

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LA APOROFOBIA COMO MÓVIL DISCRIMINATORIO: ¿DERECHO PENAL DE AUTOR?

APOROPHOBIA AS DISCRIMINATORY MOTIVE: ¿CRIMINAL LAW OF THE ACTOR?

Marta Pantaleón Díaz

*Contratada predoctoral (FPU). Universidad Autónoma de Madrid**

* Contratada predoctoral (FPU) del Área de Derecho Penal (marta.pantaleon@uam.es). Agradezco a los Profesores Enrique Peñaranda Ramos y Leopoldo Puente Rodríguez su atenta lectura del borrador de este trabajo, y sus interesantes sugerencias y aportaciones al respecto. Los errores restantes son solo míos.

Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el Congreso Aporofobia y Derecho penal, organizada por el proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La reciente propuesta legislativa de incorporar las «razones de aporofobia o exclusión social» como uno más de los motivos discriminatorios a los que se refiere el art. 22.4.^a CP promete reabrir el debate sobre la compatibilidad con el principio del hecho de las circunstancias agravantes basadas en aspectos fuero interno del autor, concretamente, en la calidad de los motivos que lo llevan a delinquir. En el artículo, se defiende la conveniencia político-criminal de esta reforma, sobre la base de que la comisión del delito por motivos abyectos (en particular, de aporofobia) revela una mayor culpabilidad del autor por el hecho, impidiendo que este se interprete como algo distinto de una *negación frontal* por su parte del valor de los bienes que el Derecho penal considera dignos de protección.

ABSTRACT:

The recent legislative proposal to incorporate «aporophobia or social exclusion» to the discriminatory motives listed in art. 22.4.^a of the Spanish Penal Code promises to reopen the debate on whether aggravating circumstances based on the actor's internal sphere —more specifically, on the quality of the motives that led her to offend— are or not compatible with the harm principle. The article presents an argument in favour of such a reform, grounded on the contention that heinously motivated offences (and particularly, aporophobic ones) depict the actor's greater culpability for her deed, for this cannot be interpreted as anything but her frontal denial of the value of the interests that the criminal law deems worthy of protection.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, motivos discriminatorios, principio del hecho, Derecho penal de autor, culpabilidad.

KEYWORDS:

Aporophobia, discriminatory motives, harm principle, criminal law of the actor, culpability.

Escribo el título de este pequeño artículo y una serpenteante línea rosa aparece bajo el término «apofobia». El diccionario de Microsoft Word parece ir, en este punto, un paso por detrás de la Real Academia Española —que lo admitió en el suyo en septiembre de 2017— y varios por detrás de la sociedad, que lo ha ido incorporando poco a poco a su léxico desde que en 1995 la filósofa Adela Cortina recurriera por primera vez a la unión de las palabras griegas *áporos* («pobre») y *fóbos* («miedo»), para referirse al rechazo hacia las personas económicamente desfavorecidas o en situación de exclusión social¹.

Acababa entonces de entrar en vigor el «Código Penal de la democracia», que incluía, en su art. 22.4.^a, una nueva agravante genérica de «motivación discriminatoria»², consistente en «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca»; precepto que tiene su antecedente inmediato en la LO 4/1995, de 11 de mayo, por la que se introdujo en el art. 10 Código Penal entonces vigente un nuevo apartado 17, que contenía una agravante muy similar, aunque con un alcance más restringido. Desde entonces, el Código Penal de 1995 ha sido objeto de más de treinta reformas, dos de ellas con directa incidencia sobre el art. 22.4.^a CP: La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la «identidad sexual» como posible motivo discriminatorio y sustituyó la expresión «la minusvalía que padezca» por «su discapacidad»; y la LO 1/2015, de 30 de marzo sumó a la lista las «razones de género». Sin embargo, la situación económica de la víctima como móvil discriminatorio sigue tan ausente de su articulado como del diccionario de Microsoft Word: como afirmó la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia 1160/2006, de 9 de noviembre³, cualquier agravación de la pena con base en el art. 22.4.^a CP por haber actuado el autor del delito por razones de apofobia supondría una aplicación analógica del precepto en sentido desfavorable para el reo, prohibida por el principio de legalidad penal⁴. Y la misma llamativa ausencia se detecta en el catálogo de colectivos que pueden tener como objeto las diferentes modalidades del delito tipificado en el art. 510 CP.

Como han denunciado autores como Lorenzo Copello⁵, Hortal Ibarra⁶, Bustos Rubio⁷ o García Domínguez⁸ (2020, pp. 62-73, 97), la apofobia sigue siendo, hoy por hoy, en definitiva, una forma de discriminación penalmente invisible. Curiosamente, sin embargo, el Ministerio del Interior la incluye como una categoría autónoma en sus informes anuales sobre la evolución de los delitos de odio en España⁹. De acuerdo con los datos publicados, a ella pertenecieron 10 de los 1.272 incidentes regis-

¹ CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós, pp. 22-27.

² DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, p. 143.

³ LA LEY 150063/2006.

⁴ FD 32.º; en idéntico sentido, ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», *Revista Penal*, núm. 2, p. 8; GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La apofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio Legis, p. 64; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, p. 146.

⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, p. 246.

⁶ HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, 108-3, pp. 64-66.

⁷ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020a. *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporofobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del art. 22,4ª del Código Penal*, Universidad de Salamanca, pp. 2-5. Recuperado de: <<http://crimen.fundacionusal.es/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>> (última consulta: 1 de marzo de 2020); BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Op. Cit., *passim*, esp. pp. 241-246.

⁸ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La apofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit.

⁹ Disponibles en <<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>> (última consulta: 1 de marzo de 2020). Téngase en cuenta, sin embargo, que, como advierte el propio Ministerio en su *Plan de acción*

trados en 2016, 11 de los 1.419 registrados en 2017, y 14 de los 1.598 registrados en 2018; lo que — tras un notable descenso entre 2015 y 2016¹⁰— revela una tendencia constantemente creciente que, en el último año sobre el que hay información disponible, supera incluso la media del conjunto de episodios registrados. Un completo estudio estadístico de esta tipología criminal puede encontrarse en García Domínguez¹¹ y Bustos Rubio¹² cuyos análisis permiten, por lo demás, apreciar la existencia de una importante cifra negra en esta clase de delitos, como consecuencia de su infradenuncia.

Con estos datos en mente y calificando con razón este fenómeno como uno «tan extendido en la sociedad como invisibilizado», el Grupo Parlamentario Unidos Podemos (hoy, *Unidas Podemos*) en el Senado presentó el pasado 11 de julio de 2018 una Proposición de Ley para introducir las «razones de aporofobia o exclusión social» como uno más de los motivos discriminatorios a los que se refiere la agravante del art. 22.4.^a CP¹³; aunque, sorprendentemente, sin proponer una reforma paralela del art. 510 CP que extendiera la protección de este precepto al colectivo de personas económicamente desfavorecidas. Pese a que la toma en consideración de la Proposición fue aprobada con un solo voto en contra por el Pleno de la Cámara el 24 de octubre de 2018¹⁴, su tramitación parlamentaria continúa siendo, hasta donde alcanzo, una de las tareas pendientes de las Cortes Generales para la nueva legislatura.

Cabe esperar, sin embargo, que la reforma propuesta haya de hacer frente —si no en las Cortes, al menos en su valoración por parte de la doctrina— a las dudas de legitimidad que desde siempre han planteado las pretensiones de considerar en sede de determinación de la pena las *motivaciones* que llevan al autor a cometer el delito; ello al menos si, como es aquí el caso, se tienen en cuenta en sentido *desfavorable* para el reo. Creo que asiste toda la razón a autores como Alonso Álamo¹⁵, Díaz López¹⁶, García Domínguez¹⁷ o Bustos Rubio¹⁸ cuando afirman que esta es la interpretación más acorde con el tenor literal del art. 22.4.^a CP; un postulado que también asumen, aunque en sentido crítico, Laurenzo Copello¹⁹, Abel Souto²⁰, u Hortal Ibarra²¹. Y es que, como señala Díaz López²², siguiendo la clasificac-

de lucha contra los delitos de odio, «el marco de los “delitos de odio” no corresponde propiamente a unas categorías jurídicas concretas en nuestra legislación penal, sino que se refiere —bajo un elemento denominador, el odio, que, a su vez, provoca la discriminación y la aversión— a un conjunto de conductas que, en ocasiones, apuntan a un conjunto de acciones típicas nuevas, y en otras determinan la cualificación de conductas ya tipificadas en el Código Penal o en normas administrativas» (p. 4).

¹⁰ En 2015, de los 1.328 incidentes registrados, 17 fueron de aporofobia.

¹¹ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 49-56

¹² BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Op. Cit., pp. 67-113.

¹³ Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 2 de noviembre, del Código Penal (622/000025): BOCG, Senado, XII legislatura, núm. 270, 11 de septiembre de 2018, pp. 18-20.

¹⁴ Diario de Sesiones del Senado, XII legislatura, núm. 86, 24 de octubre de 2018, pp. 119-128.

¹⁵ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», en Díez Ripollés, José Luis. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 538-539.

¹⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 131-133, 143-144, 208-219, 356-373.

¹⁷ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 66, 72.

¹⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Op. Cit., pp. 187-188, 193-199.

¹⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», Op. Cit., p. 274.

²⁰ ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», Op. Cit., p. 6.

²¹ HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., pp. 43-44.

²² DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Op. Cit., pp. 115-116.

ción de modelos legislativos de Lawrence²³, el legislador español parece haber optado claramente, en la configuración del art. 22.4.^a CP, por el «modelo de la animosidad» —*animus model* o, en la terminología de Fuentes Osorio²⁴ (*hostility model*—, centrado en la *motivación* del autor al cometer el hecho, en detrimento del «modelo de la selección discriminatoria», que pone el foco en los *efectos* que el delito dirigido contra un miembro de un colectivo discriminado tiene para la propia víctima o el colectivo en su conjunto.

Con ello no se pretende afirmar que el primero de los modelos legislativos sea *preferible* al segundo desde el punto de vista político-criminal, ni siquiera que el legislador español lo haya preferido *en todo caso*. Lo ha advertido con acierto Díaz López, destacando que «no parece ... necesario que toda nuestra normativa penal antidiscriminatoria revista idéntico fundamento»²⁵; vid., en sentido similar, García Domínguez²⁶. De hecho, creo que puede afirmarse, siguiendo al primero de estos autores, que el delito del art. 510 CP responde más bien al modelo de la selección discriminatoria²⁷. Y lo mismo cabe predicar, a mi juicio, en la línea apuntada por Bustos Rubio²⁸, de los delitos de violencia de género introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre (arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 CP), sobre todo si se tiene en cuenta la interpretación de los segundos defendida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a partir de su sentencia 677/2018, de 20 de diciembre²⁹.

No terciaré aquí en el apasionante debate sobre la legitimidad de los preceptos citados. Mi único (y más modesto) objetivo es señalar es que esta no es, a mi juicio, la interpretación que ha de darse al art. 22.4.^a CP y a la reforma del precepto propuesta: lo que aquí se pretende tener en cuenta como circunstancia agravante es cometer el delito «*por razones* de aporofobia o exclusión social». Desde esta perspectiva, resulta irrelevante que el hecho se dirija efectivamente o no contra una persona económicamente desfavorecida, atentando especialmente contra su honor o su dignidad³⁰ y/o contribuyendo a consolidar la discriminación histórica del colectivo al que pertenece³¹.

Sentado, pues, que el art. 22.4.^a CP se centra en la *motivación* del autor al cometer el hecho, los intentos doctrinales de legitimación de una agravante de estas características han consistido, básicamente, en considerar el motivo discriminatorio del delito un elemento constitutivo o indicativo, bien de una mayor *ilicitud* del hecho, o bien de una mayor *culpabilidad* de su autor; siendo esta última, quizás, la

²³ LAWRENCE, Frederick M., 1999. *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Cambridge, (Massachusetts), Harvard University Press.

²⁴ FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit., p. 3.

²⁵ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 370.

²⁶ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Op. Cit., pp. 66, 72.

²⁷ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 370-372. Cfr., no obstante, FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», Op. Cit., p. 38.

²⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4.^a CP)*, Op. Cit., p. 173.

²⁹ LA LEY 182053/2018; FD 2.^o

³⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», Op. Cit., pp. 281-285; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, 2001. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, pp. 739-740; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., p. 46.

³¹ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, 2001. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, Comares, pp. 188-194, 259-262; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», Op. Cit.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., pp. 163-173; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», Op. Cit., pp. 46-48.

opción mayoritaria en la doctrina³². Ambas alternativas de fundamentación se enfrentan a una dificultad común: la de conciliar una agravación centrada en el examen del *fuero interno* de quien comete el delito, tan aparentemente característica del llamado «Derecho penal de autor», con el *principio del hecho* llamado limitar del *ius puniendi* en un Estado de Derecho mínimamente liberal. Pues bien, a mi juicio —por paradójico que pueda parecer—, solo una fundamentación de la agravante basada en la mayor *culpabilidad* del autor puede superar esta dificultad.

Si he calificado esta última afirmación como «paradójica» es porque la objeción a la que acabo de referirme se dirige con especial frecuencia precisamente contra quienes sostienen que una motivación reprobable denota una mayor culpabilidad del autor por el hecho. Se aduce, en este sentido, que, en un Derecho penal del hecho, la culpabilidad únicamente puede operar como un «filtro» de imputación personal que permite atribuir al autor en mayor o menor medida el hecho típicamente antijurídico como propio; premisa de la que se infiere la ilegitimidad de cualquier circunstancia agravante basada en una mayor culpabilidad del autor³³. Dopico Gómez-Aller lo ha expresado con particular brillantez:

Si se entiende que la *categoría dogmática* de la culpabilidad 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?³⁴.

Desde este punto de vista, se ha llegado a considerar una circunstancia agravante así configurada como «una inconstitucional y paradójica resurrección del rechazable Derecho penal de autor nacionalsocialista»³⁵.

Como ha puesto de manifiesto Peñaranda Ramos³⁶, quizás lo más curioso de esta objeción sea que algunos de sus más eminentes partidarios la tengan por superada simplemente con «desplazar» la motivación al tipo (subjetivo) y fundamentar la agravación en una supuesta mayor ilicitud del hecho, dada la «negación» —en el plano comunicativo-simbólico— del principio constitucional de igualdad que dicha motivación supone³⁷. Si lo que preocupa a estos autores es el peligro de criminalización de la actitud interna, considerar esta última parte del *objeto* de la imputación personal debería, según creo, resultarles más problemático que tenerla en cuenta como *criterio* de imputación, ¡nunca menos! Y es que, cuando se afirma que la motivación reprochable es un elemento del injusto se está haciendo algo *mucho más parecido* a «prohibir pensamientos» que cuando se sostiene que un hecho típicamente

³² Así, por ejemplo, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, 2011. «La agravante por discriminación», en Díaz Maroto y Villarejo, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, Civitas, p. 138.

³³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., pp. 149-154; PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 193-195; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Op. Cit., pp. 348-350; MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, pp. 648-649; FUENTES OSORIO, Juan Luis, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit., p. 9; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Op. Cit., pp. 225-227).

³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., p. 153, énfasis en el original).

³⁵ ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», Op. Cit., p. 9.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2013. «Prólogo», en Díaz López, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 22; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, pp. 273-274.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., pp. 649, 654-657. En sentido similar PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2020. «Prólogo», en Bustos Rubio, Miguel, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, p. 17.

antijurídico *con independencia* del fuero interno de su autor (un homicidio, unas lesiones, etc.) le es *más atribuible* a este en virtud de los motivos que lo han llevado a cometerlo: solo en el primer caso la actitud interna forma parte del objeto de la prohibición³⁸. Esta vía de legitimación del art. 22.4.^a CP conduce, en definitiva, a un Derecho penal que, en abierta contradicción con el aforismo «*cogitationis poenam nemo patitur*», tan pronto dice «prohibido matar» como «prohibido *motivarse* por razones racistas, sexistas, de aporofobia, etc.».

Esta objeción no puede extenderse, sin embargo, al original planteamiento de Peralta³⁹, al que sigue Bustos Rubio⁴⁰ y, aunque sin decantarse definitivamente entre su postura y la que aquí se defenderá, Díaz López⁴¹. Para Peralta, los motivos reprochables no son, en sí mismos, constitutivos de una mayor ilicitud del hecho, sino que funcionan como heurístico —como «*proxy*», si se quiere— de la existencia de un contexto en el que aquel *no se encuentra justificado en absoluto*; en el que el injusto (objetivo) se da en su grado máximo. Los motivos operan, en otras palabras, como «causas de justificación a la inversa»⁴². Aunque se trata de una fundamentación mucho más convincente que la que acaba de criticarse, y en cuya valoración no puedo profundizar aquí, el autor no termina de explicar, a mi juicio, por qué el legislador recurre a esta extraña técnica para anudar consecuencias jurídicas a la existencia (*objetiva*) de un contexto de no-justificación: ¿por qué remitir para ello a un epifenómeno *subjetivo* y, en esta medida, más difícil de constatar?

Sea como fuere, lo cierto es que, frente a la alegación de la doctrina mayoritaria de que una fundamentación de la agravante basada en la culpabilidad es incompatible con el principio del hecho, no basta, evidentemente, con responder que la basada en el injusto lo es *todavía más*. Para responder a esta objeción es necesario, a mi juicio, reparar en que el razonamiento de estos autores se basa en un *doble malentendido*. Y es que, contra lo que pudiera parecer, (i) ni el principio del hecho prohíbe tener en cuenta el fuero interno para el castigo, (ii) ni una culpabilidad entendida como «filtro del injusto» se opone a la existencia de circunstancias agravantes basadas en la mayor imputación personal del hecho a su autor.

Comenzando por lo primero, suele atribuirse a Jakobs, en su famoso trabajo de 1987, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico»⁴³, la defensa más cerrada de la tesis de que un Derecho penal del hecho es incompatible con la consideración *contra reo* del fuero interno⁴⁴. Esto, sin embargo, no es demasiado exacto: para Jakobs, el principio del hecho no prohíbe *cualquier* indagación en el fuero interno, sino solo la *no justificada* con base en el carácter *objetivamente perturbador* del comportamiento del autor⁴⁵. Una vez constatada la existencia de una conducta perturbadora, no hay problema en que su *imputación* al autor tome como *critérios* factores atinentes a su esfera privada, como es evidente que ocurre en relación con el dolo —al menos, en las configuraciones más usuales de este elemento— o con la capacidad personal de comportamiento conforme a la norma⁴⁶. En el ar-

³⁸ En sentido similar, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», Op. Cit., p. 536; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 355.

³⁹ PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Op. Cit.

⁴⁰ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4.^a CP)*, Op. Cit., pp. 235-239.

⁴¹ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., pp. 380-385.

⁴² PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Op. Cit., pp. 199-212, 261-282, 311-312.

⁴³ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Peñaranda Ramos, E. (trad.), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones/Civitas, pp. 37-47.

⁴⁴ Así, por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», Op. Cit., p. 40.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Op. Cit., pp. 199-302; 2017, pp. 37-41, 44-45, 47.

⁴⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a*

título citado, el propio Jakobs califica, en fin, como «de una corrección evidente» la afirmación de que un Derecho penal de la culpabilidad ni prescinde de hecho, ni puede prescindir, del examen del fuero interno⁴⁷; por mucho que, de acuerdo con el autor, no puedan extraerse de tal afirmación las críticas que normalmente se aducen contra planteamientos objetivistas como el suyo⁴⁸.

Respecto del segundo de los aspectos, la doctrina mayoritaria incurre aquí, a mi juicio, en un claro *non sequitur*. Es cierto que, en un Derecho penal liberal, la culpabilidad no puede pasar de ser un juicio de *imputación personal* al autor, en mayor o menor grado, de un hecho considerado materialmente antijurídico con base en su *objetiva lesividad* para los bienes jurídicos: un filtro que deja pasar más o menos contenido de injusto a la esfera del autor. Pero de ello no se deduce en absoluto que los factores que son relevantes en sede de culpabilidad —entre los que, como acaba de defenderse, pueden encontrarse elementos atinentes al fuero interno del autor— solo puedan tener efectos atenuantes sobre la pena. Los defensores del mantra de que sería ilegítima cualquier circunstancia agravante basada exclusivamente en una mayor culpabilidad del autor incurren aquí, según creo, en lo que podríamos denominar un «sesgo legalista», derivado de conceder demasiado peso a la decisión, *de pura técnica legislativa*, sobre si una circunstancia, *formalmente*, atenúa o agrava. Lo cierto es que, desde el punto de vista penológico, resulta completamente indiferente, *ceteris paribus*, ordenar que se imponga una pena *mayor* en caso de motivación discriminatoria que ordenar que se imponga una pena *menor* en caso de que dicha motivación no concorra. Con la configuración actual de la agravante, la *existencia* del móvil en cuestión conduce a la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3.^a CP), algo que cualquier juez mínimamente atento a exigencias de proporcionalidad con el hecho en la determinación de la pena haría en cualquier caso, si se encontrara ante el mismo supuesto de hecho, pero la *inexistencia* de motivación discriminatoria se configurara como atenuante genérica, obligándolo a imponer la pena en su mitad inferior (art. 66.1.1.^a CP). Si el legislador ha optado por la primera de las técnicas, en lugar de por la segunda, ello se debe seguramente a la razonable pretensión de construir las llamadas «circunstancias modificativas» de la responsabilidad penal sobre la base de la excepción (el móvil discriminatorio) y no sobre la de la regla (su ausencia); pero debería parecer evidente que de ello no puede extraerse consecuencia *sustantiva* alguna en relación con el fundamento o la naturaleza jurídica del art. 22.4.^a CP⁴⁹.

Si se superan estos sesgos, la fundamentación de la agravante que se revela, a mi juicio, más convincente puede extraerse con claridad de los trabajos de Peñaranda Ramos sobre el delito de asesinato⁵⁰ y entronca, según creo, con las reflexiones en torno a la exculpación desarrolladas por autores como Dan-Cohen⁵¹ y el propio Jakobs⁵². Este planteamiento permite insertar sin fricción alguna la agravante de motivación discriminatoria en una *teoría general de la culpabilidad* como un juicio que permite situar el hecho típicamente antijurídico en algún punto del espectro entre aquello que se considera totalmente *ajeno* al autor —y, por tanto, no le es atribuible en absoluto (inimputabilidad, error invencible, miedo insuperable, etc.)— y aquello que, dada la imposibilidad de este último de *distanciarse* de su hecho⁵³, solo puede interpretarse como una *negación frontal* por su parte del carácter vinculante del Derecho penal y del valor de los bienes que este considera dignos de protección. Esto último es pre-

CP, Op. Cit., pp. 172-173.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Op. Cit., pp. 299-300.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Al igual que, por ejemplo, sería incorrecto extraer consecuencias en relación con el fundamento de las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato del hecho de que, en España —al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos anglosajones— el segundo se configure como un tipo agravado del segundo (y no al revés); poco atinados, en este sentido, Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto (2014, pp. 224, 226, 232).

⁵⁰ Vid., por todos, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Op. Cit., pp. 291-293.

⁵¹ DAN-COHEN, Meir, 1992. «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 105-5, pp. 900.

⁵² JAKOBS, Günther, 1991. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter, pp. 497-499, 509-512.

⁵³ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Op. Cit., p. 380.

cisamente lo que, de acuerdo con Peñaranda Ramos, caracteriza a los hechos cometidos por motivos discriminatorios: cuando la única explicación que el autor de un delito puede ofrecer de su comportamiento es que lo cometió movido por el *desprecio* que le generaba la víctima *por su condición de* negra, mujer, homosexual, etc., el hecho típicamente antijurídico aparece como algo de lo que el autor *no puede distanciarse en absoluto*. Y de ahí que, en estos casos, esté justificada, *ceteris paribus*, la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.3.^a CP), al contrario de lo que ocurriría si tales motivos faltasen, al menos en supuestos de unidad delictiva⁵⁴. Aquí, el filtro de la culpabilidad deja pasar a la esfera del autor todo (o casi todo) el contenido de injusto del hecho⁵⁵.

Desde este punto de vista, no hay razón alguna para distinguir los motivos de aporofobia del resto de móviles discriminatorios enumerados en el art. 22.4.^a CP. Es cierto que, como señala Díaz López⁵⁶, existe una diferencia entre la aporofobia y los motivos discriminatorios actualmente contemplados en el art. 22.4.^a CP: la situación económica es una característica en mayor o menor medida coyuntural, frente a la vocación de permanencia de rasgos como la raza o el sexo. Sin embargo, incluso dando por buena la (dudosa) premisa de que esta nota de permanencia puede predicarse de todos factores enumerados en el precepto —¿la tienen, en una medida mayor que la pobreza, la ideología o las simples creencias, por ejemplo?⁵⁷—, no alcanzo a ver por qué el carácter más o menos duradero de las circunstancias en que se basan los motivos discriminatorios contemplados en el art. 22.4.^a habría de tener relevancia a para afirmar en relación con estos, y negar en relación con la aporofobia, la concurrencia del fundamento de la agravante: ni esta ni aquellos permiten al autor presentar su hecho como algo distinto de una directa oposición por su parte a todo lo que el Derecho valora y protege. Solo el principio de legalidad impide hoy, en definitiva, dar un tratamiento penológico igual a lo que sustantivamente lo es. Y solo en manos del legislador —pero por fin en manos del legislador— está acabar de una vez para siempre con esta injusticia, haciendo que el art. 22.4.^a CP deje de ser, en palabras de Bustos Rubio, «una manifestación más de aporofobia institucionalizada»⁵⁸.

⁵⁴ BASSO, Gonzalo J., 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons, pp. 369-373.

⁵⁵ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Op. Cit., pp. 387-388; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Op. Cit., p. 292).

⁵⁶ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Op. Cit., pp. 223-227, 237-239.

⁵⁷ BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP)*, Op. Cit., pp. 206-207.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 241.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ABEL SOUTO, Miguel, 2010. «Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios», *Revista Penal*, núm. 25, pp. 3-11.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, 2002. «La circunstancia agravante de discriminación», en Díez Ripollés, José Luis. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 533-549.
- BASSO, Gonzalo J., 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons (ISBN-13: □9788491236146).
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020a. *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporófobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del art. 22,4ª del Código Penal*, Universidad de Salamanca. Recuperado de: <<http://crimen.fundacionusal.es/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>> (última consulta: 1 de marzo de 2020).
- BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020b. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch (ISBN-13: □9788412175158).
- CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós (ISBN-13: 9788449333385).
- DAN-COHEN, Meir, 1992. «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, 105-5, pp. 959-1003.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi (ISBN-13: 9788447043040).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, 2011. «La agravante por discriminación», en Díaz Maroto y Villarejo, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, Civitas, pp. 51-64.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2004. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, pp. 144-176.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, 2017. «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel, 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca, Ratio Legis (ISBN-13: 9788417836115).
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, 2012. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, 108-3, pp. 31-66.
- JAKOBS, Günther, 1991. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter (ISBN 13: 9783110112146).
- JAKOBS, Günther, 1997. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Peñaranda Ramos, E. (trad.), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones/Civitas, pp. 293-324.
- JAKOBS, Günther, 2017. «Der “Versuch” des Versuchs», en Safferling, Christoph *et al.* (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, pp. 37-47.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, 2001. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, Comares (ISBN 13: 9788484442950).
- LAURENZO COPELLO, Patricia, 1996. «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, pp. 219-288.
- LAWRENCE, Frederick M., 1999. *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Cambridge, (Massachusetts), Harvard University Press (ISBN-13: 9780674009721).
- MIR PUIG, Santiago, 2016. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor (ISBN-13: 9788460815822).

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, 2001. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, J.M. Bosch (ISBN-13: □9788476986114).
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta/ SOBEJANO NIETO, Diego, 2014. «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29-1, pp. 213-237.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2013. «Prólogo», en Díaz López, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 15-24.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2014. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF (ISBN-13: □9789974708303).
- PERALTA, José Milton, 2012. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons (ISBN-13: 9788497689366).
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2020. «Prólogo», en Bustos Rubio, Miguel, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*, Barcelona, Bosch, pp. 17-19.