

## ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL: EL ODIOS A LA PERSONA POR RAZÓN DE SU RELIGIÓN O IDEOLOGÍA COMO AGRAVANTE

Javier García Amez  
Profesor Ayudante Doctor  
Área de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo  
javieramez@uniovi.es

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DELITO DE ODIOS VERSUS DISCURSO DE ODIOS. III. EL ODIOS COMO AGRAVANTE: EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL. 1. Un breve apunte histórico. 2. Bien jurídico protegido y fundamentación de la pena. 3. El elemento subjetivo: La motivación. 4. El elemento objetivo: la religión o ideología de la persona. 5. Excepciones a su aplicación. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

### I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española recoge en su artículo 16.1 los derechos fundamentales a la libertad ideológica, religiosa y de culto, derechos esenciales para el desarrollo de la propia persona en un Estado democrático, tal y como precisa el artículo 1.1 de la Constitución. Igualmente, varios son los textos que a nivel internacional reconocen los mismos como un derecho humano, elevando por tanto su protección y reconocimiento a los más altos estándares<sup>1</sup>.

No obstante, en ocasiones, y aún a pesar de lo que hemos comentado, sucede que el ejercicio de estos derechos se enfrenta con la actitud de otras personas que llevan a cabo actos violentos cuyo objetivo es mostrar no sólo una agresión contra los bienes jurídicos de la persona, sino también el desprecio y odio hacia las creencias de una determinada persona. Así, una creyente musulmana puede ser insultada por llevar un velo islámico, un rabino judío por utilizar el traje característico de estos ministros de culto, o un sacerdote católico ser agredido por mostrar su condición. Es en este punto en el cuál entran en juego los delitos de odio, y más en particular la agravante genérica prevista en el artículo 22.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1959, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, el Pacto Internacional para la Protección de Derechos Civiles o Políticos, de 16 de diciembre de 1966, o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de enero de 1979.

(En adelante, CP), y que será objeto de una breve aproximación en la presente comunicación, teniendo en cuenta que, con carácter previo, es necesario diferenciarla del denominado discurso de odio, contemplado en el artículo 510 del CP, y que alberga, fundamentalmente en el apartado primero, un conjunto de comportamientos que tienen como nexo común con la agravante del artículo 22.4 del CP, el castigo del odio hacia un determinado colectivo.

## **II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DELITO DE ODIO VERSUS DISCURSO DE ODIO**

El vigente CP en su artículo 22.4 recoge una agravante genérica para todo tipo de delitos en los cuales el autor del mismo actúe movido por una serie de motivos específicos, en concreto cuando el delito se comete

«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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

De este modo, el legislador penal ha querido establecer un mayor castigo para todas aquellas conductas que no sólo atacan a los bienes jurídicos protegidos por los delitos en los que se materializan las mismas, como pueda ser la vida en el caso del asesinato, la integridad física en las lesiones, sino que en este caso además conllevan un mayor desvalor de la acción, por obrar el autor por motivos xenófobos, reforzándose de esta manera la protección del principio de igualdad a través de la normativa penal antixenófoba<sup>2</sup>.

Dentro de estos motivos, observamos cómo se encuentra el llevar a cabo la conducta por motivos discriminatorios referentes a la ideología o la religión, lo que supone aumentar el desvalor de la acción de la persona que obra por los citados motivos. Con ello, el legislador español viene a dar cumplimiento a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra

---

<sup>2</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 21-22.

determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, en concreto en el artículo 4, que obliga a los Estados a que

«la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones».

Una Recomendación<sup>3</sup>, la cual pone de manifiesto la importancia que tiene erradicar estos comportamientos discriminatorios que suponen no sólo atentar contra a la igualdad inherente entre personas, y al ejercicio de determinados derechos fundamentales y humanos, sino que conlleva un ataque a la propia dignidad del ser humano, y por tanto a los valores más esenciales de las democracias actuales<sup>4</sup>. En estos casos, se habla de delitos de odio, ya que nos encontramos ante una serie de conductas delictivas en las que el autor de las mismas ha obrado impulsado por un motivo de “odio” hacia una persona, de ahí que el castigo sea mayor.

Pero la cuestión de la discriminación por los motivos que hemos mencionado anteriormente no sólo es configurada como una agravante, en cuyo caso hablaremos de un delito de odio en sentido estricto, sino que, el artículo 510.1.a) del CP, también acoge lo que se ha venido a denominar como discurso del odio<sup>5</sup>. Este precepto contempla una serie de comportamientos cuyo nexo común es que ya no se trata de un supuesto de agravación del delito, sino que son un delito autónomo. Delito, el cual, y con carácter general, consistirá en efectuar una serie de afirmaciones o llevar a cabo una serie de actos, que tienen como objetivo fundamental incitar al odio hacia una serie de personas o colectivos, fundamentalmente por su raza, sexo, género o creencias. Se produce por tanto una incitación a la violencia contra un grupo de personas o un colectivo en general, de manera que en estos casos el objetivo fundamental es poner fin a este tipo de

---

<sup>3</sup> También contempla esta obligación la Recomendación número 7 de Política General de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002, en su apartado IV. 21.

<sup>4</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 32.

<sup>5</sup> Artículo que señala que «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

**Actas del XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal,  
Univ. de León, 2022**

comportamientos, salvaguardando con ello la igualdad y la dignidad de la persona, la cual ha sido reconocida en un amplio conjunto de normas no sólo nacionales, como la propia Constitución, sino también internacionales, tal y como hemos señalado anteriormente. En estos casos hablamos de discurso del odio, entendido el mismo como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencia, tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Ergogdu e Ince contra Turquía*, de 8 de julio de 1999. Un discurso, que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio, se proyecta

«sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

La conducta prevista en el artículo 510.1.a) del CP, que tipifica como delito el discurso del odio, es un delito autónomo que, si bien está relacionado con los delitos de odio, se diferencia en que, en los segundos, el “odio” hacía un determinado colectivo se muestra como una circunstancia agravante del delito principal cometido, siendo por tanto una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Por el contrario, en el caso del discurso del odio, a través de los distintos tipos delictivos previstos en este artículo 510.1.a) del CP, se configura como un delito autónomo, que castiga una serie de conductas que tienen como objetivo el lanzar un mensaje incitando al odio, y con ello hacía la discriminación a un colectivo determinado de personas, en nuestro caso los seguidores de una determinada religión o ideología, y por tanto con un el consiguiente riesgo de que este mensaje se materialice en actos concretos de violencia.

De este modo, se recoge el odio dentro de los elementos subjetivos del tipo penal, con un importante problema añadido: el conflicto existente entre la criminalización de estas conductas y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Se produce de este modo una colisión entre derechos fundamentales, cuando se castiga al autor del discurso del odio<sup>6</sup>, toda vez que en estos casos se entiende que la persona está ejercitando

---

<sup>6</sup> No es objeto de la presente comunicación entrar en detalle sobre la problemática que plantea este aspecto, sobre ello, véase ampliamente, y por todos, ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario Español de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2005, págs. 355-379, GÓMEZ MARTÍN, V., “Daño, ofensa y discurso

el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.a) de la Constitución.

### **III. EL ODIOS COMO AGRAVANTE: EL ARTÍCULO 22.4 DEL CÓDIGO PENAL**

#### **1. Un breve apunte histórico**

El actual artículo 22.4 del CP no constituye una novedad introducida por el vigente Código, ni obedece a una decisión unilateral del legislador. Esta circunstancia agravatoria ya se recogía con anterioridad en el artículo 10.17 del Código Penal anterior, el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre<sup>7</sup>. Este artículo, se introdujo en nuestro Ordenamiento por la necesidad que tenía el Estado de adaptar la normativa interna a lo exigido por el el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965<sup>8</sup>, sin olvidar a su vez, el importante papel que también juega la Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas 36/55, de 25 de noviembre de 1981, por la que se aprueba la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Estas normas exigían que España adoptase medidas que contribuyesen a combatir cualquier forma de discriminación, siendo la reacción penal una de ellas.

Posteriormente, la aprobación del vigente CP trajo consigo la consolidación de esta agravante en su artículo 22.4, aunque con un alcance menor al que tiene actualmente, puesto que no contemplaba todas las causas que a día de hoy se mencionan en el mismo, si bien, la a ideología, religión o creencias de la víctima sí se mencionaban, y a su vez se

---

del odio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. extra 1, 2021, págs.. 235-256, del mismo, “Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016 y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio...*, cit., págs. 89-155.

<sup>7</sup> Artículo introducido mediante la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, y que establecía la siguiente agravante: «Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima».

<sup>8</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio...*, cit., págs. 81-82, si bien esta autora también lo vincula al asesinato de una joven dominicana en Madrid, Lucrecia Pérez, el 13 de noviembre de 1992, y el proyecto de Código Penal del citado año.

ampliaba el catálogo de delitos para los cuales era posible aplicar la misma puesto que hasta entonces se limitaba a delitos contra la persona o el patrimonio, mientras que a partir de entonces se extendía a cualquier clase de delitos<sup>9</sup>.

Con posterioridad, este artículo ha sido objeto de varias reformas con la finalidad de ampliar el abanico de motivos discriminatorios para los que se podía aplicar, como la identidad sexual, el género, la discapacidad o la aporofobia, estando en marcha en la actualidad un proyecto de reforma para incluir el antigitanismo entre los posibles motivos<sup>10</sup>. Con ello observamos cómo el legislador español, se decanta por un sistema cerrado de motivos para los cuáles aplicar esta agravante, al igual que se puede apreciar la apuesta por la protección de colectivos que pueden resultar vulnerables frente a este tipo de comportamientos discriminatorios.

## **2. Bien jurídico protegido y fundamentación de la pena**

El artículo 22.4 del CP, contempla en la actualidad una agravante aplicable en aquellos casos en los cuales el autor del delito lo lleva a cabo por una serie de motivos. En concreto, para el caso que nos ocupa por una razón religiosa o ideológica. Se comete una infracción penal, dado que se ha llevado a cabo un comportamiento delictivo, que merece el reproche previsto el CP para ello a través del respectivo tipo penal en el que pueda subsumirse la conducta, y que tendrá su propio bien jurídico protegido. Ahora bien, como decíamos al inicio, no es lo mismo obrar con la finalidad de agredir, que hacerlo además con un motivo discriminatorio hacia la persona por sus creencias. En estos casos, el legislador penal, consciente de que no es posible penalizar el odio a través de un tipo autónomo<sup>11</sup>, se centra en el móvil que ha impulsado al autor a cometer el delito, y aumenta

---

<sup>9</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio...*, cit., págs. 117-118.

<sup>10</sup> Veáanse la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Con respecto al antigitanismo, véase la Proposición de Ley Orgánica complementaria de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, número 345, de fecha 9 de junio de 2022).

<sup>11</sup> Vid. IGLESIAS GARCÍA M. J., “Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el Código Penal español”, en BUSTOS RUBIO, M. y ABADÍAS SELMA, A. (Dir.), *Una década de reformas penales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pág. 811.

el desvalor de su acción a través de una agravante específica, añadiendo de este modo al injusto típico del delito cometido el ataque a la dignidad de la persona<sup>12</sup>.

Esta agravante tiene como función principal proteger la dignidad de la persona, que se verá comprometida cuando se cometen este tipo de actos discriminatorios, y que resultan una lesión del derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, al igual que, en el caso que, en nuestro caso, el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa recogido en el artículo 16.1 de la norma constitucional. Esto es, precisamente, el motivo que fundamenta y legitima la agravante que estamos mencionado, y por ello la imposición de una pena mayor a la que correspondería por el delito cometido al autor, ya que con ello además se consigue que la víctima se vea amparada frente al trato que le ha dado el agresor por su mera pertenencia o vinculación a un determinado colectivo<sup>13</sup>.

No obstante lo expuesto hasta ahora, nos encontramos con una cuestión problemática, y que, en algunos casos, ha llevado a varios autores a considerar que esta agravante no podría aplicarse, ya que entraría a valorar los motivos que mueven a una persona a delinquir, de manera que se está ante una cuestión que pertenece al fuero interno de la persona, y en el cuál no debe entrar el legislador penal<sup>14</sup>. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo 585/2012, de 4 de julio:

«Esta agravante ha sido objeto de críticas doctrinales por basarse en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar en términos de seguridad jurídica qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducimos en un terreno valorativo que se presta a la discrecionalidad, por

---

<sup>12</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 656.

<sup>13</sup> Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 20, 2018, págs. 4 y 6 y IGLESIAS GARCÍA M. J., “Delitos de odio...”, cit., págs. 810-812. Crítico con la fundamentación de esta agravante en el derecho a la igualdad, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 57, 2004, págs. 156-159. Considerando la misma un refuerzo del derecho a la no discriminación. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Albolote, 1998, pág. 59.

<sup>14</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 465 Y 468., quienes señalan que en estos casos se realiza una desvalorización del autor por hechos que forman parte de su pasado, como, por ejemplo, su forma de pensar.

cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo, o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que sólo podrá deducirse de indicios»

Si bien es cierto este aspecto, toda vez que se pueden entender que se entra a juzgar un elemento interno de la persona, nos encontramos con un hecho relevante, y es que en estos casos el odio de la persona no permanece dentro de su fuero interno, sino que es manifestado al exterior a través de concretos actos violentos, los cuales muestran un mayor reproche precisamente por aquello que mueve a la persona a actuar y el efecto que produce, no sólo en la persona agredida, sino también en aquéllas otras que comparten sus mismas creencias religiosas o ideológicas, de modo que en estos casos se lanza un mensaje amenazante o intimidador hacia ellas<sup>15</sup>, para que éstas cambien su actitud de modo que se adapten a lo que el agresor quiere que hagan, lo cual se manifiesta no de manera explícita o directa, sino que es el mensaje que se trasmite a través de los concretos actos de violencia<sup>16</sup>.

En definitiva, podemos señalar que el bien jurídico que se protege a través de esta agravante, al igual que aquello que legitima la imposición de una mayor pena al autor de un delito previo, es el hecho de llevar a cabo actos cuyo objetivo es discriminar a la persona por los motivos que hemos comentado, y, por tanto, se protege el derecho a la igualdad, un atributo inherente a la dignidad de toda persona, y dentro del mismo, la prohibición de toda discriminación basada en la ideología o creencia de la persona<sup>17</sup>.

### **3. El elemento subjetivo: La motivación**

---

<sup>15</sup> Ampliamente al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Delitos cometidos por motivos discriminatorios...”, págs. 165-171.

<sup>16</sup> Así, se ha señalado que en este caso es importante «que la conducta, considerando todas las circunstancias en la que ésta se lleva a cabo, resulte idónea desde la perspectiva ex ante de un expectador imparcial situado en la posición del autor, para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo diana», LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio...*, cit., pág. 123.

<sup>17</sup> Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 286-287. Nótese que en este punto el hecho de ver cómo a través de este precepto se protege el derecho a la igualdad, conlleva también un aumento del desvalor del resultado de la conducta, por lo que con ello también se evita con ello el correr los riesgos que supondría el incriminar exclusivamente la actitud interna del autor, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 280 y LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio...*, cit., págs. 122-123.

## Actas del XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2022

Para que pueda apreciarse la agravante prevista en el artículo 22.4 del CP es necesario que la persona actúe con una determinada finalidad: el odio hacia una persona por su pertenencia a una determinada ideología o religión<sup>18</sup>. Si en la persona no concurre este elemento subjetivo, y el mismo se manifiesta hacia el exterior en los términos que luego veremos<sup>19</sup>, no sería posible aplicar la agravante. Es clara al respecto la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, en la cual, si bien se especifican una serie de criterios que permitan aplicar de mejor manera el artículo 510 del CP, en su apartado décimo lleva a cabo una serie de apreciaciones sobre esta agravante del artículo 22.4 del CP.

En concreto, esta Circular señala que nos encontramos ante una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, agravando la misma, de naturaleza subjetiva, por tanto, implica el entrar a valorar elementos pertenecientes al foro interno de la persona, por lo que se hace preciso aumentar el esfuerzo de prueba, y que estará encaminada a demostrar que el motivo de cometer el delito es el sentimiento discriminatorio hacia la víctima. En definitiva, se trata de probar no sólo que se ha cometido el delito e imputar la responsabilidad por el mismo a un autor, sino, además, la intencionalidad del mismo, de modo que actuó por uno de los motivos que se señalan en este artículo, en concreto, discriminar a la víctima por su ideología, religión o creencias<sup>20</sup>. De ahí la importancia de recabar en el momento en el cual se ha cometido el delito, todas aquellos testimonios y elementos que puedan ayudar a comprobar que el autor del delito

---

<sup>18</sup> Sin olvidar que éste no es el único motivo por el que se permitiría acudir a este artículo, sino que también se podrá si concurren 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

<sup>19</sup> Pues no debe olvidarse que en caso contrario se estaría castigando exclusivamente el ámbito interno de la persona, y con ello sus pensamientos e ideas, los cuales no delinquen. Al respecto, véase BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y Delito*, JM Bosch, Barcelona, 2020, pág. 155.

<sup>20</sup> No obstante, realiza una matización importante al respecto, que nos permite conocer mejor el funcionamiento de esta cláusula, toda vez que advierte que «se trata de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve. En consonancia con lo anterior, hay que precisar que en no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, habrá de ser apreciada la agravante».

actúo por eso motivos que comentamos, para lo cual se hace necesario además el fijar una serie de indicadores que permitan realizar esta compleja actividad probatoria<sup>21</sup>.

Por tanto, para poder aplicar esta agravante del artículo 22.4 del CP, junto con el dolo genéricos exigible para apreciar la responsabilidad penal por el delito cometido, es preciso a su vez que se dé otro elemento subjetivo adicional en el comportamiento del autor: haber obrado motivado por querer discriminar a la persona por su religión o ideología<sup>22</sup>. Éste ha de ser el motivo que ha impulsado al autor a realizar la agresión<sup>23</sup>. Tal y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia 1145/2006, de 23 de noviembre:

«No obstante los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia».

#### **4. El elemento objetivo: la religión o ideología de la persona**

Hemos señalado que, para poder aplicar esta agravante, es preciso que la persona hubiese cometido el delito con una motivación adicional. Este es el elemento subjetivo de la circunstancia agravante, el cual precisa a su vez de un complemento, cuál es el elemento objetivo consistente en que se quiera actuar con la intención de discriminar a la víctima por razón a su ideología, religión o creencias. Por tanto, el legislador penal exige que los motivos del autor del delito versen sobre una serie de circunstancias de la víctima, y que están tasadas en el artículo 22.4 del CP, siendo éstas el elemento objetivo de la agravante que estamos comentando<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup>Vid. IGLESIAS GARCÍA M. J., “Delitos de odio...”, pág. 812.

<sup>22</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 1145/2006, de 23 de noviembre. En esta sentencia se afirma además que: «Ni todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, conlleva la aplicación de esta agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito».

<sup>23</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 585/2012 de 4 julio.

<sup>24</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación...*, cit., pág. 67.

El sujeto activo actúa con la intencionalidad de querer cometer el delito, y lo hace motivado en un hecho objetivo, las creencias de la víctima, lo cual implica la necesidad de que conozca esta circunstancia. Es decir, que el sujeto activo conoce que la víctima pertenece a una determinada religión o ideología, cualidad que es necesario que se tenga conocimiento con carácter previo a la realización del acto delictivo. En estos supuestos el dolo del autor de querer realizar el delito en concreto –lesiones, asesinato, trato degradante, etcétera-, también ha de abarcar el hecho de que está atentando conscientemente contra una persona que forma parte de uno de los colectivos que hemos mencionado<sup>25</sup>. En este punto, la jurisprudencia entiende que el CP ha querido proteger todo tipo de ideologías y creencias. En la Sociedad actual, y al amparo de la libertad ideológica y religiosa, se han de tolerar todo tipo creencias e ideologías, aunque las mismas puedan parecer irracionales o ser contrarias a los propios valores constitucionales<sup>26</sup>.

En este punto, resulta relevante la reforma que se ha llevado a cabo de este artículo 22.4 del CP a través de la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, toda vez que apunta que ésta agravante se aplicará

«con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

Es decir, que no es necesario que la víctima profese realmente una determinada religión, sino que lo relevante en estos casos será que el sujeto activo actúe con la convicción de que la víctima profesa una determinada religión o sigue una ideología concreta. De este modo, lo importante para el legislador penal será que el autor actuó motivado por entender que en la víctima sí concurrían estas circunstancias. Esto conlleva

---

<sup>25</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los elementos subjetivos...*, cit., pág. 281.

<sup>26</sup> Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 427/2019 de 20 noviembre, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo 1145/2006, anteriormente citado, que señala al respecto: « En efecto, ha de recordarse que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente. Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales como ocurre en el presente caso».

la imposibilidad de aplicar en estos casos al autor la figura del error, por tener una creencia errónea acerca de la víctima, lo cual sí era posible con anterioridad a esta reforma normativo<sup>27</sup>.

### **5. Excepciones a su aplicación**

Aún a pesar de lo expuesto hasta ahora, y en lógica coherencia con el principio *non bis in idem*, esa agravante no será posible aplicarla en aquellos casos en los cuales el tipo penal ya recoja dentro de sus elementos el obrar el autor con la finalidad discriminatoria hacia la víctima, tal y como se recoge expresamente en el artículo 67 del CP<sup>28</sup>. De este modo, por ejemplo, no sería posible en los casos del discurso del odio previsto en el artículo 510.1 del CP, los delitos de discriminación laboral del artículo 314 del CP, denegación de prestaciones públicas del artículo 511.1 del CP, y los delitos contra la libertad religiosa recogidos en el artículo 522 del CP.

## **IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES**

El Derecho penal constituye una forma más de protección del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, garantizado en el artículo 16.1 de la Constitución. Esta protección se lleva a cabo frente a actos que impliquen una discriminación hacia la persona por sus creencias, materializada a través de actos de violencia. Actos que son acreedores de un mayor reproche, puesto que el desvalor de la acción y del resultado es mayor. En estos casos se produce un daño que no sólo afectará al bien jurídico protegido por el delito cometido, sino que además el derecho a la igualdad se ve comprometido en estos casos a través de la actuación del sujeto activo.

El legislador penal ha optado por el establecimiento de una agravante del comportamiento del sujeto activo, de modo que siempre y cuando el delito que cometa no lleve implícito el móvil o motivo discriminatorio, se podrá acudir al artículo 22.4 del CP. Un artículo problemático en la medida en que puede suponer entrar a valorar aspectos del sujeto activo que pertenecen en exclusividad a su fuero interno y en el cual el Derecho

---

<sup>27</sup> Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4<sup>ª</sup>”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2<sup>ª</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 107 y BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación...*, cit., pág. 67.

<sup>28</sup> Precepto que prevé que «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».

penal no ha de entrar. No obstante, en estos casos la conducta del sujeto activo va más allá de permanecer en su interior este pensamiento, y actúa de un modo que manifiesta al exterior una agresividad que implica lanzar un mensaje discriminatorio atemorizante a las personas que comparten las mismas creencias de la víctima, al igual que a ésta se la discrimina por su religión o ideología. Aumenta por tanto el desvalor del resultado del comportamiento del sujeto activo, y con ello se salva este importante obstáculo que hemos mencionado, dado que en estos casos no estaríamos entrando a valorar aspectos exclusivos del fuero interno de la persona.

La aplicación práctica del artículo 22.4 del CP exige que se den cumulativamente dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Sin la combinación conjunta de ambos no sería posible apreciar la agravante. El elemento subjetivo consiste en que, el autor, actúa con una determinada motivación que le impulsa a llevar a cabo el delito, en concreto la ideología, religión o creencias de la víctima. El elemento objetivo, es, precisamente, la ideología, religión o creencia de la propia víctima, siendo irrelevante a efectos penales el carácter de la misma o la racionalidad o no de ésta. El legislador en este punto, no exige que la víctima realmente profese estas creencias que hemos mencionado, sino que bastará con que el autor del delito tenga el convencimiento de que así es, por lo que en caso de que esto no suceda, y por tanto la víctima no tenga estas creencias, se seguirá apreciando esta agravante. Un aspecto, que incide notablemente en la práctica, al imposibilitar la aplicación del error previsto en el artículo 14 del CP, pero que igualmente contribuye a dejar constancia de que en estos casos lo relevante es el mensaje que se envía a través del delito, y el efecto que puede producir en determinadas personas el mismo.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Albolote, 1998.

BORJA JIMÉNEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y Delito*, JM Bosch, Barcelona, 2020.

COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, *Anuario Español de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2005.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

**Actas del XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal,  
Univ. de León, 2022**

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 57, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Daño, ofensa y discurso del odio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. extra 1, 2021.

- “Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016.

IGLESIAS GARCÍA M. J., “Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el Código Penal español”, en BUSTOS RUBIO, M. y ABADÍAS SELMA, A. (Dir.), *Una década de reformas penales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020.

LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 20, 2018.

MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.