo, lo hace con una brevísima mención a la exigencia de un *fundamento razonable* para la discriminación, o a una «razonable ponderación» entre fines y medios empleados en la decisión que se supone discriminatoria. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Sumariamente expuesto: la comparación entre dos elementos exige el empleo de un criterio o *tertium comparationis*. Con la mera mención de la «razonable ponderación» evita el Alto Tribunal entrar en los complejos criterios conforme a los que la discriminación está –en nuestra actual sociedad– permitida (por ejemplo: prohibición de entrar en unos vestuarios a personas de *otro sexo*) o prohibida (prohibición de entrar en esos vestuarios a personas de *otra raza*).

(55) LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», pp. 281-282.

(56) Similar, ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, en MUÑOZ CUESTA *et al.*, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 ss. *Vid.* también las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (ambas de la sec. 17.ª) de 13 de mayo de 2002 (núm. 529/2002) y de 21 de enero de 2003 (núm. 20/2003).

tipo agravado de la revelación de secretos cuando la información revelada sea de carácter personal y afecten a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual (art. 197.5 CP). En los tres casos se trata, en su opinión, de la posibilidad de que una persona reciba un *trato* desigual. Se atiende, pues, a la carga expresiva injuriosa de una “actitud”.

Se trata de una interpretación *compatible* con los requisitos constitucionales de legitimación de la sanción, dado que se basa en la *infracción* de una norma protectora de intereses cuya protección es de competencia estatal —el honor de los agredidos—. No es ésta una opción ajena a nuestro entorno jurídico. En la lucha contra la discriminación xenófoba y de otras clases, los ordenamientos occidentales han empleado en multitud de ocasiones referencias típicas que están muy directamente conectadas con los atentados contra el honor; con frecuencia, estos atentados son interpretados como «atentados contra la dignidad humana», en un intento de diferenciar las conductas xenófobas de aquellas «*similares* pero constitutivas de *meros* delitos contra el honor» (57).

Si se pretende sancionar esa *carga expresiva ofensiva* mediante la agravante del artículo 22.4.^a en vez de por la vía de tipos penales como las injurias (verbales o de hecho), las ofensas relativas a los sentimientos religiosos, etc., es necesario sin embargo considerar los *efectos perversos* que se producirían tanto desde una perspectiva sistemática como político-criminal. En principio, se vaciaría de contenido el tipo de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 CP) y el de injurias cuando éstos se produjesen concurriendo con otro delito en un atentado racista. En la legislación penal española, esto supondría aplicar un *privilegio penológico a los delitos que incorporan un mensaje ofensivo de carácter racista* (58).

(57) LANDA GOROSTIZA, *La intervención...*, p. 205. El autor expone cómo el legislador francés ha optado directamente por incluir tipos agravados de atentados contra el honor específicamente xenófobos. Similar es la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en el famoso *caso Violeta Friedman*, que entiende que las «manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo» son contrarias «no sólo al *derecho al honor* de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la *dignidad humana*» (STC 214/1991, FJ 8.º; las cursivas son añadidas).

(58) Si se sancionase esa ofensa mediante la agravante del artículo 22.4.^a CP, se impondría la pena en su mitad superior *en ausencia de atenuantes* (pues de concurrir atenuantes, el juez se vería liberado de ese mandato de asperación de la pena: *vid.* artículo 66.1, reglas 3.^a y 7.^a CP). Sin embargo, si se pretendiese sancionar esa carga humillante mediante los tipos de injurias o tratos inhumanos o degradantes, en el primero de los casos se operaría una irrevocable imposición de la pena *en su mitad superior, concurren o no atenuantes* (curso ideal de delitos, art. 77 CP); en el

Pero, más allá de estos problemas, que serían resolubles con una tipificación más atenta de las penas en el CP, debe señalarse que esta interpretación no parece adecuarse al pensamiento que inspira al legislador. Imagínese el supuesto de una agresión racista consistente en un *asesinato alevoso*, en el que la víctima *no llega a saber* qué le ha ocurrido. En estos casos, esta doctrina debería concluir que *la agravante no es aplicable*, pues el autor opera de modo que la víctima no llegue a tener conocimiento de la supuesta *ofensa*. Sin embargo, parecería chocante no aplicar esta agravante a supuestos de estas características. Lo mismo cabría decir de los supuestos en los que el delito cometido de modo discriminatorio *es precisamente un delito de injurias*, puesto que, así entendido el fundamento de la agravación, necesariamente conduciría a apreciar un *bis in idem* (59). Idéntica consideración, como también ha señalado la doctrina, merecen las agresiones racistas cuando la víctima no pertenece a ninguno de los grupos citados en el precepto, sino que es, por ejemplo, miembro de una asociación de apoyo a dichos grupos (agresiones a integrantes de una ONG dedicada a la integración de inmigrantes, a la lucha contra la discriminación de la mujer, etc.) (60). En estos casos, el mensaje *ofensivo* puede darse o no, pero lo que sí se da de modo innegable es la carga desvalorativa propia de la agravante (61).

segundo, y a tenor de una regla concursal específica (art. 177 CP), se penarían el delito que se pretendía agravar y el delito de tratos inhumanos *al modo del concurso real, sumando las penas*. No parece que el legislador haya introducido la agravante del artículo 22.4.^a para atenuar la pena a las humillaciones que acompañen a un delito cuando tanto unas como otra se cometan por motivos racistas.

(59) Es el caso del que conoció la SAP Burgos (Sec. 1.^a) de 31 de mayo de 2001, en el que los compañeros de trabajo de una persona que sufría retraso mental desde la infancia la maltrataban con constantes injurias relativas a la citada condición; la sentencia aplicó correctamente la circunstancia agravante.

(60) Por ello no se entiende que en un caso como el de la SAP Almería (Sec. 2.^a) 29 de julio de 2004 (núm. 155/2004) no se aplicase esta agravante. Los hechos, resumidamente, fueron los siguientes: el dueño de un piso se lo está enseñando a un empleado de la asociación de apoyo al inmigrante «Almería Acoge», quien pretendía alquilarla para fines propios de su entidad. El acusado llega en compañía de otra persona y amenaza al dueño de la vivienda, diciéndole: «*si metes a los inmigrantes, no tengo problema en quitarte de en medio*». No es el único extremo llamativo de esta sentencia la inaplicación de la agravante. Debe también destacarse que: a) se mantiene la calificación de una amenaza condicional tan importante como *falta de coacciones leves*; y b) se admite el recurso del acusado, en el sentido de *negarle a la víctima la indemnización de 300 euros que se le había concedido en primera instancia*.

(61) Una propuesta similar a la de LAURENZO COPELLO plantea MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (*Antijuridicidad y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 733 ss., 740 ss.), aunque, en mi opinión, plantea algunos problemas adicionales. Si bien la entiendo, su concepción del fenómeno comunicativo como la intersección de dos

Por ello, deben rechazarse ciertas argumentaciones que con frecuencia encontramos en la jurisprudencia española, que exigen para la aplicación de la agravante *que quede acreditada* la pertenencia de la víctima al grupo discriminado (62) (por ejemplo: postulando su inaplicación porque no queda acreditado en autos que la víctima de la agresión fuese homosexual (63).

Lo que estos ejemplos ponen de relieve es algo que ya se había apuntado con anterioridad: que el titular del interés al que se refiere el artículo 20.4.^a no es *el concreto agredido*; más aún: que dicho interés *no es de titularidad individual*.

Ese contenido de ofensa al que se refiere la autora es similar al que normalmente se da en la comisión de delitos dolosos contra pretensiones de titularidad personal (integridad física, libertad, patrimonio, etc.), sean o no cometidos por motivos racistas. En muchas de estas infracciones, *mas no en todas*, cabe ver que el atentado contra la norma que protege las pretensiones de la víctima es, a la vez, un acto mediante el que *se le comunica* su falta de reconocimiento, mediante una carga de sentido injuriosa. Ello queda de manifiesto al analizar agresiones corporales nimias, que con frecuencia son codificadas como *injurias de hecho*, ya que en ellas no se da la más mínima afectación a la integridad corporal, pero subsiste esta carga de sentido peyorativa (64).

psiques (*que B sepa lo que A piensa*), y no como la adecuación a un código, plantea ciertos problemas. No sólo ya en el ámbito de la comunicación *involuntaria* (que no es relevante a los efectos de las infracciones *dolosas* que nos ocupan) o en los supuestos de conducta *conforme a Derecho* —o incluso *debidamente realizada con «intención prohibida»* (fundamental con respecto a su concepción del *ánimo lúbrico* en los delitos contra la libertad sexual, *op. cit.* pp. 737 ss.), sino también en otros ámbitos más relacionados con el objeto de nuestro estudio. Así, el sujeto que *no alberga animosidad alguna* contra los inmigrantes, pero que *por encargo* no remunerado de quien —según le consta— sí la alberga inicia una cadena de incendios en centros de acogida a inmigrantes, difícilmente encajaría en esta definición; como tampoco un supuesto más frecuente en la práctica: el de jóvenes que colaboran en actividades violentas de grupos neo-nazis *para satisfacer necesidades personales de integración*, aunque sin compartir internamente el ideario inspirador. Sin embargo, se trata de dos supuestos claramente subsumibles en el ámbito del artículo 22.4.^a.

(62) Así, la SAP Barcelona (Sec. 2.^a) de 26 de junio de 2002 (núm. 621/2002), que comento brevemente en la nota siguiente; y, en un plano meramente teórico, la SAP Badajoz (Sec. 3.^a) de 18 de mayo de 2004 (núm. 114/2004).

(63) Nótese el efecto perverso adicional de este tipo de exigencias: para poder sancionar a quien comete atentados homófobos, es necesario que la víctima reconozca públicamente que es homosexual, afrontando con ello otras posibles manifestaciones de discriminación. Es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 2.^a) de 26 de junio de 2002 (núm. 621/2002).

(64) Para los amigos de lo polémico puede resultar interesante —o inquietante— el estudio de la validez del *ius retorsionis* en este campo.

Se debe destacar, no obstante, que esta carga de sentido no es algo que caracterice *todos* los atentados dolosos contra las personas: no se dará este acto comunicativo dirigido a la víctima, por ejemplo, en el caso propuesto del asesinato alevoso, o en un hurto o estafa cuando el autor adopta medidas para evitar que la víctima se percate del perjuicio patrimonial, etc. Por ello debería rechazarse una posición que buscara el fundamento de la especialidad del delito doloso en este elemento añadido. En cualquier caso, atendiendo a las reglas de la *inherencia tácita* y del concurso de leyes, este elemento *ofensivo* adicional estará habitualmente abarcado por el contenido de injusto del delito doloso en cuestión, y sólo entrará en juego su sanción autónoma cuando se supere el nivel de injuria *inherente* (65) al tipo en cuestión.

Pese a todo lo expuesto, y como se verá más adelante, debe admitirse que en la aplicación de esta circunstancia agravante, la prueba de la existencia de insultos o vejaciones sí puede tener relevancia a efectos probatorios.

III. LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4.^a Y CIERTAS «EMERGENCIAS» EN DERECHO PENAL. EL PARALELISMO CON EL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA VIOLENCIA RACISTA, IDEOLÓGICA O RELIGIOSA

Como se ha dicho con anterioridad, la agravación de la pena debe derivarse de una conducta con una ilicitud bien *especial*, bien *adicional*, tratándose en este último caso de la sanción de una *infracción* de un modo *atípico*, que se prevé en una disposición de medición de la pena, en vez de un tipo penal. Así, quien comete un delito de lesiones con ensañamiento, atenta contra dos normas: *lesiona y tortura*; de modo que el legislador, mediante la norma de agravación, sanciona ambas infracciones. En realidad, se trata, por así decirlo, de un problema concursal específicamente resuelto por el legislador.

Se defenderá en las siguientes líneas que tal es el caso de la agravante del artículo 22.4.^a. Con ella el legislador da respuesta a una doble infracción: el autor no sólo infringe la concreta prohibición a la que se refiere el delito que se pretende agravar, sino, además, un precepto adicional, cuya sanción se plasma no en un tipo penal, como es habitual, sino en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

(65) Sobre la cuestión de la *inherencia tácita parcial*, vid. DOPICO, RDPP 4 (2000), pp. 66 ss.

1. Introducción

Independientemente de la inveterada discusión sobre la secundariedad de la sanción penal con respecto a otras ramas del ordenamiento, debe constatarse en primer lugar la secundariedad *específica* de ciertos tipos penales «antidiscriminatorios» (66), en el sentido de constituir conductas de por sí ilícitas, cualificadas por el elemento discriminador. Así, es contrario al Derecho Laboral dar un trato injustificadamente desfavorable a un trabajador frente a otros; pero en cuanto se añade el elemento «discriminatorio», pasa a ser un delito (art. 314 CP); por otra parte, la conducta típica de los delitos de los artículos 511 y 512 CP consiste en denegar a alguien una prestación a la que tiene derecho, por «motivos discriminatorios»; no obstante, negar a alguien aquello a lo que tiene derecho, *por el motivo que sea*, es, *ex definitione*, una infracción (civil, administrativa...); nuevamente la significación xenófoba, sexista, etc. dota de relevancia penal al ilícito. Y, por supuesto, la agravante del artículo 22.4.^a exige como presupuesto una conducta ilícita constitutiva de delito. Salvo en este último caso (67), en el resto de los tipos citados estamos ante un ilícito que el legislador no estima de gravedad suficiente como para fundamentar una pena, pero que la adquiere cuando concurre la significación «discriminatoria». Ha de analizarse, pues, ese *plus*.

Las soluciones estudiadas fundamentadoras de una *mayor ilicitud* o *mayor injusto* tienen un punto de partida común: una perspectiva en cierto modo *individualizante*. En ellas, se busca argumentar el plus de antijuridicidad desde la perspectiva del interés lesionado *a la propia víctima* del delito principal, reduciendo el ilícito adicional al ámbito del conflicto entre autor del delito y víctima o, a lo sumo, a la infracción de normas estatales que protegen a esta última. Como se ha indicado, estos intentos no resultan muy fructíferos, por cuanto o bien se identifica el «trato discriminatorio» con una injuria o trato degradante *de baja intensidad* (ya que, como se ha indicado, penológicamente es más benigno que un concurso con los delitos de injurias o tratos inhumanos en el CP), o bien se hace una referencia global a la negación

(66) Se excluyen de este análisis las conductas típicas relativas al genocidio. No es ésta la sede más adecuada para desarrollar esta afirmación, mas baste con apuntar que el origen histórico de la normativa preventiva de las conductas genocidas, las características de los tipos, y de modo muy especial la referencia al bien jurídico protegido y su titularidad, responden a condicionantes políticos (político-criminales) de índole diversa a los de los preceptos aquí estudiados.

(67) Y, posiblemente, en el caso de la provocación a la violencia racista, ideológica o religiosa (art. 510 CP).

del principio de igualdad mediante hechos lesivos, negación cuya «mecánica interna» no resulta fácilmente accesible, a menos que estuviésemos hablando de la punición de actos violentos de expresión ideológica *tanto por violentos como por expresivos de una ideología*, lo que tampoco es admisible.

Entiendo, pues, que el *plus* que añade la connotación racista no es perceptible desde la perspectiva del lesionado sino de un modo mediato, y que el plano de análisis adecuado para la determinación de la infracción adicional es el plano *supraindividual* o *colectivo*, como brevemente intentaré demostrar.

2. Una determinada perspectiva *supraindividual*: el peligro para la vigencia de las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas

A) *La agresión racista como acto intencional de amenaza*

Tomemos como punto de partida el ejemplo de los atentados terroristas. En este tipo de agresiones no sólo cabe ver una infracción contra las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino también, de modo patente, un acto intencional de *propaganda por el hecho* (68). Ciertamente, todo delito supone directa o indirectamente un acto expresivo que atenta contra la vigencia de las normas (69). Sin embargo, en el ámbito de los delitos terroristas se acepta que el hecho contiene, a la vez que el significado de cualquier infracción, un mensaje adicional. En el plano comunicativo, cada acto terrorista no sólo contiene un cuestionamiento *directo* de la concreta norma infringida (prohibición de matar, lesionar, etc.) sino, además, un atentado adicional e *indirecto* a su vigencia, cual es la plasmación de una *amenaza*

(68) Vid. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, p. 44.

(69) JAKOBS, PG, 1/4 ss., 1/15, 1/41; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 25 ss.; le siguen, por todos, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, pp. 88 ss., 105 ss.; EL MISMO, *Muenchener Kommentar*, comentario previo al § 13/34 ss., 64 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al., 1999, pp. 184-189; EL MISMO, *La función de la pena*, [Madrid, 1999], pp. 47 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln et al., 1999, pp. 57, 61 ss. En la doctrina española moderna, vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 20; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, p. 30 ss.

condicional: de no aceptarse los postulados de la banda, la cadena de agresiones continuará (70). Esta *amenaza* socava la vigencia de la norma de prohibición, al menos desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que asisten a un anuncio serio y creíble de futura agresión, y desconfían de la capacidad contrafáctica de la norma. Es cierto que una amenaza de lesión, homicidio, etc., no infringe de por sí las normas que prohíben lesionar o matar; pero sí otras normas adicionales, denominadas por Jakobs «normas de flanqueo». Estas normas protegen la seguridad de la víctima, lo que cabría llamar la base cognitiva de la expectativa de no ser asesinado o lesionado (71) o, con otras palabras, «la vigencia de las normas correspondientes (...) desde la perspectiva del afectado. El autor (...) se arroga en estos delitos la configuración de la relación (...) entre la víctima [debe añadirse aquí: u *otras potenciales víctimas*] y la norma principal» (72). No obstante, en la «propaganda por el hecho» terrorista, la amenaza es demasiado difusa como para ser considerada a los efectos del delito de amenazas condicionales (73) (¿qué concreto delito se cometerá? ¿a qué condición se supedita?), por lo que se contempla para el delito terrorista un tratamiento agravatorio especial.

Una carga de sentido de este tipo se contiene en las agresiones racistas. Con cada atentado racista no sólo se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo (en este caso: monorracial, o, cuando menos, de exclusión de ciertas etnias). Adicionalmente puede observarse en estas agresiones una carga *añadida* de intimidación dirigida a ciertas personas, que las amenaza con la continui-

(70) Es la versión más clásica del concepto, y la que atiende al uso del *terror* (mensaje intimidante) como medio de acción política. Parece ya ampliamente aceptado que la sanción cualificada en los delitos terroristas no puede legitimarse de ningún modo desde los meros postulados ideológicos de su ejecutor; por todos, *vid.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1986, pp. 87, 88 ss.

(71) JAKOBS, «Criminalización...», pp. 314 ss., p. 324.

(72) JAKOBS, «Criminalización...», p. 315. La acotación introducida es importante: la sucesión inmediata entre amenaza de la comisión de un delito hecha a la propia víctima, y su efectiva comisión, debe calificarse como un concurso de leyes, penándose tan sólo la segunda. Sin embargo, aquí la comisión de *un* delito contra *una* persona es, a la vez, amenaza de comisión de *ulteriores* delitos, posiblemente contra *otras* personas. De no ser así, la regla del concurso de leyes (que en el art. 67 CP se plasma en la llamada «inherencia», conforme a la cual no cabe aplicar una agravante cuando es ya *inherente* al delito en cuestión) frecuentemente debería excluir la agravación.

(73) JAKOBS, «Criminalización...», p. 317.

dad del estado de inseguridad en el que se encuentran («situación crítica») (74).

Del mismo modo que en la agresión terrorista –al menos, en lo que cabría llamar «terrorismo clásico»– se envía un mensaje coactivo a las autoridades, aquí el mensaje se dirige principalmente a las personas de determinado origen étnico, nacional, etc.. En primer lugar, la agresión (delito de lesiones, homicidio, robo, daños...) cuestiona de modo fundamental la vigencia de la norma prohibitiva en cuestión. Pero, adicionalmente, socava de otro modo las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras lesiones, homicidios, saqueos o daños (75), atacando así la *norma de flanqueo* que prohíbe emitir este tipo de mensajes amenazantes. El hecho de que estas personas con frecuencia adopten estrategias de autoprotección que recortan su libertad de acción (autoprotección colectiva, simple evitación de ciertas zonas donde se prodigan este tipo de agresiones, etc.) muestra que ciertos colectivos reaccionan *cognitivamente* a esas amenazas: pese al reconocimiento formal de la igualdad, es *un hecho* que en nuestras sociedades hay personas que, con razón, sienten que, debido a su raza, nacionalidad, opción sexual, etc. –en ciertos círculos, o de modo más general– no son tratadas verdaderamente como *pares*, pues gozan de un menor ámbito de libertad, al estar la vigencia de sus expectativas de indemnidad hondamente cuestionada. Atendiendo a tal efecto (indirectamente) limitador de la libertad de estos sujetos, cabe decir que aquí, además de un ataque a las concretas pretensiones de la víctima del delito en cuestión, se da un verdadero atentado contra la libertad de los amenazados (76). Como expone Jakobs al analizar las amenazas y los llamados «delitos de clima», con cada uno de estos mensajes coactivos asistimos a un debilitamiento de la base *cognitiva* de las expectativas de indemnidad de ciertas personas (77), por mucho que *de iure* los

(74) LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 355 ss.; EL MISMO, *Política criminal*, pp. 189-190 («colectivo especialmente vulnerable»); a mi entender, en la primera de las obras, dedicada a los delitos de incitación al odio y a la violencia racial, el concepto de «situación crítica» parece responder a las consideraciones de JAKOBS («Criminalización...», pp. 321 ss.) acerca de la excepcional admisibilidad de los delitos «de clima» en tiempos de crisis de legitimación; si bien entiendo, Landa Gorostiza hallaría de este modo, por así decirlo, *micro-crisis* o *crisis parciales* «estables» dentro del propio sistema.

(75) Además, de modo enormemente creíble, pues quien *mata* y con ello amenaza futuros homicidios, ya demuestra con ello su capacidad de cumplir la amenaza.

(76) JAKOBS, «Criminalización...», p. 319.

(77) JAKOBS, «Criminalización...», pp. 315-316.

destinatarios del mensaje sigan ostentando una pretensión de indemnidad válida (78).

La aplicación de la agravante de racismo ha de verse aquí, pues, como una respuesta *cualificada* a un cuestionamiento *cualificado* [infracción + amenaza tácita de futuras infracciones (79)] de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad. La aplicación de la agravante a estos casos parece plenamente legítimable desde los requisitos constitucionales de habilitación para la sanción.

B) *El sujeto que ha de cumplir la amenaza y la «situación crítica». La amenaza xenófoba y la intervención accesoria*

Existen, no obstante, supuestos en los que el paralelismo con los actos de «propaganda por el hecho» muestra ciertos matices diferenciales. Hasta aquí hemos visto unos supuestos que cabría llamar de «autoría directa» de la conducta amenazante: en ellos, la ejecución de la agresión anunciada corresponde a quien profiere la amenaza, ya de modo inmediato (la ejecutará él mismo), ya de modo mediato (la ejecutará alguien del grupo al que pertenece). Sin embargo, son imaginables supuestos en los que una agresión racista contiene la misma carga de sentido desaprobada por la agravante, pero en los

(78) Una interpretación en estos términos formula Jon Mirena Landa Gorostiza en dos de los mejores trabajos sobre legislación penal antidiscriminatoria en lengua hispana. Sin embargo, lo aquí expuesto no coincide plenamente con lo que este autor sostiene. En su opinión, el interés supraindividual protegido por la agravante antidiscriminatoria son «las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable» (específicamente en *La política criminal*, p. 193; de modo general, en *La intervención*, pp. 346 ss.); sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación de la circunstancia agravante es más extenso, siendo extensible a delitos contra el patrimonio que no suponen un «riesgo existencial» para la concreta víctima, ni para los miembros del colectivo al que ésta pertenece. En mi opinión, esta restricción deriva de la posición del autor, que se adhiere a quienes critican que la agravante no se haya restringido a un núcleo de delitos contra bienes fundamentales (LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 205-206, adhiriéndose en este punto a LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 286 ss.); sin embargo, la realidad es que la agravante es aplicable a otros supuestos, como a robos, hurtos, etc., en los que no se atacan las «condiciones de seguridad existencial» de grupo alguno, a menos que se pretenda definir dichas condiciones en términos tan extensos que acaben coincidiendo con *todos* los derechos de las personas.

(79) Se ha hablado con razón de un «efecto amenazante» de estos comportamientos (JAKOBS, «Criminalización...», p. 317; *vid.* también p. 324: «La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento»).

que no se observe una promesa de futura agresión que vaya a ser ejecutada por el infractor ni nadie vinculado con él. Baste un ejemplo: varias personas colaboran en una masiva agresión a las personas inmigrantes residentes en su barrio, pero sin ánimo de volver a cometer un acto similar.

Sin embargo, en estos supuestos cabe apreciar también un contenido amenazante relevante a los efectos de la agravante antidiscriminatoria. Innegablemente, hay grupos de personas en nuestras sociedades que viven en una *situación crítica*, una situación de constante *desconfianza* con respecto a sus expectativas de indemnidad. Entre ellos pueden citarse, en diferentes ámbitos, las personas inmigrantes, homosexuales o de ciertos grupos étnicos minoritarios, las mujeres, etc. El atentado de significación discriminatoria contiene aquí el ya expuesto doble contenido de sentido: por una parte, *integra* la situación crítica; por otra, la *perpetúa* al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, se trata de una «*cooperación accesoria*»: por un lado, el atentado, en tanto que efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, *cumple* o ejecuta amenazas pasadas (las contenidas en precedentes agresiones racistas, xenófobas, etc.). Por otro, *renueva* la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por otras personas. Así, al hacer identificable su agresión como una agresión *racista, xenófoba, etc.*, el sujeto *la integra* en una estructura comunicativa violenta (compuesta por las agresiones precedentes), colaborando en ella (80): su infracción no sólo atenta contra la concreta pretensión del sujeto, sino que, ya identificable como nuevo eslabón de la citada *cadena comunicativa violenta*, anuncia ulteriores manifestaciones de la *situación crítica* (81).

(80) Con ello se cumple el requisito del que habla Jakobs (PG, 24/17; «Criminalización...», p. 316, nota 33), de que el mensaje intimidante se comunique como parte de un programa coordinado; si bien la intervención del sujeto en ese programa es una integración *accesoria*; es decir: no colabora en su *nacimiento*, sino en su *continuación*.

(81) ¿Puede objetarse a lo aquí expuesto que no cabe hacer al sujeto responsable de las futuras agresiones? En mi opinión, siendo cierta (al respecto, *vid.* JAKOBS, «Criminalización...», pp. 319 ss.; en la doctrina española, *vid.* por todos LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», pp. 279 ss.; LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 343 ss.), la objeción no puede oponerse, puesto que la legitimación aquí propuesta no le atribuye responsabilidad por la conducta de otros, sino tan sólo por una cooperación accesoria en una cadena de amenazas, es decir: por *su propia conducta* (doblemente) cooperadora, como *confirmación* de amenazas pasadas y *renovación* hacia el futuro de dicha amenaza. Ahora bien: ¿cómo debe probarse aquí un dolo de amenazar? Al respecto, *vid. infra*, en el texto.

Es necesario aquí hacer una breve mención al elemento *subjetivo* de esta intervención. Debe partirse de una posición fundamental: si la explicación dogmática de una institución jurídica se basase en elementos de imposible prueba en un proceso, necesariamente estará fallando ya la explicación dogmática, ya la institución en cuestión. Aquello que nunca pueda ser probado en proceso, no puede integrar los presupuestos de una sanción penal.

En este caso, los elementos constitutivos de la agravación penal deben estar abarcados por el dolo del sujeto. Descartadas otras posibles interpretaciones, éste es el significado cabal del término «motivación» o «móvil» al que aluden este tipo de agravantes: el *dolo* con respecto a los elementos constitutivos del injusto adicional del que hablamos. ¿Es posible probar el dolo específico exigido por la agravante en estos supuestos? En mi opinión, su prueba no debe plantear especiales problemas frente a otros delitos dolosos. El dolo debe abarcar aquí tan sólo: *a*) el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una *población (ya) amenazada* –con lo que se conoce que existía una amenaza, y que la propia conducta la cumple–; y *b*) el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas (82) (*cadena de violencia*). Por lo general no debe ser viable oponer que la víctima ignoraba la *significación xenófoba* de su conducta (elemento de *perpetuación* de la situación crítica), del mismo modo que tampoco suele serlo, por ejemplo en el delito de injurias, la de desconocer que la expresión proferida tenía un carácter injurioso, amenazante, etc. Por otra parte, la posible objeción por parte de la acusación de que *se ignoraba* que se estuviese cumpliendo una amenaza pretérita sólo puede prosperar en un número muy reducido de casos, habitualmente, supuestos de *error in persona* con respecto a la víctima directa de su agresión. Las objeciones con respecto al carácter de *cumplimiento de amenazas pretéritas* deben decaer en cuanto quepa considerar probado que el sujeto conoce las características de la víctima como perteneciente a un grupo (ya) amenazado (83).

(82) La integración del mensaje con datos preexistentes es algo presente en todo tipo de comunicación; por todos, *vid.* PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, *cit.*, pp. 77, 82.

(83) MOLINA FERNÁNDEZ (*Antijuridicidad*, p. 740) propone un interesante ejemplo al que, no obstante, da una solución de la que disiento parcialmente. En su opinión, el agente de policía infiltrado en una organización racista violenta que, para no ser descubierto, se ve obligado a participar en una agresión xenófoba, *anula* el mensaje emitido si posteriormente *se desdice*. Sin embargo, lo mismo cabría decir de quien se integra en dicha organización sin compartir su ideario, sólo por sentirse integrado entre

La prueba de la existencia de injurias, insultos, vejámenes, etc., dirigidos al sujeto en relación con su pertenencia a un grupo discriminado puede tener relevancia en el sentido de revelar el sentido de la agresión, es decir, de su integración en la cadena preexistente de violencia de la que venimos hablando (84). Sin embargo, ni es un requisito imprescindible (puede haber perfectamente atentados racistas sin injurias, como puede ser incendiar un albergue de inmigrantes; o agresiones acompañadas de insultos racistas, pero en las que no quepa apreciar el fundamento de la agravante) (85).

C) *La diferente relevancia de la «situación crítica» en unos y otros supuestos*

Hasta aquí hemos analizado dos grandes grupos de conductas: unas en las que el sujeto, habitualmente desde una colaboración con otros, formula una amenaza que él mismo u otro de su organización cumplirá; y otras en las que integra su acción (y el mensaje que incorpora) en una estructura comunicativa violenta que cumple esas mismas funciones, pero sin una distribución funcional previa. Desde el punto de vista dogmático, la diferencia entre estos dos grupos de comportamientos es paralela a la que media entre la (co)autoría y la autoría accesoria.

Desde otras perspectivas, empero, las diferencias son más llamativas, como también lo son los problemas prácticos que plantean.

En dos interesantes trabajos, Landa Gorostiza ha adoptado una perspectiva en gran modo tributaria de la de Jakobs. En ellos, introduce el autor de modo general la exigencia de que el grupo amenazado se halle en una «situación crítica» previamente a la intervención del agresor, definida en los términos expuestos *supra*. En mi opinión, no obstante, esta exigencia debe ser analizada más de cerca.

otros jóvenes, y que tras una agresión declara que personalmente él no siente odio hacia los extranjeros. Sin embargo, en este último caso, la agravante sería plenamente aplicable. Lo que ocurre en el caso citado por Molina Fernández (como él mismo afirma líneas más abajo) es que el sujeto actúa en estado de necesidad, lo que justifica no sólo el injusto adicional de la agravante sino, principalmente, el delito cometido.

(84) En sentido similar, la SAP Lleida (sec. 1.ª) de 7 de noviembre de 2001 (núm. 649/2001) atiende a los insultos como indicio de la aplicabilidad de esta agravante, si bien en un sentido más subjetivante.

(85) Tal es el caso de la SAP Baleares (sec. 1.ª) de 11 de junio de 2001 (núm. 53/2001), en el que el agresor se enzarza en una reyerta con su camello habitual por la calidad de la droga que le ha vendido, en la que emplea insultos relativos a su raza, y que termina con la muerte de éste. La sentencia acertadamente inaplica la agravante al delito contra la vida, pues no se trataba de una agresión racista.

Imaginemos el siguiente supuesto: en una cofradía tradicionalmente integrada de modo exclusivo por varones del pueblo, varias mujeres (o: varios turistas) solicitan su admisión. Las solicitantes comienzan a sufrir diferentes ataques, como pinchazos en las ruedas de sus vehículos, daños materiales en sus casas, injurias a su familia, etc. Se descubre que estas acciones estaban organizadas desde la cofradía, con intención de hacer desistir a las solicitantes, para preservar el carácter absolutamente masculino de la organización (o: porque los turistas, a los ojos de los integrantes de la cofradía, están desvirtuando las costumbres del lugar) (86).

En este supuesto, el carácter de amenaza sería y creíble (y, con ello, debilitador de la vigencia de las normas prohibitivas de lesión desde la perspectiva de las posibles víctimas) se da de modo pleno. Ahora bien: ¿se da aquí el elemento de la «situación crítica»? En principio, parecería que la respuesta debe ser negativa. En nuestra sociedad, ni las mujeres ni los turistas de países desarrollados ven debilitadas por lo general sus expectativas de indemnidad patrimonial (87). Sin embargo, la actuación coordinada de ciertos miem-

(86) La SAP Valencia (Sec. 4.ª) de 15 de octubre de 2001 (núm. 237/2001) conoció de un caso similar. La Comunidad de Pescadores de El Palmar reconocía el derecho a pescar a los hijos de pescadores, pero se lo negaba a las hijas. Un grupo de mujeres inició un proceso judicial que culminó con una sentencia que reconocía sus derechos; y judicialmente se requirió a la directiva de la Comunidad para que admitieran a las mujeres como miembros de pleno derecho, resolución a la que los integrantes de la directiva desobedecieron. La sentencia citada condena a los directivos por la desobediencia, pero, pese a reconocer que estuvo inspirada por «un indolente sexismo, una injustificable ideología de dominación hacia la mujer, gravemente negadora de su dignidad como persona, que les lleva a una postura absolutamente incomprensible y además delictiva», *opta por no aplicar la agravante, ya que «no se acredita que sus señorías [scil. los magistrados que dictaron la sentencia desobedecida] tuvieran todos la condición de mujeres y fuera esa la razón de no cumplir su orden, por lo que únicamente es atacado el principio de autoridad que carece en absoluto de cualquier connotación sexual»*. Debe rechazarse este razonamiento. El artículo 22.4.ª ya no se limita a los delitos contra las personas, y perfectamente cabe desobedecer una resolución judicial de modo tal que se cumplan los requisitos de la agravante. Esta sentencia parece apuntar a una (errónea) comprensión *individualizante* de la agravante, que conduce a resultados tan insatisfactorios como éstos (puesto que si hubiese sido aplicable la agravante, por ejemplo, a una conducta que *forzase la voluntad* de las mujeres para que no pescaran, ¿cómo no aplicarla a la *orden de un juez que les obliga a dejar de forzar su voluntad?*).

(87) Si se quiere decir que la expectativa aquí cuestionada en su vertiente fáctica es el *derecho a integrar asociaciones*, se estaría trasladando el debate a un plano distinto: una cosa es el *medio intimidante* del que se sirve la agresión discriminatoria (amenaza de atentados contra pretensiones de los miembros de un colectivo), y otra el *fin perseguido* por dicha agresión (nación monorracial o

bros de la citada cofradía tiene, obviamente, un significado amenazante que no está abarcado por la mera sanción de las faltas o delitos cometidos contra el patrimonio o contra el honor de las víctimas y otras personas de su entorno. Esa carga de sentido, empero, no es suficientemente concreta para su consideración a los efectos de un delito o falta de amenazas. En la medida en que se dan plenamente los elementos del tipo de la agravante («móviles» o «motivación» discriminatoria, entendidas en el sentido expuesto *supra*), la aplicación de la agravante a estas conductas no sólo respeta el principio de legalidad formal, sino que parece plenamente legitimada en el plano material, pese a que no preexistía una *situación crítica*.

Sin embargo, esto no puede darse de igual modo en los casos que hemos denominado «de intervención accesoria» (casos en los que el sujeto amenazante no tiene relación con la ejecución de su amenaza). Si se pretende afirmar que el sujeto integra su acción en una estructura comunicativa violenta, cooperando con conductas amenazantes precedentes y perpetuando su existencia hacia el futuro, ahí es necesaria por definición la constatación de que *existen* esas amenazas precedentes, es decir: la previa concurrencia de la *situación crítica* de la que habla el profesor Landa Gorostiza.

Esto pone de relieve que la preexistencia de la *situación crítica* no es un requisito general de la aplicación de la agravante (88), sino tan sólo un presupuesto fáctico de su aplicación en los casos de *intervención accesoria*. Debe concederse, en cualquier caso, que es un presupuesto requerido por los casos *más graves* y, posiblemente, los que han impulsado al legislador a introducir este tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (89).

genéticamente «pura», preeminencia masculina, «limpieza ideológica», etc.). En efecto, el fin perseguido aquí es la exclusión de las mujeres o los turistas de una organización social; pero se debe analizar el *medio intimidante* como debilitamiento de la vigencia de ciertas normas.

(88) Como sí puede serlo en el delito de provocación a la violencia racial (*vid. supra*, nota 68). Nótese que Landa Gorostiza no incide tanto en este requisito al tratar la agravante del artículo 22.4.º CP como al tratar el citado delito de provocación.

(89) Así, por ejemplo, si un miembro de una minoría racial amenazada en un Estado agrade a alguien del grupo étnico mayoritario alentado por un odio hacia dicho grupo (como ocurre en los actos de violencia reactiva), al no estar el grupo mayoritario en una *situación crítica*, el acto carece de la carga intimidante requerida (pese a que, por ejemplo, la jurisprudencia estadounidense sí ha aplicado la agravante a estos supuestos: *vid. BORJA JIMÉNEZ, Violencia racista...*, pp. 327-328.).

D) *La «responsabilidad por la raza»*

Una de las manifestaciones más frecuentes del racismo y la xenofobia es la asignación de «responsabilidad por la raza». Se trata de actos de hostilidad a cualquier persona de una raza o grupo étnico (o, por extensión: religioso, ideológico, etc.), justificados por una (real o supuesta) previa conducta indebida de otra persona de esa raza. Paradigmática es la delirante justificación tradicional del antisemitismo basada en un «carácter deicida» del pueblo judío, que para el antisemita *mancha* de culpa a todo individuo de esa etnia o religión. La «responsabilidad por la raza» es una de las inspiraciones más frecuentes en la perpetuación de las *cadena de violencia* de las que venimos hablando; propia de sociedades primitivas y poco evolucionadas, pero sorprendentemente perviviente en nuestros días, a modo de *rescoldo ideológico tribal* que con facilidad es atizado por populismos de todo tipo.

El tratamiento jurisprudencial de las agresiones que responden a este esquema de «responsabilidad por la raza» es variado. Así, en el caso del que conoció la llamativa SAP Almería (Sec. 3.ª) de 11 de marzo de 2002 (núm. 62/2002), los acusados emprenden una verdadera *razzia* por una barriada de El Ejido, al parecer porque buscaban a alguien que les había robado unos efectos. Dado que por alguna razón consideraron que el ladrón era marroquí, se dirigieron a la barriada donde residen los trabajadores de esa nacionalidad y fueron deteniendo a toda persona de etnia magrebí que encontraban por la calle, encerrándola en una camioneta y golpeándoles para que confesasen que les habían robado. En su búsqueda, sólo detuvieron, amedrentaron y atormentaron a personas marroquíes. Sin embargo, la sentencia declara que, dado que el móvil «fue la recuperación de unos objetos que, al parecer, le habían sido sustraídos», no es aplicable el artículo 22.4.ª. Pero a duras penas es imaginable, en mi opinión, un caso más claro de motivación discriminatoria de efectos lesivos para el colectivo amenazado.

Parece más adecuada la solución adoptada por la SAP Lleida (Sec. 1.ª) de 7 de noviembre de 2001 (núm. 642/2001). En ella, el acusado agrede a un magrebí creyendo que es quien anteriormente le había atacado a él. Sin embargo, una vez cobra conciencia de que se trata de otra persona distinta, aunque de la misma raza, sigue golpeándole, entre insultos alusivos a su raza. La sentencia concluye que es de aplicación la agravante, ya que «*la motivació que va dur l'acusat atacar la víctima fou únicament la raça de la víctima, en forma d'escometiment indiscriminat contra persona de la mateixa ètnia que la que moments abans l'havia agredit a ell*».

E) *Actos «discriminatorios» sin dolo de emitir un mensaje intimidante. ¿Son este tipo de normas aplicables a los casos de violencia doméstica?*

Si el sujeto no dota a su agresión de una significación racista o discriminatoria, no habrá modo alguno de integrarla en la citada cadena o estructura comunicativa violenta, con lo que no anuncia agresiones futuras ni cumple amenazas pasadas. Si la conducta, pese a ello, es interpretada por alguien (o por un grupo amenazado) como amenazante en los términos descritos *supra*, se tratará de una comunicación defectuosa.

Se ha planteado en ocasiones la posibilidad de aplicar esta circunstancia agravante o normas similares a supuestos que no se adecuan a los requisitos aquí expuestos, si bien tienen origen en mayor o menor medida en una ideología «discriminatoria» del agente; sobre todo, en el patriarcalismo o en otras manifestaciones del sexismo, como son, paradigmáticamente, los casos de agresiones en el ámbito de la pareja.

En mi opinión, esta interpretación tropieza con no pocas objeciones. Descartada la sanción (adicional) por la mera expresión de una ideología en el acto delictivo –y, desde luego, el que dicho acto haya sido *alentado* por la citada ideología–, en estos delitos difícilmente pueden hallarse los elementos de propaganda fáctica a los que venimos haciendo alusión. El maltratador en el ámbito familiar tiende a mantener los hechos cometidos en secreto, y no a propagarlos con intención intimidante. Al ser su destinatario un único sujeto pasivo, no cabe hallar el componente supraindividual que requiere la sanción de agresiones de carácter discriminatorio (90); salvo, quizá, en los casos de asesinato, donde el autor difícilmente puede confiar en que los hechos sigan manteniéndose en secreto. En mi opinión, y pese a que es cierto que este tipo de agresiones tienen un importante efecto «supraindividual», el elemento de intimidación que con frecuencia se

(90) Con alguna frecuencia podemos hallar en el lenguaje periodístico alusiones a estos delitos con términos como «terrorismo doméstico». En mi opinión, esta expresión sólo debe interpretarse como un paralelismo con unos delitos especialmente dolorosos y resistentes a la acción policial. Más allá, no se da en ellos el elemento de propaganda coactiva masiva característico de los delitos terroristas.

En general, la terminología empleada para aludir a estos delitos tropieza una y otra vez con ciertas inconveniencias. La expresión «maltrato doméstico» parece sugerir una cierta minusvaloración de un fenómeno ciertamente preocupante. Términos como «violencia masculina» (*Männnergewalt*) no sólo dejan de lado algunos supuestos relevantes (por ejemplo, de violencia hacia los hijos), sino que corren el peligro de reproducir el mismo mensaje sexista-segregador que se pretende combatir (un error tan grave como sería, por ejemplo, definir el terrorismo del «IRA auténtico» como «violencia irlandesa»).

da en estos supuestos –y que, en realidad, cabría pensar que los caracteriza de modo fundamental– debe entenderse en un sentido «individual» (es decir: la coerción a su «víctima directa»), y ser tratado cabalmente entre los atentados contra la libertad. Este es, en mi opinión, el principal fundamento de los tipos de violencia doméstica (en especial, del tipo de violencia habitual del artículo 173.2 CP).