

“El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica” en Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), Vol. 73, Association internationale de droit pénal, 2002, 167-213.

EL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL ANTIRRACISTA “SUI GENERIS” DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995: UNA APROXIMACION CRÍTICA

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA *

1. INTRODUCCIÓN¹.

1. Tras la entrada en vigor del nuevo CP la normativa penal específicamente antixenófoba² –y, más aún, con vocación de tutela antidiscriminatoria y del principio de igualdad- ha experimentado una ampliación sin precedentes³. La propia Exposición de Motivos del CP alude a la voluntad de “avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos (...) introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias” y, si bien, acertadamente, se reconoce que el Derecho penal no es el “instrumento más importante” para llevar a cabo la mencionada labor promocional, el texto finalmente aprobado plasma, sin embargo, un prolijo elenco de figuras delictivas cuya redacción literal parece ser el

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea. La presente contribución es fruto del Proyecto de Investigación 1/UPV 00160.224-H-13982/2001.

¹ Abreviaturas utilizadas: ACP, Código penal de 1973; ADPCP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP, Actualidad Penal; Art, Artículo; BOE, Boletín Oficial del Estado; Convención de 1965 (discriminación racial), Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965; Coord, Coordinador/es; CP, Código penal de 1995; CPC, Cuadernos de Política Criminal; DOC, Diario Oficial de las Comunidades; Dir, director/es; Ed, editor/es; FD, Fundamento de Derecho; FJ, Fundamento Jurídico; HP, Hechos probados; IVAP, Instituto Vasco de Administración Pública; Ley de extranjería, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (derogada); Ley de 1995, 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; LO 2/1998, Ley Orgánica 2/1998. Modifica el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO 15/1999, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de protección de datos de carácter personal; LORTAD, LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal; NJW, Neue Juristische Wochenschrift; NStZ, Neue Zeitschrift für Strafrecht; Núm., Número/s; op.cit., obra citada; p/pp, página/s; *passim*, por todas partes (en toda la obra); Reforma de 1983, Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal; s/ss, siguiente/s; StGB, Strafgesetzbuch; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª cuando no se haga ninguna indicación expresa al respecto); Trad., Traducido/traducción; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

²- El término “xenofobia” será utilizado en el marco del presente trabajo para hacer referencia a cualquier fenómeno social de adscripción valorativa negativa contra grupos diferenciados en razón a características o factores étnicos reales o imaginarios tales como el color de la piel, la cultura, la religión, la historia, las costumbres... Se pretende en cualquier caso huir del universo conceptual del “racismo” por las dificultades de delimitación –y el riesgo de contaminación ideológica- que presenta la definición de lo que por “raza” deba entenderse. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 39 ss.

³- Para una aproximación al nuevo conjunto normativo del CP es fundamental la obra de LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, *passim*, y las monografías de BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, *passim*; BORJA JIMENEZ, *Violencia*, *passim*; LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, *passim*; y LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, *passim*. En cualquier caso, debe subrayarse desde el principio el hecho de que por el momento estamos lejos de poder afirmar que, salvo en algunas figuras centrales, la doctrina haya llegado todavía a un mínimo consenso sobre cómo son los preceptos específicamente <<antidiscriminatorios>> y, lo que es aún más importante, sobre cómo debe entenderse ese calificativo y, en consecuencia, cómo debe interpretarse el sentido de tutela básico y común a todas ellas.

corolario de un denso programa, nada tímido por cierto, de extensa intervención jurídico-penal en el ámbito regulativo propio del principio de igualdad en un sentido amplio⁴.

En efecto, siguiendo el orden de su ubicación sistemática en el CP⁵, junto a una agravante genérica por motivos xenófobos -y otros motivos discriminatorios- (art. 22-4º), se contempla todo un conjunto de preceptos tales como: el delito de manipulación genética dirigido a la selección de la raza (art. 161-2º); el delito de amenazas dirigido contra un grupo étnico, cultural, religioso, etcétera (art. 170-1º); el tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos cuando se trate de datos de carácter personal como los referidos, entre otros, al origen racial, la ideología, la religión, etcétera (art. 197-5º); el delito de grave discriminación laboral (art. 314); el delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos raciales, étnicos, etcétera (art. 510); los delitos de denegación discriminatoria de prestación tanto en el ámbito de los servicios públicos (art. 511) como en el de las actividades profesionales o empresariales (art. 512); el delito asociativo de promoción de la discriminación, odio o violencia (art. 515-5º); y, finalmente, el delito de genocidio (art. 607-1º), su negación o justificación (art. 607-2º)⁶, así como la regulación específica de las prácticas de segregación racial y otras prácticas inhumanas y degradantes con ocasión de conflicto armado (art. 611-6º)⁷.

4.- Sobre la necesidad de diferenciar, por un lado, el principio de igualdad y, por otro lado, en un sentido más restringido, la interdicción de la discriminación, véase, principalmente, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, especialmente, pp. 64 ss., 156 ss. Véase, con relación a la materia que nos ocupa, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 57 ss., especialmente, p. 84 ss.

5.- La clasificación que sigue coincide básicamente con la que mantiene LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 227 ss., y, al igual que ella sostiene, no tiene vocación de listado cerrado. Se trata, más bien, de una relación de preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios **específicos –con matices como se verá–** que no obsta a la posible aplicación de otras figuras delictivas genéricas ante acontecimientos delictivos de esta naturaleza.

De cualquier manera conviene subrayar que no se ha tenido en consideración el **delito de impedimento de derechos cívicos** (actual art. 542 CP) en la medida en que no se trata de un delito específicamente antixenófobo o antidiscriminatorio por más que -tal y como ya puso de manifiesto BUENO ARUS, *La discriminación*, p. 94- se reconozca su virtualidad como tipo de cierre. Véase al respecto, también, LANDA GOROSTIZA, *Impedimento*, p. 351 ss. (especialmente p. 358). Función “de cierre” que, en cualquier caso, también deberá completarse en atención, a su vez, al **delito de coacciones** del artículo 172 (especialmente párrafo 2º) CP. Véase, en tal sentido, LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código*, p. 197 y 104.

Tampoco consideraremos a los “**delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos**” como figuras “específicamente” antidiscriminatorias por más que, de acuerdo con BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 57 y 141 ss., puedan desplegar una suerte de tutela “indirecta”. Bien es cierto que, si atendemos al Derecho Comparado, es lugar común aludir, entre otras, a cierta clase de <<injurias>> y a la profanación de sepulturas o lugares de culto dentro del universo de conductas xenófobas (véase, por ejemplo, en el derecho penal francés los delitos de injurias xenófobas o la agravación del art. 225-18 en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 184 ss., 193 y 194; respecto del derecho penal alemán, véase, LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, pp. 547 y 548, 551 ss.). Sin embargo, a mi juicio, se trata éste de un conjunto de figuras que en el CP español presenta un sentido de tutela más específico y autónomo (véase, recientemente, la propuesta de MARTIN SANCHEZ, *El derecho*, especialmente p. 247 ss.) que no tiene por qué comprender siempre conductas de impronta racista, xenófoba o discriminatoria por más que, en tal caso, se genere una complicada problemática concursal.

6.- Entiendo que las conductas genocidas, aunque sin duda entroncan –como manifestación extrema- con el fenómeno general del racismo, la xenofobia y la discriminación, han sido objeto de un tratamiento diferenciado y singular por parte del derecho internacional que ha determinado, a su vez, una lógica propia que resiste, a mi juicio, su inclusión como “mera” normativa antidiscriminatoria o antixenófoba. Por ello considero más bien que el precepto del genocidio sólo debe ser objeto de consideración como “una más” de las medidas antixenófobas o antidiscriminatorias únicamente en su modalidad, de nuevo cuño entre nosotros, de lo que ha venido en denominarse la “negación de *Auschwitz*” (art. 607-2º CP). Véase, en este sentido, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 67 s.; respecto de la relación entre esta figura de negación del holocausto y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP), véase, LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, pp. 689-715. Incluyen, por el contrario, el delito de genocidio en su conjunto dentro de la clasificación de delitos antidiscriminatorios, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 228; también, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 57, este último dentro del grupo de preceptos que despliegan una protección “indirecta”.

7.- Incluye este precepto entre las disposiciones dirigidas a la represión de la discriminación CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1274 y también BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 57, 144 y 145. El **artículo 611-6º**

2. Ante tan vasto panorama legislativo, nuestro objetivo habrá de restringirse necesariamente a un estudio de conjunto. No interesa ahora, ni es posible aquí⁸, un análisis pormenorizado y exhaustivo de todos y cada uno de los tipos referidos con anterioridad, sino una caracterización global de la normativa vigente incidiendo de manera especial en el sentido de tutela de cada uno de los preceptos a la búsqueda de una coherencia sistemática entre todos ellos y de avanzar en criterios de ordenación que permitan dibujar con cierta claridad los perfiles hoy todavía muy difusos⁹ de lo que se ha venido en denominar la <<normativa antidiscriminatoria>>.

Con tal fin se harán, en primer lugar, unas breves referencias al proceso legislativo que ha desembocado en la situación actual para, a continuación, comparar las líneas básicas de política-criminal en la materia con las seguidas en el derecho comparado de nuestro ámbito de cultura. De forma simultánea se irán abriendo perspectivas críticas de análisis que, debe avanzarse ya, nos permitirán calificar al modelo de intervención que subyace al CP de 1995 como excesivamente punitivo, en gran medida puramente simbólico y, en cualquier caso, potencialmente atentatorio contra el ejercicio legítimo de libertades fundamentales como la de expresión, ideológica o asociación. Las figuras penales parecen responder más a los patrones del derecho penal de autor y de represión de la actitud interna del ciudadano (*Gesinnungsstrafrecht*) que a los propios del Estado social y democrático de Derecho en el que deben resultar irrenunciables el "principio del hecho" y la taxatividad en la descripción típica. Finalmente presentaremos sucintamente una propuesta de clasificación de la normativa recogida en el Código penal de 1995 a partir de criterios materiales de interpretación que aspiran a neutralizar, en lo posible, los aspectos críticos aludidos y adecuar mediante la reducción

castiga con pena de prisión de 10 a 15 años al que, con ocasión de un conflicto armado: "Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal". El hecho de que este último precepto se incardine, en palabras de TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1687, entre los comportamientos que constituyen el "núcleo central de la plasmación del Derecho Humanitario bélico" y habida cuenta de que sólo se activará con ocasión de un conflicto armado, hacen de esta figura una de carácter ciertamente excepcional que nos ha determinado a no considerarlo más de que de forma muy incidental en el análisis de conjunto de la política criminal antixenófoa y antidiscriminatoria orientado esencialmente al estudio de la normativa pensada para **situaciones de "normalidad"**.

⁸.- Para un estudio más detenido y en profundidad del sentido de tutela de las figuras penales "antidiscriminatorias" véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 105 ss., en donde se hace una propuesta interpretativa del conjunto normativo a partir del estudio de la evolución legislativa en el Estado español, los modelos político-criminales en el Derecho comparado de nuestro ámbito de cultura y los estándares europeos e internacionales en la materia.

⁹.- Resulta ilustrativo del estado todavía embrionario de la discusión doctrinal sobre esta materia el hecho de que incluso las obras monográficas, a pesar de un cierto consenso respecto de cuáles son las figuras principales (delito de provocación –art. 510 CP-, agravante genérica –art. 22-4º CP-, etc...) no coinciden exactamente a la hora de identificar en el nuevo CP qué preceptos deben considerarse como <<antidiscriminatorios>> en sentido estricto. Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 227 ss., no incluye en su clasificación de medidas antidiscriminatorias generales (art. 22-4º; 510; 515-5º; 607-1º y 2º CP) o específicas (161-2º; 170-1; 197-5º; 314; 511 y 512 CP) la figura relativa a las prácticas de segregación racial y otras prácticas inhumanas y degradantes con ocasión de conflicto armado (art. 611-6º CP) y, en cualquier caso, se hace eco de la dudas sobre una eventual inclusión del tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos entre esta clase de normativa <<antidiscriminatoria>> (*op. cit.*, p. 287 –su pie de página 131-). Sin embargo, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 56, 57 y 133 ss., que clasifica estos preceptos según desplieguen una protección directa (art. 22-4º; 314; 510; 511; 512 y 515-5º CP) o indirecta (159-1º; 161-1º y 2º; 170-1º; 197-5º; 522 a 526; 607 y 611-6º CP) incluye entre estos últimos la prohibición de prácticas de segregación racial y otras prácticas inhumanas y degradantes (art. 611-6º CP) y un mayor elenco de preceptos de los relativos a la manipulación genética (no sólo el 161-2º CP, sino también el 159-1º y el 161-1º CP) además del conjunto de delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (art. 522 a 526). Siguiendo a este autor ALVAREZ ALVAREZ, *La protección*, p. 313, añade, además, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP). Por último, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 285 ss., a partir de una perspectiva, por una parte, criminológica, y, por otra parte, en el marco de llevar a cabo un análisis –no exhaustivo– más de tipo supraestatal que permita situar el problema en el contexto del "mundo occidental", alude, básicamente, al delito de provocación a la discriminación, odio o violencia y similares (art. 510 y 607-2º CP), al delito de actos de discriminación, centrándose en el de denegación de prestación (art. 511 y 512 CP) y, como tercer bloque, al delito de participación en organizaciones o actividades racistas (art. 515-5º CP) y a la agravante de racismo (art. 22-4º CP).

teleológica el sentido de tutela de los tipos penales a un Estado de libertades en consonancia, por otra parte, con los estándares interpretativos tanto del derecho comparado como de la normativa internacional.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

1. Salta a la vista la abundancia de figuras delictivas en el Código penal de 1995 pero es aún más llamativo si se tiene en cuenta que aproximadamente 12 años antes de la aprobación del CP vigente la normativa penal específicamente antixenófoba o antidiscriminatoria era inexistente. La situación actual, excesivamente punitiva, es fruto "natural" de una conjunción de factores. Resulta, sin embargo, decisivo el hecho de que se partiera, ya desde la Reforma de 1983 (Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal), del principio de igualdad in toto, esto es, de la idea de la igualdad como objeto genérico de regulación sin hacer distinciones entre los variados fenómenos de trato arbitrario diferencial o discriminatorio según el origen étnico, la ideología, el sexo, etcétera. Parece evidente, pero debe recordarse, que es muy diferente desde un punto de vista social el nivel de gravedad y la frecuencia de las prácticas de exclusión o discriminación en función de los colectivos: no cabe, por ejemplo, equiparar la situación de la etnia gitana entre nosotros con las eventuales prácticas de discriminación contra las viudas, los disminuidos físicos, etcétera. Tampoco son fenómenos equiparables la discriminación secular de la mujer y su extensión por los más diversos ámbitos de la vida social con, por ejemplo, fenómenos de marginación con base en las creencias, la religión o la ideología.

La orientación al principio de igualdad en su conjunto, sin embargo, ha determinado a lo largo de la evolución legislativa una constante ampliación de causas típicas sobre las que se proyectan las prohibiciones penales desde lo étnico a otros campos hasta alcanzar su punto culminante en el Código penal de 1995. Este demuestra el más alto grado de "coherencia" –formal- del instrumento penal respecto de la tutela frente a conductas transgresoras de la prohibición de discriminación y una evidente "homogeneización" de supuestos y ámbitos de trato diferencial, equiparados a efectos punitivos, de suerte que en la mayoría de los preceptos las conductas estrictamente xenófobas (esto es, las motivadas por la "raza", etnia o el origen nacional de las víctimas) se diluyen como una parte más del vasto objeto de regulación que extiende también su eficacia a los grupos sexuales, ideológicos, religiosos o afectados por minusvalías, determinadas situaciones familiares, etcétera. La evolución legislativa se caracteriza, como vamos enseguida a mostrar, por una creciente ampliación de figuras penales tanto en cantidad como en ámbitos de protección que se va expandiendo a cada "golpe legislativo" aspirándose, al parecer, a cerrar toda posible "laguna de punibilidad" frente a conductas de transgresión del principio de igualdad.

2. Con anterioridad a la amplia normativa introducida por el vigente CP dos son, esencialmente¹⁰, los momentos legislativos trascendentales en la regulación del tema que nos ocupa: la **Reforma de 1983** (Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal) y, en segundo lugar, la **Ley de 1995** (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). Esta última, a diferencia de la Reforma de 1983 de carácter más general, se ocupa de forma monográfica de la cuestión xenófoba. Pero comencemos, siguiendo el orden cronológico, con el estudio de aquella parte de la Reforma de 1983 que afectó de manera específica a la regulación del racismo, la xenofobia y la discriminación.

3. Con la **Reforma de 1983** tres son los preceptos que, teniendo una relación directa con conductas xenófobas y discriminatorias, hacen su aparición en el ordenamiento penal. Por un lado, se incorporan al anterior Código penal de 1973 los preceptos 165 y 181bis¹¹ relativos a delitos de (actos) de discriminación llevados a cabo en el ámbito del

¹⁰.- Por lo que al delito de **asociaciones** se refiere, en realidad deberíamos remontarnos a la Ley 23/1976, de 19 de julio, en la que se reputaban ya como ilícitas "las asociaciones que promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de la raza, religión, sexo o situación económica". GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 644 ss. Véase, también, LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 17 ss. Sin embargo, por limitaciones de extensión, nos restringiremos al estudio de lo que parece debe calificarse como la primera regulación penal española específica del principio de igualdad - y por tanto, también antixenófoba- de cierto calado, esto es, la realizada en el seno de la Reforma de 1983 (Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal).

¹¹.- Tanto el artículo 165 como el 181 bis mantuvieron -hasta su aprobación definitiva- el texto originario del Proyecto de ley (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 25 de febrero de 1983, Núm. 10-I*, pp. 52 y 53) cuyo tenor literal era el siguiente: Art. 165 Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo, o situación familiar de sus miembros o de alguno

servicio público, bien sea por un "particular encargado de un servicio público", bien sea por un "funcionario", en su modalidad concreta de **denegación de prestación a la que se tuviere derecho** por razón de la pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político, sexo, etc. Por otro lado, se añade el apartado 4º del delito de **asociaciones ilícitas** contenido en el entonces artículo 173, tipificándose también como tales "Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

Los tres preceptos se encontraban incardinados sistemáticamente entre los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes" cuya actualización, conforme a la propia Exposición de Motivos de la Reforma de 1983, sirve al objetivo genérico de dar cabida en el Código Penal sin demora a realidades constitucionales que el texto primitivo ignoraba. De forma aún más concreta, precisa la citada Exposición, que los nuevos preceptos se dirigen "(...) a garantizar la realidad del **principio de igualdad** entre las personas, penalizando comportamientos **discriminatorios** determinados por razones étnicas, de raza, religión y opinión política o sindical"¹².

Los preceptos del delito de asociación -artículo 173-4º- y del delito de denegación de prestación discriminatoria -artículos 165 y 181bis- incorporados por la Reforma de 1983 se inspiran en las declaraciones genéricas de la Constitución (particularmente en su artículo 14) y Convenios internacionales como apelación genérica a una idea regulativa que debe merecer el respaldo penal, pero, y ahí se produce el problema, sin conciencia clara de las constelaciones de supuestos que por su mayor gravedad deben ser objeto de castigo. No se atiende a la realidad social a que la norma se destina, sino a las resonancias político-ideológicas de la realidad de referencia lo que bloquea desde el principio un posible análisis diferenciado de las conductas xenófobas y discriminatorias más habituales y peligrosas en la sociedad española. Simbólicamente se alude ocasionalmente en el decurso legislativo a supuestos de xenofobia o prácticas aberrantes racistas pero la redacción típica, por abstracción y con el fin de cerrar toda <<laguna de punibilidad>>, aspira a una incriminación genérica del principio de igualdad in toto, dato, a mi juicio, muy difícilmente traducible en un precepto penal mínimamente respetuoso con el mandato de determinación¹³.

Por otra parte debe destacarse que la propia invocación de las obligaciones internacionales en la materia es puramente retórica pues a pesar de que al tiempo de la Reforma de 1983 se encontraba ya vigente la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965¹⁴ para nada se tuvo en cuenta la obligación absoluta de incorporación al ordenamiento interno por parte de todo país ratificante de alguna figura penal que prohibiera la incitación a la violencia, el odio o la discriminación racial¹⁵.

Los preceptos señalados pueden ofrecerse como ejemplo de "legislación simbólica", expresiva de un rechazo genérico a ciertas conductas, pero de escasa o nula capacidad para incidir en la realidad que se pretende -teóricamente- prevenir. Reflejo de esa inadecuación fue la inexistencia de Jurisprudencia. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ destacaban ya en su momento que la figura penal de asociación ilícita por discriminación era incompleta, poco afortunada y **letra muerta**¹⁶, mientras que BUENO ARUS afirmaba, en general, que la práctica resultaba claramente

de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada.

Art. 181bis Los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165 incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión.

¹².- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 25 de febrero de 1983, Núm. 10-I*, p. 44 (subrayado nuestro). Concretamente la Exposición de Motivos alude únicamente a la sección 1ª del Capítulo II referido a los "Delitos cometidos por los **particulares** con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes" pero resulta, a mi juicio, igualmente predicable respecto del delito de denegación de prestación cometido por **funcionario público** incardinado en la sección 2ª del mismo Capítulo II.

¹³ .- Véase un estudio detallado de la fase de confección legislativa en LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 14 ss.

¹⁴ .- En vigor, en concreto, desde el 4 de enero de 1969. Consúltese, al respecto, el Instrumento de Adhesión – y el texto completo del Convenio en castellano- en el BOE núm. 118 (17 mayo 1969).

¹⁵ .- Artículo 4 de la Convención de 1965. Para un estudio detallado del alcance de este instrumento internacional véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 79 ss., y, en particular, respecto del artículo 4 y su obligación de incriminar el "delito de provocación" p. 96 ss.

¹⁶.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 755 (subrayado nuestro). Confirmación "ex

insatisfactoria dada la ausencia de jurisprudencia sobre los delitos examinados¹⁷. Como se observa el legislador "de cara a la galería", despreciando la realidad social a la que la norma se dirige y de forma difusa determinó la inaplicación de los tipos.

Con todo, los preceptos introducidos no representan un ámbito punible excesivo si se comparan con los movimientos legislativos posteriores: es de destacar, en este sentido, que el delito de asociación sólo hacía referencia a la discriminación de tipo "racial" y que los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones aunque de proyección generalizada en cuanto a ámbitos (étnico, sexual, etc...) se circunscriben, sin embargo, al sector del servicio público.

4. Pues bien, ésta era la situación cuando irrumpe entre nosotros 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.

La Ley de 1995 se va a presentar por el propio legislador como el preludeo o primer embrión de una "Ley contra el racismo"¹⁸. Si bien, como acabamos de indicar, existían con anterioridad otras figuras penales en el Código penal relativas a esta materia (prohibición de la denegación discriminatoria de prestación o castigo de la asociación ilícita que promueva la discriminación racial) que nunca habían sido objeto de aplicación jurisprudencial, se introducen figuras nuevas de gran calado que amplían notablemente el espectro de intervención penal en la materia. Así, entre otros preceptos, por primera vez se incorpora un <<delito de provocación>> xenófoba (artículo 165 ter ACP), antecedente del actual artículo 510 CP que castigaba la incitación a la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales e incluso ideológicos, religiosos o de creencias. Junto a ello, también de nuevo cuño, se configura una circunstancia modificativa agravante de carácter general que determinaba una elevación del castigo cuando los delitos contra las personas o el patrimonio se cometieran por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional pero, también, a la ideología, religión o creencias de la víctima (artículo 10-17 ACP). Finalmente se castiga la apología de los delitos de genocidio con una formulación, por cierto, genérica que va más allá del mero ensalzar o enaltecer crímenes o a sus autores incriminándose, además, la negación, banalización o justificación de cualquier genocidio y no sólo el llevado a cabo por la Alemania nazi (la llamada en derecho comparado "negación de Auschwitz", artículo 137 bis b ACP)¹⁹.

El legislador español se va a ir aproximando, como más adelante veremos, a los estándares internacionales y a las figuras penales más arraigadas en la Europa continental pero, al mismo tiempo, se reflejan en el proceso legislativo una serie de tensiones expansivas que derivan en una notable ampliación de los tenores típicos hasta el punto de que acabarán por convertir en inadecuada la propia denominación de la ley ya que el resultado final supera con creces la voluntad incriminadora de la "mera" apología del genocidio.

No cabe duda de que se consolida ya con esta reforma la tendencia a configurar la intervención penal antirracista como una parte más del conjunto de la política criminal dirigida a reforzar la igualdad. En este sentido debe subrayarse que tanto el delito de provocación como la agravante genérica se proyectan sobre el universo conceptual étnico pero también sobre el ideológico en sentido amplio (ideología, religión, creencias).

Pero incluso casi más significativo que el hecho de que los tenores típicos desplieguen su tutela ante un número creciente de grupos es la tendencia a "acumular" figuras delictivas de muy diversa naturaleza (agravante, delito

post" de la advertencia sobre la innecesariedad de semejante precepto ya lanzada por GARCIA-PABLOS al hilo de la introducción de su antecedente en 1976. GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 300 (especialmente su pie de página 309).

¹⁷.- BUENO ARUS, *La discriminación*, pp. 114 y 115.

¹⁸.- En la sesión plenaria número 123 del Congreso de los Diputados -celebrada el 16 de febrero de 1995- los diversos grupos parlamentarios fijan su posición con relación a la Proposición de Ley Orgánica sobre modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología del delito de genocidio. LOPEZ GARRIDO, en representación de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, se va a referir a la proposición enmendada como: "(...) preludeo de lo que podría ser en el futuro una ley contra el racismo". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6684. Por su parte VALLS GARCIA, representante del Grupo Socialista, la califica, en la misma línea ya indicada, de "(...) primer embrión de una lucha contra todo tipo de racismo, de xenofobia, de antisemitismo, etcétera". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6686.

¹⁹.- Puede consultarse el tenor literal de las figuras incorporadas en el BOE núm. 113 de 12 de mayo de 1995. Para un análisis más en detalle en el que no podemos detenernos, por todos, BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 391 ss.; DEL MISMO, *Apología del genocidio*, p. 375 ss.; CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 87 ss.; LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 39 ss.

de provocación y negación del genocidio pero también se mantienen los ya señalados delitos de denegación de prestaciones, asociación ilícita...) que dibujan ya un modelo político-criminal "sui generis" en nuestro ámbito de cultura y cuyos rasgos expansivos, omnicomprensivos, no harán sino consolidarse y exacerbarse hasta el extremo en el actual Código penal de 1995.

5. En efecto, la nueva normativa penal del **CP 1995** supone un salto cualitativo de expansión y ampliación sólo unos meses después de la aprobación de la Ley de 1995. Se pasa así de las cinco figuras penales vigentes tras la Ley de 1995 (delito de provocación, de asociación, de apología, de denegación de prestación y una agravante genérica para algunos grupos de delitos) y referidas principalmente al universo de conductas xenófobas e ideológicas, a un conjunto normativo de nada menos que **once figuras penales** en las que las ya existentes hasta el momento se amplían notablemente (agravante para todos los delitos y no sólo delitos contra las personas o patrimonio; mayor extensión del delito asociativo y de provocación a la discriminación referidos ahora también al odio y a la violencia; castigo autónomo de la llamada negación de Auschwitz) y se incluyen además: un delito de manipulación genética prohibiendo la selección de la raza (art. 161-2); un delito de amenazas dirigidas a atemorizar a grupos étnicos, etcétera (art. 170-1); una cualificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando se afecte a datos de carácter personal que revelen el origen racial, etcétera (art. 197-5); el nuevo delito de discriminación laboral grave (art. 314); se amplía el delito de denegación de prestación al ámbito de las actividades profesionales o empresariales (art. 512); y, finalmente, con relación a los delitos cometidos con ocasión de conflicto armado, se castiga a quien realice, ordene realizar o mantenga respecto de personas protegidas prácticas de segregación racial, etcétera (art. 611-6).

Ahora bien, con ser evidente el incremento cuantitativo en figuras delictivas, la mayor extensión es de carácter cualitativo por cuanto se amplían prácticamente en todas las figuras señaladas los ámbitos de discriminación y transgresión del principio de igualdad en que las conductas resultan prohibidas: a modo de ejemplo, la agravante genérica se activa cuando el delito –ahora ya cualquiera del Código!– se cometa por motivos racistas, antisemitas, étnicos, nacionales u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Del ámbito estrictamente xenófobo o étnico se pasó a la ampliación a motivos ideológicos en la Ley de 1995 y con el Código penal, como se recoge en la discusión parlamentaria, por "coherencia con el principio de igualdad" se incriminan también el ámbito sexual y de enfermedad o minusvalía²⁰. Incluso en algunos delitos, así el de discriminación laboral grave, se hace referencia expresa también a la filiación sindical, parentesco e incluso al uso de lenguas oficiales en el Estado español.

Aunque no es posible entrar en el detalle de cada precepto²¹ se repite en prácticamente todos ellos un proceso de generalización del tipo que en principio en el Proyecto se circunscribía a conductas de carácter xenófobo o ideológico pero que vía enmiendas y por coherencia formal con el principio de igualdad se va ampliando a otros campos sin atenderse a si todos ellos son equiparables desde el punto de vista de la vulnerabilidad actual e histórica del colectivo correspondiente como dato sobre el que valorar la necesidad de intervención. Esto es: ¿debería protegerse igualmente al colectivo de personas de color que a las personas con un defecto físico? ¿son equiparables las condiciones de marginación social de las mujeres, hombres, homosexuales, judíos, separados, viudas, vascos, catalanes...? Equiparar todos estos ámbitos a efectos punitivos con relación a conductas, por otra parte, de una enorme generalidad²² supone un intento tosco de incriminar las conductas de transgresión del principio de igualdad que deja en manos de los operadores jurídicos un conjunto de instrumentos con un potencial de intervención que de utilizarse según los marcos literales posibles podría llevar, simplemente, a la paralización de la vida social. Ante este panorama desolador, vamos a presentar a continuación los modelos político-criminales en derecho comparado como paso previo a intentar una precomprensión hermeneútica que permita una interpretación teleológica, correctora, con el ánimo de reconducir en la medida de lo posible la intervención penal en la materia a parámetros de racionalidad y de coherencia con el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

3. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO.

²⁰ .- Véase la Enmienda núm. 279 en SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, p. 167.

²¹ .- Un análisis de la evolución legislativa que tuvo el Código penal de 1995 en relación con los preceptos a estudio puede consultarse en LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 105 ss.

²² .- Así, como ejemplo paradigmático, el artículo 510 CP hace referencia a la provocación al "odio" masivamente criticado por la doctrina. Véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 263; LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 226 y 227.

1. Si restringimos el análisis de derecho comparado a tres ámbitos jurídicos: el germánico (Alemania, Austria y Suiza), el anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos) y el románico o latino (Francia, Italia y Portugal), dos son los modelos político-criminales dominantes con relación a la persecución penal de conductas racistas y xenófobas²³. Por un lado, el **modelo europeo** –incluido el Reino Unido– que hacen del delito de provocación xenófoba –y sólo xenófoba– la figura central en la materia y, por otro lado, el **modelo de Estados Unidos**²⁴ que, según la jurisprudencia más reciente de su Corte Suprema se decanta por leyes agravatorias de delitos comunes²⁵.

Debe subrayarse que en ambos casos las descripciones típicas se centran en **conductas racistas en sentido estricto** (motivadas por el color de la piel de la víctima) o **xenófobas** (razones étnicas) y sólo excepcionalmente y de forma muy paulatina se ha ido extendiendo la tutela penal a otros ámbitos más propios de la protección antidiscriminatoria, hasta el punto de que, al día de hoy, se puede seguir hablando básicamente de intervención antixenófoba y, ya en segundo plano, de ciertas tendencias expansivas de futuro todavía no desarrolladas hacia una protección antidiscriminatoria más generalizada.

2. Si nos fijamos en los ordenamientos penales de Europa occidental dentro del modelo general estructurado en torno al delito de provocación antixenófobo, cabe distinguir, a su vez, **dos sub-modelos**.

Por un lado se situaría el Reino Unido y los países germánicos (Alemania y Austria, menos claramente Suiza) integrando lo que podría denominarse como un <<**modelo político-criminal europeo restringido**>> caracterizado por el hecho de que además de contar con la figura de provocación al racismo ésta, o bien constituye el único instrumento penal antixenófobo (Reino Unido), o bien se ve complementado únicamente por figuras “apologéticas” en la línea de la llamada “negación de Auschwitz” (ámbito germánico).

Por otro lado, se encontrarían, marcando un significativo contraste, los países latinos (sobre todo Francia, pero también Italia y en menor medida Portugal) que responden a un <<**modelo político-criminal europeo expandido**>>. Modelo que se caracteriza por acumular tipos penales propios tanto de la tradición legislativa germánica como técnicas legislativas provenientes de los Estados Unidos. Estos países cuentan así en sus ordenamientos penales de manera acumulativa, por un lado, con tipos cualificados por xenofobia o agravantes genéricas en la línea americana y, por otro lado, con la prohibición de la provocación a la discriminación racial propia del modelo europeo además de incorporar, de forma decidida, figuras como la de la negación de Auschwitz o delitos de actos de discriminación como denegaciones de acceso a locales públicos, etc.

²³ .- Véase, y en lo que sigue, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 103 ss.

²⁴ .- Para un análisis extenso de la normativa de estos países y de las tendencias legislativas véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 105 ss., p. 200 ss. y 381 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 17 ss. (respecto de la situación de las prácticas racistas y xenófobas) y p. 237 ss. (respecto de los modelos de respuesta normativa). Con relación a algunas bases comunes para intentar un acercamiento entre ambos modelos véase el interesante trabajo de KÜBLER, *Rassenhetze*, p. 109 ss. y especialmente p. 123 ss., desde la perspectiva de los problemas de conformidad con la Constitución y a partir de los modelos de regulación jurídico-penal de Alemania y los Estados Unidos.

²⁵ .- Resultan decisivas en tal sentido las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1992 (caso R.A.V. v. St. Paul) y de 1993 (caso Wisconsin v. Mitchell). La primera de ellas versa sobre el castigo penal de la conducta de prender fuego a varias cruces en las inmediaciones de una casa habitada por personas de color y pone en tela de juicio la constitucionalidad de las llamadas *fighting words* o “expresiones provocadoras”, figuras próximas a lo que entre nosotros vendría a ser el delito de provocación del actual artículo 510 CP, y que, entiende el alto Tribunal, constituyen una limitación ilegítima de la libertad de expresión. En la segunda de las sentencias, caso Wisconsin v. Mitchell, y como el reverso de la moneda, la Corte Suprema declara la constitucionalidad de agravaciones de pena para el caso de que la conducta básica sea cometida por razones de racismo o xenofobia precisamente en un supuesto de una paliza a un joven blanco por hombres de color. Para un análisis detenido de estas sentencias y su significación en el contexto de la legislación de los Estados Unidos véase SILVERMAN, *Hassdelikte*, p. 649 ss. (hay traducción de LANDA GOROSTIZA en SILVERMAN, *Criminalidad xenófoba*, p. 689 ss.). Véase, también, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 109 ss.

3. En cualquier caso no cabe negar que en derecho comparado, así paradigmáticamente en Francia²⁶, pero también en los Estados Unidos²⁷, se perciben **tendencias de incriminación** que apuntan hacia una prohibición de conductas **más allá del ámbito étnico** en sentido estricto, acercándose de esa forma a una suerte de política-criminal antidiscriminatoria antes que antirracista o antixenófoba. Ahora bien, incluso en los países citados, los más radicales en este sentido, todavía hoy se puede afirmar que la normativa es básicamente antixenófoba y orientada a tutelar a colectivos minoritarios étnicos en la línea de defensa característica de la prohibición del genocidio. Del conjunto normativo en la materia sólo algunas figuras en los países citados, ciertamente de menor gravedad y castigadas también de forma relativamente benigna, se proyectan de forma tan abierta y general.

4. El Código penal de 1995, por el contrario, lo que no es sino una tímida y embrionaria tendencia de derecho comparado –minoritaria en cualquier caso– la desarrolla hasta el extremo de proyectar todas las figuras, hasta las más graves²⁸, sobre el conjunto de ámbitos del principio de igualdad yendo así más allá que ningún otro país de nuestro ámbito cultural y erigiéndose de esta forma en el más punitivo y omnicompreensivo. De forma sintética podría afirmarse que allí donde la mayoría de los países de nuestro entorno llevan a cabo una **política-criminal antixenófoba** se convierte entre nosotros en una mucho más ambiciosa **política-criminal de tutela del principio de igualdad**.

Por otra parte, en plena consonancia con los movimientos legislativos recientes de los países del ámbito latino de Europa, el legislador del Código penal vigente ha incorporado figuras protectoras del principio de igualdad cuya variedad demuestra su adhesión a los más diversos modelos legislativos de Europa occidental y de los Estados Unidos. El diseño legislativo que subyace al CP 1995 correspondería según la terminología que se acaba de exponer a un **<<modelo político-criminal europeo de máxima expansión>>**. Veámoslo brevemente.

A. Como decíamos es característico de los países románicos legislar en la materia conforme a una suerte de modelo “acumulativo”²⁹ que incorpora, por un lado, alguna clase de “**delito de provocación**” a la discriminación, violencia u odio por razones xenófobas y, por otro lado, **figuras agravatorias** bien en forma de agravantes genéricas (como, por ejemplo, Italia³⁰) o bien en forma de delitos cualificados (como, por ejemplo, Francia³¹ o Portugal³²).

²⁶ .- La amplia normativa francesa pueda ser objeto de clasificación conforme a tres orientaciones básicas: delitos de propaganda (entre los que se incluirían la figura de la provocación, delitos contra el honor y conductas apologéticas del genocidio), delitos de actos de discriminación (como la denegación de prestación, etcétera) y, en tercer lugar, algunos tipos agravados (protección de difuntos, datos informáticos...). De las tres orientaciones, sólo en los delitos de actos de discriminación se constata su proyección general sobre ámbitos de discriminación diferentes al estrictamente étnico. La parte fundamental de las leyes penales en la materia serían, por tanto, exclusivamente antixenófobas. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 180 ss.

²⁷ .- El equivalente a los denominados “delitos xenófobos” de la Europa occidental vendría a ser el llamado *hate crime* o, literalmente, crimen por odio. La situación de intensa polémica doctrinal impide poder dar una definición al respecto pero su núcleo sin duda estaría situado en torno a conductas contra colectivos étnicos. Ahora bien, tanto en un nivel conceptual, como en la propia legislación de los Estados Unidos, en la periferia de dicho núcleo se incluyen también conductas con base en la orientación sexual, sexo, etcétera de la víctima. En este sentido se identifica también cierta *vis expansiva* de la normativa antixenófoba hacia otra más genéricamente antidiscriminatoria. Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 106 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 270 ss.

²⁸ .- Paradigmáticamente, el artículo 510 CP, castigado con penas de hasta 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, es, según el tenor literal, un delito de provocación xenófoba (motivos racistas, antisemitas, de etnia, origen nacional) pero también un delito de provocación “discriminatoria” por razón del sexo, orientación sexual, enfermedad, minusvalía, ideología, religión o creencias.

²⁹ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 208.

³⁰ .- Introducida mediante decreto-ley de 26 de abril de 1993 cuyo tenor literal agrava la pena en los siguientes términos: “Para aquellos hechos punibles con pena diferente de la de prisión perpetua (*ergastolo*) cometidos con finalidad discriminatoria o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o con el fin de facilitar la actividad de las organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus fines la misma finalidad, la pena será aumentada hasta la mitad”. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 179 y 180. Debe destacarse que en el caso de Italia la agravante aunque genérica en cuanto a su proyección sobre (casi)todo tipo de delitos se ve, sin embargo restringida, a conductas con base en la raza, etnia, nación o religión. No se proyecta, en definitiva, sobre otros ámbitos como el sexual, ideológico, etcétera.

Ya la derogada Ley de 1995 al incluir tanto el delito de provocación como la agravante genérica acogía las pautas acumulativas principales del modelo latino. El CP de 1995 va a profundizar aún más en la vía iniciada al ampliar decididamente el ámbito punible de estas figuras pues se proyecta la **agravante genérica** no ya sólo sobre los delitos contra las personas o el patrimonio, sino sobre todos los delitos de la Parte Especial sin excepción (artículo 22-4 CP). Además se incorporan también algunos **tipos cualificados**: la amenaza contra colectivos étnicos o de otra clase que se contiene en el artículo 170.1 CP y, en segundo lugar, la agravación relativa a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando se trate de datos especialmente sensibles como el origen racial, etc. Junto a la agravante genérica el **delito de provocación** del artículo 510 CP sufre una notable ampliación de ámbitos sobre los que proyectar la prohibición correspondiente consolidándose como figura central en la materia.

El Código penal vigente acoge así de forma decidida las figuras básicas que responden al doble eje legislativo (EE.UU.-Europa occidental): agravaciones (genéricas o en forma de tipo cualificado) y delito de provocación. Pero además de este núcleo se desarrollan otras líneas de expansión de la intervención penal.

B. El modelo político-criminal de respuesta antixenófoba en los países latinos también se caracteriza, en su afán por disponer de un conjunto de instrumentos penales lo más omnicompreensivo posible, por incluir **figuras de “apología” del genocidio** características del ámbito germánico³³. Debido a evidentes razones históricas en países como Alemania, pero también en Austria o Suiza, se comprende que a modo de derecho excepcional se haya llegado a incriminar la denominada “negación de Auschwitz”³⁴. De esta forma junto a la figura central del delito de provocación, o como una modalidad de la misma, se dibuja una cierta tendencia expansiva a incorporar de forma adicional y autónoma preceptos que castiguen este tipo de agitación propagandística conocida como “revisionismo negacionista”³⁵. Ahora bien, lo más significativo es que esta clase de incriminaciones han superado su ámbito geográfico “natural” y han encontrado acogida, de forma particularmente “generosa”, en los países latinos. Nuevamente resulta ser Francia un ejemplo paradigmático, pues no sólo castiga en la actualidad de forma autónoma la “negación de crímenes contra la

³¹ .- Por ejemplo, en el caso del atentado contra la integridad del cadáver así como en la violación o profanación de tumbas, sepulturas o monumentos edificados en memoria de los difuntos, por cuanto de conformidad con el artículo 225-18 del nuevo Código penal “Cuando las infracciones definidas en el artículo anterior hayan sido cometidas por razón de la pertenencia o no pertenencia –verdadera o supuesta- de las personas fallecidas a una etnia, nación, raza o una religión determinada las penas se elevan a tres años de prisión y 300.000 francos de multa por las infracciones definidas en los dos primeros párrafos del artículo 225-17 y a cinco años de prisión y 500.000 francos de multa por aquella definida en el último párrafo de este artículo.” Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 193. De igual manera que en el caso italiano se constata que la cualificación no se proyecta de forma indiscriminada sobre un conjunto amplio de ámbitos propios del principio de igualdad sino, únicamente, sobre el universo conductual xenófobo (raza, etnia, nación, religión).

³² .- El nuevo Código portugués de 1995 contempla cualificaciones de pena específicamente antixenófobas tanto para el homicidio como para los delitos de lesiones. En concreto en el artículo 132 el homicidio se cualifica cuando su comisión esté determinada “por odio racial, religioso o político” (art. 132-2 d) y en términos similares para el delito de lesiones en el artículo 146. Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 198 ss. También en el caso de Portugal se ciñe la agravación básicamente al ámbito xenófobo aunque con cierta tendencia a rebasarlo por cuanto se alude al “odio político”.

³³ .- Para un análisis del origen de la discusión con relación a esta figura de la negación del holocausto y sobre los matices, similitudes y diferencias respecto del delito de provocación alemán –*Volksverhetzung*, párrafo 130 *StGB*- véase LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, p. 551 ss. Más detenidamente WANDRES, *Die Strafbarkeit*, pp. 100 ss. y 177 ss. Para la regulación tanto en Austria como en Suiza, véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 154 ss. y 169 ss.

³⁴ .- Podría considerarse como opinión mayoritaria de la doctrina alemana la que califica a esa figura de la “negación de *Auschwitz*” como producto legislativo que obedece más bien a razones puramente político-simbólicas que obligan a una valoración extremadamente crítica de su presencia en el ordenamiento penal. Una exposición sucinta de las críticas señaladas se encuentra en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 145 ss.; también, DEL MISMO, *La regulación*, p. 577 ss.

³⁵ .- Sobre la necesidad de diferenciar a efectos penales entre el “revisionismo” y el “negacionismo” véase LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 692 ss. Para un amplio y detallado espectro de este fenómeno y sus diversas modalidades es fundamental WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 70 ss.

humanidad³⁶ sino que además configura dicha prohibición penal con un potencial de proyección mucho más general al no verse restringido únicamente al genocidio nazi.

Pues bien, también a este respecto el CP español de 1995 acoge esta tendencia expansiva mediante la discutible figura de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos (art. 607-2 CP). Una vez más otra tendencia expansiva ha sido llevado hasta el extremo entre nosotros con una redacción genérica, esto es, proyectable sobre todo tipo de genocidios y con un tenor literal tan difuso e inconcreto que suscita graves y razonables dudas sobre su constitucionalidad³⁷.

C. Además de acumular la figura del delito de provocación y agravantes o tipos cualificados y de recurrir a una tipificación autónoma para prohibir conductas de negación o justificación del genocidio, los países latinos, aunque no exclusivamente³⁸, tienden a dar entrada al instrumento penal para castigar algunos actos de discriminación que se consideren especialmente graves. Particular atención al respecto han cobrado aquellas conductas consistentes en la denegación de entrada a lugares públicos como restaurantes, lugares de ocio, etcétera³⁹.

Desde este punto de vista también son numerosos los **delitos de actos de discriminación** que se castigan en el CP de 1995 y que no hacen sino seguir la senda iniciada por la Reforma de 1983, eso sí, ampliando sustancialmente el ámbito típico pues ya no se restringen a eventuales conductas discriminatorias desarrolladas en el seno del servicio público (artículo 511 y 314 por lo que al empleo público se refiere) sino que además se proyectan expresamente sobre conductas entre particulares tanto en el ámbito laboral (artículo 314 por lo que al empleo privado se refiere) como en las actividades profesionales o empresariales (artículo 512).

5. **Recapitemos.** Como se ve el CP 1995 sigue y profundiza más que ningún otro las líneas político-criminales antixenófobas más expansivas propias de los países latinos, esto es, de aquellos países de Europa que más lejos llegan en la utilización de la vía penal para castigar conductas racistas. De conformidad con dicho modelo acumulativo se incorpora el delito de provocación (art. 510) y una agravante genérica (art. 22.4) además de algunos tipos cualificados de amenazas (art. 170) o de revelación o descubrimiento de secretos (art. 197.5). Sobre ese eje central se sitúan otras figuras que representan la materialización de otras tendencias “expansivas” como el castigo autónomo de la “negación (genérica) de Auschwitz” (607.2) o un conjunto de prohibiciones de conductas discriminatorias en el ámbito laboral (art. 314), en los servicios públicos (art. 511) y en el marco de la actividad profesional y empresarial (art. 512). A todo ello deben sumarse, además, otras figuras como la modalidad asociativa del delito de provocación (art. 515.5), la prohibición de la selección de la raza (art. 161.2), etcétera.

Si en este sin fin de ámbitos delictivos se ha procedido a incriminar decididamente, junto a conductas del universo xenófobo, otras propias de la mayoría de los ámbitos que contempla el principio de igualdad (ideología, orientación sexual, sexo, enfermedad, etc.) puede entonces calificarse la opción del legislador como de apuesta por una **política penal antidiscriminatoria, en sentido amplio**, pero, a la postre, **sui generis** por desproporcionada con relación al derecho comparado –incluso al más punitivo– o a los estándares de obligaciones internacionales en la materia⁴⁰.

³⁶.- En virtud de la reforma de la Ley de 29 de Julio de 1881, sobre la libertad de prensa, operada mediante Ley nº 90-615 de 13 de Julio de 1990 que introduce el artículo 24 bis a cuyo tenor: “Será castigado con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 aquel que negare, a través de uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal y son definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho Estatuto, bien por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 187 ss.

³⁷.- Se pronuncia, recientemente, con sólidos argumentos por la inconstitucionalidad, por todos, CUERDA ARNAU, *El denominado*, p. 63 ss. (expresa y conclusivamente pp. 116 y 117). Véase también LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 689 ss. en donde se reclama la inconstitucionalidad al hilo del comentario a la sentencia del <<caso Varela>> (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998).

³⁸.- Véase la normativa Suiza. LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p.172.

³⁹.- Véase, paradigmáticamente, la normativa francesa. LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 180 ss.

⁴⁰.- La Convención de 1965 (discriminación racial), insistimos una vez más, no obliga estrictamente más que a incriminar algún tipo de figura de provocación a la discriminación racial (étnica) sugiriendo en su artículo 4 una propuesta legislativa que podrá ser debidamente adaptada por cada Estado para evitar un recorte ilegítimo de

La clasificación que a continuación se abordará parte precisamente de las consideraciones expuestas y divide el conjunto de preceptos del Código penal español en dos bloques según la correspondiente figura penal se incardine en la órbita del delito de provocación (modelo legislativo europeo) o en la tendencia a agravar conductas básicas (modelo legislativo estadounidense).

4. LA NORMATIVA “ANTIDISCRIMINATORIA” DEL CP 1995: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN.

La profusa normativa antixenófoba y antidiscriminatoria del CP vigente admite en su plasmación legal una clasificación según cada figura responda a las líneas de política-criminal mayoritarias en los Estados Unidos o en Europa occidental. Tal clasificación, ha de reconocerse, no se desprende con facilidad de la redacción literal ni de la ubicación sistemática de los tipos a estudio pero entendemos que presenta dos ventajas fundamentales que nos llevan a propugnarla: por un lado, permite una comparación más ajustada con la normativa de los países de nuestro ámbito de cultura a la vez que facilita un análisis más riguroso del grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia; por otro lado, y como razón principal que anima el intento clasificatorio, contribuirá en mayor medida a una interpretación restrictiva del ámbito punible de las prohibiciones que facilite la adecuación del instrumento penal a los parámetros de intervención que han de regir en un Estado social y democrático de Derecho.

4.1. Preceptos en la línea del modelo político-criminal europeo: el delito de provocación y figuras penales relacionadas.

Tras la incorporación a la normativa penal del delito de provocación por Ley de 1995 (artículo 165 ter ACP), el Código vigente mantiene reformada esta figura central en el actual artículo 510. Los distintos ordenamientos jurídico-penales de Europa occidental cuentan con un precepto penal de estas características ocupando además una posición de especial relevancia frente a otras disposiciones penales en la materia. Sin duda, a tal relevancia ha contribuido de manera decisiva el hecho de que la Convención de 1965 (discriminación racial) estableciera una obligación de incriminación al respecto (artículo 4) que además fue objeto de especial atención en las iniciativas de las instituciones europeas más relevantes (Unión Europea, Consejo de Europa...)⁴¹.

Por otra parte, en feliz expresión de CANCIO MELIA, se trata del "escalón más bajo de sanción penal"⁴² de conductas de esta naturaleza, lo que le otorga una posición especial respecto de otros preceptos con vocación antixenófoba y antidiscriminatoria. El adelantamiento de barreras que este delito de peligro entraña, materializado en torno a conductas de notable generalidad como la "provocación a la discriminación, odio o violencia" convierte a esta disposición en la auténtica "piedra angular" desde la que comprender otros delitos relacionados frente a los que urge una delimitación diferenciadora.

En este sentido, el análisis de las tendencias de derecho comparado sugiere dos líneas convergentes de evolución que se explicitan, a nuestro juicio, de forma nítida en la normativa que nos ocupa y que sitúan, por un lado, a los delitos de actos de discriminación (art. 511, 314 y 512 CP) y, por otro, a figuras apologeticas del

derechos fundamentales, especialmente, la libertad de expresión. No había por qué convertir el delito de provocación xenófoba en uno de incitación a otras discriminaciones y, muchos menos, incriminar mediante la agravante genérica todos los delitos de la Parte especial o convertir en ilícitos penales meros actos de denegación de prestaciones. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 94 ss. (y p. 57 ss. respecto de otros estándares internacionales y regionales europeos).

⁴¹.- Debe destacarse especialmente la Recomendación 453 aprobada por la Asamblea consultiva del Consejo de Europa el 27 de enero de 1967 pues su mérito, al carecer de estricta obligatoriedad jurídica, reside, principalmente, en el eficaz influjo que ha ejercido a la hora de servir para que diversos países europeos adopten normativa antixenófoba según un modelo legislativo que propone la incriminación del delito de provocación en la línea de la figura de incitación de la Convención de 1965 (discriminación racial). En segundo lugar debe destacarse, así mismo, la Acción Común contra el racismo y la xenofobia de 15 de Julio de 1996 pues también sugiere, esta vez en el ámbito de la Unión Europea, como línea de política-criminal antixenófoba, la tipificación de figuras de incitación. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 71 ss. y 76 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 282 ss.

⁴².- CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1274. Véase, también, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 228, quien se refiere al delito de provocación como "(...) la figura tal vez más genérica de cuantas se prevén en el nuevo Código (...)".

genocidio (art. 607-2º CP), ambas como **"figuras derivadas"** del delito genérico de provocación, que ganan en independencia formal como preceptos separados y autónomos respecto de aquél. Los delitos de discriminación laboral (artículo 314) y de denegación discriminatoria de prestación (artículos 511 y 512) así como la negación del genocidio (art. 607-2º) podrían, según lo expuesto, ser susceptibles de interpretación como preceptos cuya comprensión y sentido debe buscarse a partir del delito de provocación del artículo 510. A éstos habría de sumarse, además, el delito de asociación por promocionar la discriminación (artículo 515-5º) cuyo tenor literal y sentido acercan a esta figura a la lógica del delito de provocación con el que se identifica y al que complementa.

1. El **delito de provocación del artículo 510** presenta un sentido de tutela que se proyecta sobre la dimensión supraindividual del fenómeno racista, xenófobo y discriminatorio como figura preventiva que pretende asegurar las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables⁴³. El referente nuclear sobre el que pretende incidir el precepto es el colectivo "sensible" en su conjunto, por lo que se trata de una disposición dentro de una **lógica de tutela de minorías** y no de una figura "antidiscriminatoria" en el sentido de dirigida a la promoción y defensa de la igualdad y no de discriminación como derechos individuales. Supone una suerte de "adelantamiento" excepcional respecto del delito de genocidio al que complementa pues incide en la fase inmediatamente anterior a la explosión de violencia genocida, al enfrentamiento civil, a la puesta en marcha de fenómenos sociales de eliminación de colectivos ("cacería humana"): en definitiva, vendría a prohibir la "creación" excepcionalmente imputable de las condiciones para una **"antesala del holocausto"** en su última fase.

El precepto despliega su tutela contra conductas de agitación y propaganda idóneas para transmitir un efecto de amenaza normativamente insoportable ("coactivo") para el grupo "sensible" contra el que se pretende azuzar el odio, la violencia y la discriminación. Cada uno de los miembros del colectivo especialmente vulnerable se confronta con un efecto normativamente equivalente al de una amenaza directa de comisión de delitos graves contra su persona simplemente por el hecho de su conciencia de pertenencia al grupo (**"amenaza colectiva indirecta"**). Dicha amenaza "indirecta" se traslada al colectivo como si de una amenaza "directa" se tratase por las condiciones sociales de tensión extrema ("contexto de crisis") y por la situación histórico-social del grupo victimizado, así como por presentar éste unas características de coherencia interna ("conciencia de grupo") y homogeneidad externa que posibilitan la idoneidad del efecto amenazante por la fácil identificación de sus miembros.

El sentido político-social y el origen histórico de la figura de la "incitación" tanto en el nivel del derecho comparado, como en el de los estándares obligatorios (universales y regionales) de derecho internacional público; su configuración como delito de peligro abstracto que adelanta de forma más radical las barreras de protección; la mención literal de la "provocación" como verbo típico nuclear; y la gravedad de la pena sitúan al artículo 510 como centro del sistema "antidiscriminatorio" (**"piedra angular"**)⁴⁴ a partir del cual cabe una ordenación del conjunto restante de figuras que se definen según particularidades y matices pero que responden a la lógica común, más o menos "atenuada" del sentido de tutela de minorías especialmente sensibles.

2. A partir de la propuesta interpretativa del delito de provocación deben señalarse como preceptos **"específica y exclusivamente antidiscriminatorios"** en la línea político-criminal europea además del propio artículo 510 y su modalidad asociativa –**art. 515-5º**–, la figura de la "negación de Auschwitz" –**art. 607-2º**– y los delitos de denegación discriminatoria de prestación tanto en el ámbito de servicio público como en el de las actividades profesionales y empresariales –**art. 511 y 512**–, así como el delito de discriminación laboral grave –**art. 314**–. Todos ellos, excepto el delito de asociación⁴⁵, representan **"modalidades atenuadas"**, en mayor o menor grado, respecto del sentido de tutela del delito de provocación.

⁴³ .- Del objeto de tutela del delito de provocación del artículo 510 así como del estudio de sus elementos típicos me he ocupado detenidamente en otro lugar al que me remito también en lo que sigue. LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 215 ss. y, especialmente, p. 341 ss.

⁴⁴ .- Para un estudio más en profundidad sobre el carácter central de esta figura y su especial significación sistemática a la hora de dotar a este conjunto normativo de un sentido interpretativo coherente y suficientemente preciso véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 105 ss.

⁴⁵ .- Del que, sin embargo, no vamos a ocuparnos por limitaciones de extensión. Con todo, la similitud de la descripción típica del delito de asociación con el de provocación del artículo 510 determina que aquél sea participe en buena medida de los problemas que presente éste y que esta figura sea, por ello, una modalidad –asociativa– de castigo del delito de provocación participando, en definitiva, de su mismo sentido de protección y de la necesidad de una interpretación "correctora" en la misma línea ya propugnada. Para un análisis de esta figura véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 115 ss.; y LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 269 ss.

3. Los delitos de denegación de discriminación (art. 511 y 512) representan en cierto sentido comportamientos “provocadores” sui generis que se concretan según la descripción típica en una clase particular de actos de discriminación. La configuración del precepto se circunscribe a un tipo de comportamientos que más allá del carácter discriminatorio, se caracterizan por resultar igualmente idóneos para transmitir al colectivo de pertenencia del sujeto al que se deniega la prestación un efecto amenazante que puede resultar adecuado para conmovir las condiciones de seguridad existencial del grupo.

Su objeto de tutela apunta así a una doble configuración en la que resulta tan relevante la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación del sujeto inmediatamente destinatario de la denegación de prestación (lógica “antidiscriminatoria”)⁴⁶ como la protección del colectivo de pertenencia (lógica de tutela de “minorías”). Pero ambas dimensiones –la individual y la supraindividual- adquieren un perfil típico de combinación diferenciada según se trate de conductas que se desarrollan en el ámbito del servicio público (art. 511) o en el de las prestaciones profesionales o empresariales (art. 512).

A. La pena prevista en el delito de denegación de prestación del artículo 511 se corresponde con la mayor gravedad que las conductas discriminatorias presentan en el ámbito del servicio público. Mayor gravedad porque la dimensión “provocadora” del acto discriminatorio se acentúa notablemente incidiendo de manera intensa en el aspecto colectivo del daño que entraña. La relevancia típica habrá de depender por tanto de manera esencial de que resulte idónea la conducta para conmovir las condiciones de seguridad existencial del colectivo respectivo por el mensaje amenazante indirecto que el propio acto de discriminación haya lanzado. Para ello deberá concurrir un determinado contexto social de “crisis” que haga plausible –esto es, normativamente idóneo- dicho efecto amenazante pero que no requerirá una gravedad crítica tan extrema como en el caso del delito de provocación del artículo 510.

Se trata desde otra perspectiva de un supuesto de “provocación mínimamente atenuada” en el ámbito de los servicios públicos pero que presupone la realización de un acto de discriminación. Se combinan así una dimensión individual (“antidiscriminatoria”) y otra colectiva de tutela (“de minorías”) que determinan como condición sine qua non para que se integre el tipo la denegación de una prestación en el servicio público como acto de discriminación, sobre la que todavía deberá demostrarse la idoneidad para afectar al colectivo de referencia en sus condiciones de seguridad existencial. Una tal interpretación debería condenar al precepto a su inaplicación en el actual contexto social del Estado español⁴⁷.

B. Al delito de denegación de prestación del artículo 512 corresponde una pena sensiblemente más leve (inhabilitación, no prisión) que revela que la combinación de la dimensión de tutela individual y colectiva del precepto debe ser matizada. Se trata de una figura más puramente antidiscriminatoria y más centrada en los aspectos individuales de protección. El hecho de que la conducta discriminatoria fluya entre particulares y no en el servicio público, dificulta la proyección supraindividual del daño inherente a las prácticas discriminatorias y aleja esta previsión de la órbita de las conductas “provocadoras”, esto es, idóneas para conmovir las condiciones de seguridad existencial del colectivo de pertenencia.

Para una visión más amplia relativa a esta figura desde la perspectiva político-criminal en el mundo occidental véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 318 ss.

⁴⁶- Que resulta ser en esencia el aspecto principal a que apunta el sentido de tutela que preconiza la doctrina mayoritaria. CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1277 ss.; CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, p. 2004 (en el mismo sentido VIVES ANTON/CARBONELL MATEU, *Parte especial*, pp. 815 y 816); PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, p. 696; PUYOL MONTERO, *Código*, p. 4520 ss.; REIG REIG, *Código*, p. 1857 ss.; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1473. Véase también BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 101; BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 315; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 242 y 232 ss. Para la propuesta interpretativa discrepante que se propone en el texto véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 138 ss.

⁴⁷ - Como ha resultado ser hasta la fecha. La situación es diferente, sin embargo en el caso del artículo 512 en donde sí que se cuenta ya con algunos pronunciamientos jurisprudenciales en sentido condenatorio como la STS 29 octubre 1998 (denegación de venta de coche) o la Sentencia 11 junio 1999, de la Audiencia Provincial de Alicante -sección 1ª- (denegación de entrada a pub-discoteca). Se absuelve, por el contrario, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 3ª, de 15 de abril de 1999, debido a la falta del carácter discriminatorio de la conducta ante el supuesto de denegación de servicio de guardería por incumplimiento de las normas de higiene de los menores.

Si en el delito de denegación de discriminación en el ámbito del servicio público –art. 511- hablábamos de una “provocación mínimamente atenuada”, en la que interactuaban en pie de igualdad los aspectos colectivos e individuales del daño, en el ámbito de las prestaciones profesionales o empresariales pasa a un segundo plano la afección supraindividual. La conducta discriminatoria integra el núcleo del injusto. Pero no en solitario. Deberá por ello exigirse con mucha menor intensidad cierta idoneidad de la conducta para incidir en el colectivo “sensible” de referencia, aunque sea en el sentido de una especial adecuación para estigmatizar al grupo en el contexto social de suerte que sus condiciones de marginación histórico-social se vean agravadas y que el “sistema” de discriminación resulte actualizado en su potencial segregacionista.

Sólo así podrá llevarse a cabo una diferenciación adecuada y proporcionada entre los ámbitos de intervención penal y administrativo reservándose para este último el conjunto de comportamientos que no presenten un nivel de daño social colectivo relevante y desarrollándose así extra muros del derecho penal una función de aseguramiento del derecho –individual- a la igualdad en la línea de defensa característica de los programas jurídicos antidiscriminatorios.

4. El delito de discriminación laboral del artículo 314 debe también ser interpretado como una forma más de “provocación atenuada” esta vez en el ámbito de actividad de las relaciones de trabajo. En realidad se trata de una proyección específica del delito de denegación de prestación en el ámbito laboral⁴⁸ lo que permite trasladar el esquema interpretativo allí desarrollado a este supuesto, máxime habida cuenta de que la pena abstracta que prevé el precepto se extiende de forma extraordinariamente amplia desde una multa de seis a doce meses hasta una pena de prisión de seis meses a dos años.

El castigo alternativo de la consecuencia jurídica (o prisión o multa) debe ponerse en relación con la redacción también disyuntiva del supuesto de hecho que hace referencia a la producción de una discriminación grave en el empleo público o privado. Cabe así hacer corresponder a la conducta más grave de discriminación en el ámbito de empleo público la pena más grave de prisión. Desde esta perspectiva nos encontramos, como en el caso del delito de denegación de discriminación en el servicio público (art. 511 CP), con una suerte de “provocación mínimamente atenuada” en la que deberá exigirse para integrar el tipo un equilibrio adecuado entre la dimensión discriminatoria –individual- de la conducta y su dimensión de daño colectivo. Equilibrio que pasa por la comprobación de la idoneidad de la conducta para conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo de referencia, en la línea del delito de provocación del artículo 510, aunque de forma matizada y atenuada sobre todo respecto de la menor gravedad necesaria para que concurra el contexto de crisis.

La discriminación laboral grave pero entre particulares, esto es, en el empleo privado, podría así equipararse al delito de denegación de prestación en las actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP). La interpretación relegaría en este caso a un segundo plano los aspectos colectivos del daño dándose prioridad en la comprensión del tipo al injusto propio de la conducta discriminatoria. Sin embargo, y llevando la comparación con los delitos de denegación hasta el final, tampoco aquí cabe prescindir totalmente de una cierta idoneidad para lanzar el mensaje de amenaza contra el colectivo si se quiere disponer de un criterio material de diferenciación ente el ilícito penal y el administrativo o laboral⁴⁹.

⁴⁸.- Destacan tal paralelismo, por todos, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1543 (en el mismo sentido CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 615). En la misma línea FERNANDEZ DOMINGUEZ, *De los delitos*, p. 2, quien señala que el novedoso artículo 314, carente de precedente en sentido estricto, asume la tarea que dejó de lado el anterior artículo 165. Véase, también, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal*, p. 112.

⁴⁹. - Más extensamente en LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 154 ss.

5. La “negación (o <<mentira>>⁵⁰) de Auschwitz” regulada de forma general para cualquier delito de genocidio en el artículo 607-2º constituye otra “forma atenuada de provocación” aunque, a diferencia de los delitos de “actos de discriminación” (denegación de prestación, discriminación laboral), se relaciona no tanto con el fenómeno discriminatorio, sino con formas concretas de agitación y propaganda cuya singularidad se debe a razones históricas directamente relacionadas con el holocausto de los judíos europeos que tuvo lugar durante el régimen de terror nacionalsocialista⁵¹. Se trata pues de un delito ad hoc que se despliega esencialmente contra un determinado tipo de manifestaciones filo-nazis “negacionistas” que tienden a poner en tela de juicio el genocidio nazi como forma de estigmatizar a determinados grupos especialmente vulnerables.

Esta constelación de casos específicos de “provocación” ha terminado, sin embargo, por razones político-simbólicas, por adoptar una configuración separada formalmente del artículo 510 como delito –autónomo– de peligro abstracto que define la conducta prohibida como una negación o justificación de acontecimientos históricos. El adelantamiento de barreras punitivas en la línea preventiva del delito de provocación es, sin embargo, todavía más radical que en aquél como auténtico “delito de opinión” que invade de forma ilegítima la esfera interna del ciudadano criminalizando la pura actitud interna (Gesinnungsinkriminierung)⁵². Se debe abogar de lege ferenda por su descriminalización⁵³ ya que los delitos de peligro abstracto que consisten, como es el caso, en violaciones de la ética social suponen una irregularidad que no puede ser corregida por vía dogmática sino en sentido político-criminal⁵⁴.

De no prosperar la propuesta de derogación del artículo 607-2º, debería entonces ser objeto de una interpretación “correctora” en términos similares a los indicados respecto del delito de provocación exigiéndose, en consecuencia, para que se integre el tipo, además de la justificación o negación de hechos históricos, que éstos

⁵⁰.- SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, p. 157, ya calificaba a esta figura delictiva como “trasunto español” de la denominada <<Auschwitzlüge>>. Frente a la denominación “mentira de Auschwitz” que ha hecho fortuna por su expresividad desde el inicio de la discusión sobre la conveniencia de la incriminación de esta clase de manifestaciones, se ha ido imponiendo en los últimos tiempos una terminología más cuidadosa fruto de la reflexión autocrítica por haberse asumido de forma inconsciente una expresión acuñada por las corrientes de agitación propagandística antisemita. **Auschwitz**, como campo de exterminio, existió y precisamente es la extrema derecha la que pretende transmitir la idea de que dicha realidad histórica –y por extensión el holocausto de los judíos europeos– es una invención: “es mentira”. Partir, por tanto, de la denominación “mentira de Auschwitz” supone asumir un lastre ideológicamente inaceptable que puede llegar a confundir y resultar funcional a la propaganda de agitación que se pretende combatir. Véase al respecto las precisiones terminológicas de WANDRES, *Die Strafbarkeit*, pp. 21 ss. y también p. 71ss. Ya advertían con anterioridad, en el mismo sentido, de lo problemático de utilizar la expresión *Auschwitzlüge*, por todos, BEISEL, *Die Strafbarkeit*, p. 997 (su pie de página 2); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 18. Entre nosotros se adhiere acertadamente a esta corriente crítica BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 304.

⁵¹.- Para una visión de esta figura en el derecho comparado véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 143 ss., 154 s., 169 ss., 187 s. y, DEL MISMO, *La regulación*, pp. 551 ss. y 575 ss.; también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 300 ss. Véase también la amplia exposición (12 países) en la reciente monografía de WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 142 ss. Esta última obra puede tildarse en el estado actual de la doctrina como referencia obligada en la materia por ser la única en la literatura germana que –hasta la fecha– se ocupa específicamente de la cuestión de la negación del holocausto y por la profundidad de su análisis (parte de un amplio estudio del fenómeno social del revisionismo y negacionismo para ocuparse posteriormente de los aspectos dogmáticos y de la cuestión de su conformidad con los parámetros constitucionales, conduciendo sus tesis con base en una prolija información ampliamente documentada y sin descuidar la perspectiva histórica).

⁵².- Para un análisis más detallado véase LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 689 ss., especialmente p. 697 ss. y p. 704 ss.

⁵³.- Se pronuncia, recientemente, con sólidos argumentos por la inconstitucionalidad, por todos, CUERDA ARNAU, *El denominado*, p. 63 ss. (expresa y conclusivamente pp. 116 y 117). Véase, también, la masiva crítica de la doctrina en el mismo sentido BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 138 ss.; CUERDA ARNAU, *El denominado*, p. 63 ss.; FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, p. 4 ss.; GIL GIL, *Derecho*, p. 328 ss.; LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 689 ss.; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 265 ss. Mantiene, por el contrario, una discutible valoración positiva al hilo del comentario al <<caso Varela>> GOMEZ NAVAJAS, *Apología*, p. 4ss. Respecto de la posible inconstitucionalidad de su precedente en la Ley de 1995 véase, también, CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 87 ss.

⁵⁴.- TORIO LOPEZ, *Los delitos*, pp. 847, 827, 828 y 835.

puedan demostrarse, según el contexto y el grupo potencialmente afectado, como idóneos para conmover el sentimiento de seguridad existencial del colectivo. De forma más clara que en los delitos de actos de discriminación, aquí se presenta un perfil preventivo antigénocida como lo demuestra el hecho de que, al venir referido precisamente al delito de genocidio, los grupos objeto de tutela se restringen a los del ámbito étnico. Con todo, una vez más, a la luz de la situación social española con relación a las corrientes de agitación "revisionista-negacionista", una tal interpretación hubiera debido dar lugar a que el precepto que nos ocupa no hubiera encontrado aplicación⁵⁵.

4.2. Preceptos en la línea del modelo político-criminal de los Estados Unidos: la agravante y los delitos cualificados.

La normativa antixenófoba española, "confundida" y diluida en figuras delictivas de corte antidiscriminatorio general, responde, como venimos señalando, a la fusión por acumulación de dos modelos legislativos: por un lado, el "modelo europeo" que tiene como eje central al delito de provocación (art. 510) en torno al cual "giran" otra serie de figuras delictivas que se comprenden a partir de aquél (art. 511, 512, 314, 607.2, 515.5) y que ya han sido objeto de atención; y, por otro lado, el "modelo estadounidense" consistente en estructurar los delitos antixenófobos como agravaciones de pena, bien en forma de agravante genérica, bien en forma de tipos cualificados⁵⁶.

Aunque este segundo modelo sea más bien propio de los Estados Unidos se constata, sin embargo, su progresiva expansión por Europa, precisamente por los países latinos (Francia, Italia, Portugal). La normativa española va a representar un claro ejemplo de asunción generalizada de esta clase de prohibiciones en la medida en que incorpora al nuevo Código penal una agravante genérica para toda clase de delitos que se cometan por motivos racistas, antisemitas, discriminatorios, ideológicos, etc. (artículo 22-4º). Por otra parte, también serán objeto de mención dos tipos cualificados: el referido al delito de amenazas (artículo 170-1º) y el de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197-5º).

Ahora bien, antes de nada conviene avanzar una diferencia relevante entre la agravante genérica y los tipos cualificados. La agravante genérica, al igual que constatábamos respecto de las figuras del primer modelo legislativo (delitos de provocación, de actos de discriminación, "negación de Auschwitz", de asociación ilícita) se proyecta sobre el ámbito xenófobo y además sobre una enorme variedad de conductas propias de la órbita del principio de igualdad in toto. Una vez más, lo específicamente xenófobo será objeto de regulación en pie de igualdad con otras causas de discriminación fruto de una redacción típica "homogénea" y "coherente" con el artículo 14 de la Carta Magna. Por el contrario, los tipos cualificados no parecen venir necesariamente referidos a esa lógica, no desde luego en lo que al proceso de su confección legislativa se refiere⁵⁷, en la medida en que su tenor típico no va a presentar una descripción de causas discriminatorias "coherente" y "homogénea" en los mismos términos que veíamos en los preceptos del modelo europeo o de la propia agravante genérica. Así ocurrirá respecto del delito de amenaza cualificado, cuya redacción típica alude como destinatarios de la conducta "a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas". Parece que este supuesto se vio sustraído a la "lógica de la homogeneización" o "coherencia" para con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, renunciándose a reproducir las causas relativas a la ideología o al sexo, orientación sexual, etcétera y optándose, sin embargo, por referencias genéricas para designar a todo tipo de grupos. El segundo supuesto de tipo cualificado, esto es, el que castiga el descubrimiento o revelación de datos "sensibles" referidos a la ideología, salud, creencias, origen racial, etc.,

⁵⁵ .- Véase, sin embargo, la Sentencia del <<caso Varela>> (Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998) que constituye, hasta la fecha, el único supuesto de aplicación jurisprudencial de esta figura. La Audiencia de Barcelona, tras la vista del recurso de apelación correspondiente, por **Auto de 14 de septiembre de 2000**, ha acordado plantear cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 607.2 CP. Para un supuesto en que podría haberse planteado la posibilidad de aplicar el artículo 510 pero que fue objeto de enjuiciamiento con anterioridad a su entrada en vigor véase la STS de 2 de Julio de 1994 (sucesos de Mancha Real) y LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 130 ss. Véase, también, el comentario más atento a los problemas de participación de SANCHEZ-VERA, *La responsabilidad*, p. 245 ss.

⁵⁶ .- Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 106 ss. y 204 ss.; DEL MISMO, *La política criminal*, p. 178 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 323.

⁵⁷ .- Véase para un estudio de los antecedentes legislativos LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 206 ss.

parece más bien que obedece a una lógica propia del ámbito de regulación acorde con las bases regulativas de la Ley de protección de datos⁵⁸.

Esta diferencia entre la agravante genérica, más en línea con la "lógica antidiscriminatoria" de las figuras penales del modelo europeo ya vistas, y los tipos agravados, producto más bien de "lógicas particulares", es la que nos ha llevado a añadir entre estos últimos una breve referencia al delito de manipulación genética relativa a los procedimientos dirigidos a la "selección de la raza" (artículo 161-2º in fine). A pesar de no tratarse este último de un tipo cualificado, su tenor literal referido a la "selección de la raza" obliga de forma ineludible a una referencia al mismo y, como veremos, constituye una figura que responde también a una "lógica particular" que la sitúa al margen, en cierto modo, de la "lógica antidiscriminatoria" que se ha pretendido introducir en los preceptos relativos a esta materia.

Sentadas estas precisiones, veamos brevemente los preceptos correspondientes a esta segunda línea político-criminal.

1. La circunstancia modificativa agravante del artículo 22-4º debe ser orientada en su fundamento⁵⁹ hacia el mismo sentido de tutela básico del delito de provocación, justificándose el plus de castigo por el desvalor adicional de resultado que representa en el plano del injusto al revelar la conducta en su conjunto la idoneidad para conmovir las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables⁶⁰.

En comparación con el propio delito de provocación aquí el "mensaje indirecto" de amenaza contra el colectivo no viene canalizado a través de manifestaciones de agitación o propaganda que pretenden incitar a la discriminación, odio o violencia contra el grupo "sensible", sino que es precisamente el delito que resulta agravado el que funge como "comportamiento expresivo" (<<un hecho vale más que mil palabras>>), como "refuerzo fáctico" del mensaje que se pretende transmitir. Por tanto la idoneidad de la conducta para conmovir el objeto de tutela depende una vez más del contexto social y del grupo destinatario pero, también, de la gravedad del propio delito que resulte agravado. Cuanto más grave sea éste más probable resultará que el "mensaje indirecto (al) colectivo" adquiera concreción suficiente y gravedad como para equivaler normativamente a una amenaza directa de delitos graves que sea idónea para afectar a cada miembro del grupo en su nivel de seguridad más existencial. Por tanto será más fácil que según contextos de crisis de menor gravedad que los requeridos para el delito de provocación del artículo 510 CP pueda llegar a estimarse la agravación por darse el desvalor adicional que, por otra parte, se cohoneste adecuadamente con el hecho de que el plus de gravedad debe justificar únicamente una agravación del castigo y no fundamentar esencialmente su existencia.

La orientación de tutela hacia la dimensión colectiva del fenómeno racista, xenófobo y discriminatorio, dentro de la lógica de protección de minorías como tales, debe traer como consecuencia una interpretación del elemento "motivacional" en clave decididamente "objetiva". No ha de resultar típicamente relevante que el autor del delito cuya agravación se discute estuviera realmente motivado por razones de índole racista, xenófobas o discriminatorias. Interesa principalmente la repercusión colectiva de su conducta: esto es, que intersubjetivamente pueda ser reconocido su comportamiento como un ejercicio práctico de un "programa" racista, xenófobo o

⁵⁸ .- Anterior LORTAD (LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal) hoy Ley Orgánica 13 de Diciembre 1999, Num. 15/1999, de protección de datos de carácter personal (en vigor desde el 15 de enero de 2000).

⁵⁹ .- La cuestión del fundamento de la agravación no es en absoluto pacífica. A favor de reconducir el *plus* de gravedad, con diversos matices, a una **mayor culpabilidad** se sitúa el sector mayoritario de la doctrina. Véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 65 y 59 ss.; CEREZO MIR, *Derecho penal*, p. 100; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal*, p. 897; CUERDA ARNAU, *Comentarios*, p. 240; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Parte General*, pp. 541 y 542; RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, p. 138; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código*, p. 381. Otro sector minoritario, al que nos adherimos, apunta, por el contrario, a un mayor injusto como fundamento de la agravación. Así, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 281 ss., 274 ss. y 277 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 652. Para una exposición más detallada y argumentada de la postura mantenida véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 185 ss.

⁶⁰ .- En la misma línea, por tanto, que la propuesta de LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 281 ss. (y su pie de página 117) aunque conforme al sentido de tutela "colectivo" que apunta a situar el bien jurídico en las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Para una crítica a la propuesta de bien jurídico de la autora desde los presupuestos que aquí se defienden en el contexto del delito de provocación del artículo 510 pero perfectamente predicable también respecto de la agravante, véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 269 ss.

discriminatorio que anuncia la clase de comportamientos de que van a ser objeto los miembros del colectivo estigmatizado. Con otras palabras: no debe llevarse a cabo una suerte de investigación motivacional⁶¹, sino que bastará con que pueda probarse que el dolo del sujeto abarcaba todas las circunstancias de su comportamiento y por tanto era consciente del potencial “expresivo” de su actuar y de la idoneidad de su actuación para trasladar un mensaje de amenaza a todo un colectivo.

Una comprensión “objetiva” del elemento motivacional enlaza fluidamente con la evolución interpretativa respecto de la acepción jurídica del fenómeno discriminatorio. Evolución en la que se constata que la “intención de discriminar” va perdiendo peso en la definición de lo que haya de entenderse por acto discriminatorio a favor de una consideración de éste a partir del perjuicio que despliega⁶², en primer término, contra el sujeto individual afectado y su dignidad como persona y, en segundo lugar, contra el grupo de referencia en contradicción con el principio de igualdad real propio de la filosofía del Estado social⁶³. Será así la lectura intersubjetiva de la conducta la que “tipifica” y “colorea” un determinado comportamiento como “discriminatorio contra” todo un grupo de igual manera que a la hora de analizar la concurrencia de la agravación deberá ser esencial la repercusión colectiva que “objetivamente” se desprende de la actuación en contexto.

Desde otra perspectiva la comprensión objetivista del elemento motivacional se adecua a una interpretación de los denominados “elementos de la actitud interna” (Gesinnungsmerkmale) que garantiza en mayor medida una neutralización del potencial de éstos para abrir la puerta de la intervención punitiva a la pura censura ideológica y a una inaceptable limitación de derechos fundamentales como el de la libertad de expresión. En la línea de la propuesta de STRATENWERTH⁶⁴ la referencia del artículo 22-4º a los “motivos” racistas, xenófobos, discriminatorios, etc., debe ser entendida como una técnica de tipificación que ante la dificultad de recoger en la definición legal una densa y compleja “malla de relaciones fácticas”, opta por apuntar el juicio valorativo sobre aquéllas. Esto es: ante la imposibilidad de recoger la amplísima gama de detalles y contextos en los que la conducta pueda alcanzar una expresividad social racista, xenófoba o discriminatoria se renuncia a su descripción y se opta por incorporar una fórmula valorativa de la actitud interna (“motivos”) pero que en realidad hace referencia a la situación fáctica subyacente (contexto social) que debe concurrir para que la prohibición normativa adquiera su pleno fundamento. De esta forma se “objetiviza” el elemento de la actitud interna por cuanto no se precisa su concurrencia en el plano puramente psicológico sino que requiere más bien un conocimiento –dolo- sobre la situación y circunstancias en que se desenvuelve el actuar del sujeto que intersubjetivamente apunta una “dirección” racista, xenófoba o antidiscriminatoria.

Con todo la presencia de la voz “motivos”, la posibilidad conforme a la letra de la ley de sostener una interpretación en el plano de la culpabilidad (“reprochabilidad”) y la amplitud e indeterminación de la redacción de la circunstancia acentúan el riesgo de que la agravante pueda llegar a ser utilizada como instrumento de censura. Ejemplo de ello podría ser un desarrollo jurisprudencial que llevara más allá algunos pronunciamientos que parecen no cerrar la puerta a que la agravante de discriminación ideológica pueda ser compatible con la delincuencia terrorista. A pesar de que, hasta la fecha, la primera y única aplicación de la agravante del artículo 22-4º ha tenido lugar en el contexto de una paliza a un homosexual⁶⁵, algunas sentencias en materia de terrorismo aunque no han

⁶¹.- Cuyas dificultades pueden consultarse en DIEZ RIPOLLES, *La atenuante*, pp. 98 ss., 137 y 138, que si bien no se refiere en concreto a la normativa antixenófoba o antidiscriminatoria es perfectamente trasladable al presente contexto de discusión.

⁶².- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 168, 169 y 84 ss.

⁶³.- Resulta fundamental a este respecto el artículo de FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación*, p. 154 en su brillante exposición de la doble matriz teórica que subyace a la prohibición de discriminación. Una exposición detallada del “perjuicio” que entraña el acto discriminatorio y de los aspectos que deben tener una especial relevancia en la labor interpretativa del delito de provocación del artículo 510 CP, pero igualmente aplicable en sus fundamentos a los otros preceptos “antidiscriminatorios”, puede consultarse en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 244 ss.

⁶⁴.- STRATENWERTH, *Zur Funktion*, p. 171 ss., especialmente p. 189.

⁶⁵.- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10ª), de 13 de marzo de 2000.** Los hechos se remontan a la madrugada del 14 de septiembre de 1996 cuando varios jóvenes después de haber pasado parte de la noche por distintos puntos de la población de *Sitges* acudieron a una calle de la localidad en que se encuentran establecimientos habitualmente frecuentados por público homosexual. Al aproximarse a la puerta de uno de los bares uno de los jóvenes, Didac S. A., de forma provocadora, “espetó” a dos clientes que en ese momento salían del local “esto está lleno de maricones”. Uno de ellos, Eduardo J. L., le preguntó si tenía algo contra ellos a lo que el primero le

aplicado la agravante por razones de ideología no parece que cierren totalmente la puerta a dicha posibilidad⁶⁶. Un tal planteamiento, de confirmarse, constituiría una flagrante transgresión del principio non bis in idem y revelaría el alto riesgo de que la “lógica interpretativa antidiscriminatoria” derive hacia una inaceptable ideologización de la intervención punitiva infiltrándose a través de ella una lógica de derecho de excepción con la consiguiente imagen normativa del ciudadano como “enemigo”⁶⁷, como ser inmaduro y fuente de peligros que requiere una tutela estatal que se despliega al margen de los criterios normales de imputación.

2. El delito de amenaza colectiva –art. 170-1º-, el tipo cualificado en el ámbito de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos –art. 197-5º- y la figura relativa a los procedimientos de selección de la “raza” entre los delitos de manipulación genética –art. 161-2º in fine- **no son preceptos ni específicos, ni exclusivamente “antidiscriminatorios” en el sentido expuesto** para las figuras que giran en torno al delito de provocación o para la agravante genérica. No deberían contarse entre los preceptos “antidiscriminatorios” en sentido estricto ya que presentan particularidades que, o bien determinan un sentido de tutela mucho más restringido y específico (“antirracista” –art. 161-2º in fine), o bien más genérico (“antiterrorista” –art. 170-1º), o bien muy condicionado por las particularidades del propio ámbito de regulación y su normativa extrapenal (“datos sensibles” - art. 197-5º-). Con todo su proximidad y relación con el núcleo de conductas racistas, xenófobas y discriminatorias exige una delimitación de los diversos ámbitos típicos y una aclaración sistemática que determina según nuestra propuesta una incompatibilidad como regla general entre estos preceptos y una aplicación simultánea en relación de concurso de delitos -o de agravación (22-4º)- con los preceptos estrictamente “antidiscriminatorios”. Veámoslo de forma necesariamente breve.

3. El **delito de amenaza colectiva** del artículo 170-1º presenta un sentido de tutela⁶⁸ en parte coincidente con el delito de provocación (art. 510 CP). Ambos se dirigen contra conductas amenazantes que deben resultar

respondió “me dan asco”. Fue en ese momento cuando el acusado, al volverse Eduardo a recoger un folleto del suelo, “presumiendo su condición de homosexual y con decidido propósito de menoscabar su integridad física” le propinó un fuerte golpe en la espalda, cayendo Eduardo al suelo y siguiendo entonces toda suerte de golpes y patadas, incesantemente, por parte del inicial agresor y de otros acusados que se habían sumado inmediatamente a la agresión (HP Primero). Puede consultarse en *La Ley*, 9 de mayo de 2000, pp. 14-16 (ponente: Sr. Planchat Teruel).

⁶⁶ .- Véanse al respecto la sentencia del tristemente célebre <<caso Ortega Lara>> (**Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 1ª, de 29 de junio de 1998**) en la que ante la petición de la acusación popular a favor de agravar por discriminación ideológica el delito de detención ilegal ésta es rechazada por el Tribunal pero con base al parecer en problemas de índole probatorio (FJ Octavo). De forma, sin embargo, más clara se rechaza tal posibilidad de agravación en delitos de terrorismo en la **Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 1997**.

En una línea similar de ambigüedad debe traerse a colación, aunque no se refiera a delitos de terrorismo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 14 de abril de 2000** (<<caso Aitor Zabaleta>>) en la que también son problemas de prueba los que se argumentan para desestimar la aplicación de una eventual agravante por discriminación ideológica al haberse dado muerte a la víctima por su condición de vasco. Todavía más criticable resulta, sin embargo, no por el hecho de no aplicar la agravante, sino por los razonamientos alegados la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 7 de julio de 1998** en la que se puede comprobar el inaceptable riesgo de arbitrariedad cuando se recurre a una investigación de los motivos –subjetivos- en el plano puramente psicológico. Para un análisis más detenido de la jurisprudencia respecto de la agravante véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 195 ss.

⁶⁷ .- JAKOBS, *Kriminalisierung*, p. 751 ss.

⁶⁸ .- No cabe aquí entrar a un análisis más detenido ni de la evolución legislativa respecto de este precepto que a poco de ser aprobado en el CP vigente sufrió ya una reforma por Ley Orgánica 2/1998 (BOE núm. 143, 16 junio 1998); ni menos aún de la discusión en torno al bien jurídico protegido en los delitos de amenazas. Véase, con todo, para un análisis de conjunto del alcance de la mencionada reforma de 1998, por todos, POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 23 ss. y, más en particular respecto del artículo 170 CP LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 207 ss. Y con relación al bien jurídico protegido partimos básicamente de la propuesta interpretativa de DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 806 que al pronunciarse sobre el tipo agravado que nos ocupa apunta como fundamento al mayor desvalor de acción de la conducta al formularse la amenaza de tal forma que se pretende la extensión del sentimiento de temor entre un grupo significativo de individuos. Véase, también, DEL MISMO, *op. cit.*, p. 778 ss., para una exposición sintética de las diversas propuestas de bien jurídico protegido en el delito de amenazas.

idóneas para conmover el sentimiento de seguridad de determinados colectivos. Ambos son, pues, “amenazas colectivas”; sin embargo, una primera diferencia apunta al **modo en que se articula el ataque al objeto de protección**. Mientras que el delito de provocación es una amenaza colectiva **indirecta** que sólo excepcionalmente (“contexto de crisis”)⁶⁹ puede resultar equivalente normativamente a una amenaza directa de comisión de delitos graves, el artículo 170-1º recoge las amenazas colectivas **directas**. Por tanto, aunque formalmente el artículo 170 se refiere a un mal constitutivo de delito y el delito de provocación no, esta diferencia no resulta tan relevante pues, según nuestra interpretación, la gravedad de las conductas provocadoras deberá resultar equivalente a la amenaza directa de delitos graves para alcanzar relevancia típica por lo que se desplaza el aspecto esencial diferenciador a la forma –directa o indirecta– en que el ataque se lleva a cabo.

En segundo lugar, diferencia a ambas figuras el **espectro de grupos** sobre el que se proyecta la tutela. Mientras que en el delito de provocación estos se “ciñen” a los colectivos situados en la línea de defensa característica del principio de igualdad y no discriminación (raza, nación, etnia, sexo, ideología, religión, etcétera), el delito de amenazas del artículo 170-1º presenta rasgos de mayor generalidad pues se requiere únicamente el factor “cuantitativo” –y no “cualitativo”– para que se despliegue la prohibición. La amenaza adquiere relevancia típica por estar dirigida contra “cualquier grupo de personas” al margen de cuál sea el factor común de identificación del colectivo.

Desde esta perspectiva se detecta su particularidad como **figura “antiterrorista” genérica**⁷⁰. La mención expresa entre los colectivos primero, en el CP 1995, al grupo étnico y, luego, a los grupos culturales, religiosos o colectivos sociales y profesionales (LO 2/1998)⁷¹ responden así a una finalidad puramente **declarativo-simbólica** que no corrige ni amplía el sentido de tutela general del precepto y que resultaba por ello supérflua a la vista de la presencia en el tenor típico de una cláusula de cierre tan genérica y omnicomprendiva como la de que la amenaza se dirija a atemorizar a “cualquier otro grupo de personas”⁷². Ello explicaría por qué en la redacción literal del artículo 170-1º no se recoge una descripción de los grupos destinatarios de la amenaza en “coherencia” con el artículo 14 de la Constitución y por qué, en definitiva, se renuncia a la “lógica tendente a homegeneizar” las diversas “causas” presente en las figuras estrictamente “antidiscriminatorias” ya vistas.

Formalmente también distinguiría a ambas figuras el hecho de que el delito de amenazas acoge tanto intimidaciones **condicionales como incondicionales**. Sin embargo, se trata ésta de una clasificación de conductas ajena tanto a la dinámica comisiva del delito de provocación, como a la propia realidad socio-empírica de esta clase de comportamientos de incitación a la discriminación, odio o violencia. Por lo que al primer aspecto hace referencia, el delito de provocación entraña una conducta intimidatoria genérica e indirecta que no responde a los esquemas de una amenaza condicional. Su dinámica comisiva apunta a elevar el nivel de hostilidad contra determinados grupos, a generar un clima de violencia, segregación e incluso eliminación de los mismos que se aleja, por tanto, de un esquema de amenaza condicional. Pero además, desde un punto de vista socio-empírico, son precisamente las conductas de intimidación **incondicional** las que constituyen el núcleo sobre el que en la práctica se suscitarán los

⁶⁹ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 355 ss.

⁷⁰ .- Sesgo que presenta desde sus orígenes cuando se introdujo en el anterior Código penal en el marco de la legislación antiterrorista como un tipo mixto de amenazas y coacciones (art. 496 bis ACP) que, por cierto, fue objeto desde el principio de una dura crítica doctrinal y nula aplicación jurisprudencial. Véase, por todos, DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 806.

⁷¹ .- El art. 170 conforme a la redacción anterior a la LO 2/1998 aludía a amenazas dirigidas a atemorizar “a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas” mientras que en la nueva versión vigente se añaden las menciones expresas al grupo “cultural o religioso, o colectivo social o profesional” y se modifica la redacción de la cláusula final “cualquier otro grupo de personas”.

⁷² .- Con razón ya antes de la reforma por LO 2/1998 señalaba LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 229 (especialmente en su pie de página 14) el afán desmedido del legislador por expresar la desvaloración penal de los comportamientos lesivos de los derechos de las minorías al citarse expresamente en el artículo 170 CP al grupo “étnico” de forma, a la postre, supérflua, pues la mención genérica a cualquier grupo de personas ya incluía a aquel. En una línea asimilable remarcan el carácter de mera “especificación” de grupos que, sin embargo, ya se podían entender recogidos en el tipo antes de la reforma de 1998, por todos, PRATS CANUT, *Comentarios*, pp. 196 y 197; POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 26.

problemas de aplicación de estas figuras delictivas. Y es que al tratarse de amenazas colectivas presentan de por sí rasgos de indeterminación que hacen difícilmente imaginables amenazas “directas” y aún más de tipo condicional⁷³.

La **coordinación sistemática entre ambas figuras** entraña una enorme dificultad. Parece, según lo dicho hasta ahora, que el delito de amenaza directa (art. 170.1 CP) presenta un ámbito de prohibición más amplio (todo grupo) y genérico (“antiterrorista”) por lo que el delito de provocación (art. 510 CP) sólo en determinadas constelaciones de casos (determinados “grupos sensibles” como el étnico, sexual, ideológico, etcétera) podría concurrir con el artículo 170 en cuyo caso sería el criterio de la clase de grupo y de la naturaleza “directa” o “indirecta” de la amenaza el que debería resolver los problemas de interpretación. Sin embargo, de hecho serán las conductas intimidatorias dirigidas contra grupos especialmente vulnerables las que ocuparán de forma claramente mayoritaria la eventual praxis aplicativa de estos preceptos. Por ello todo dependerá de que la amenaza sea directa o indirecta. Ahora bien la practicabilidad de un tal criterio se verá dificultada en la medida en que la conducta de amenaza, sea directa o indirecta, es en cualquier caso altamente dependiente del contexto y del grupo de referencia lo que desdibuja una pretendida diferencia según la modalidad de la conducta intimidatoria. Ante esa situación entendemos que debe acudirse preferentemente a la **diferencia cualitativa entre la lógica antiterrorista general (art. 170) y la propiamente “antidiscriminatoria” o de tutela de minorías (art. 510)** como criterio rector material que evite la desorientación del intérprete.

Lo que queremos sugerir es que en la amenaza “directa” del artículo 170 pasa a un segundo plano el posible sesgo racista, xenófobo o discriminatorio de la conducta pues tal desvalor específico queda absorbido y confundido en la orientación general antiterrorista que se precisa. Para integrar el tipo cualificado se necesita únicamente de una “dirección atemorizadora” contra el colectivo al margen del factor de identificación. Por ello dada la amenaza contra el colectivo poco importa si cabe reconocer en ella un sesgo específicamente xenófobo o discriminatorio. Tal añadido resultará irrelevante a efectos de incluir la conducta en el ámbito de prohibición de la norma y de producirse resultará, sin más, inherente al propio desvalor de la cualificación. Por ello el artículo 170 resulta incompatible con una apreciación de la agravación genérica del artículo 22-4º o con otros preceptos protectores de minorías como el delito de provocación, etc., que dependen precisamente de un “efecto amenaza” que es el que ya viene castigado en el artículo 170. Sólo en consecuencia en el ámbito de las conductas intimidatorias más genéricas –“indirectas” (art. 510)- adquiere verdadera relevancia la orientación racista, xenófoba o discriminatoria pues será ésta la que determine la existencia de una incitación típica. Incitación que pese a su carácter indirecto excepcionalmente, por el tipo de grupos que pueden resultar afectados, puede llegar a convertirse en normativamente equivalente a una amenaza directa de delitos graves.

El planteamiento realizado se compadece sólo parcialmente con las **penas abstractas** previstas en los artículos 170-1º y 510. Desde el punto de vista del límite mínimo resulta menos castigada la amenaza colectiva “indirecta” (art. 510) que la “directa” (art. 170) lo que dibuja una adecuada progresión de castigo según la intensidad del ataque intimidatorio. La proximidad empírica entre las amenazas directas e indirectas y su particular dependencia del contexto harían también explicable que la banda de pena permita que en ocasiones en el caso concreto pueda llegar a resultar más gravemente castigada una amenaza indirecta que una directa. Lo que resulta, sin embargo, difícil de superar de lege lata es el hecho de que en el límite superior del castigo se prevea en abstracto una pena más grave para la amenaza “indirecta” del artículo 510 que para la “directa” del artículo 170. La explicación más plausible para esta contradicción valorativa apunta a la confusión del legislador entre la “lógica antiterrorista” genérica y la “lógica antidiscriminatoria” que en el contexto de aspiraciones legislativas de corte más bien simbólico le llevó a no prever las posibles relaciones entre ambas figuras.

Tal descoordinación parcial, sin embargo, no debe llevar a la precipitada conclusión de creer posible una relación concursal de delitos entre ambas figuras tendente a hiperagrar el castigo fruto de la **acumulación de la lógica antiterrorista y la antidiscriminatoria**. Una tal interpretación desconocería el principio non bis in idem material ya que, al margen de las diferencias expuestas, existe una matriz común relativa al daño potencial de los fenómenos terrorista y racista, xenófobo o discriminatorio. Por ello y habida cuenta de la evidente impronta ideológica que caracteriza a estos fenómenos su consideración por separado a la búsqueda de un mayor castigo acercaría a la reacción punitiva a los rasgos propios de un derecho excepcional rayano en la pura censura ideológica cuyas características más críticas se verían así agudizadas hasta un extremo aún más insoportable.

4. El nuevo **artículo 197-5º** del Código penal vigente en el marco de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos contiene un tipo agravado en los siguientes términos: "Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud,

⁷³ .- Debe subrayarse que la figura del artículo 170 continúa al día de hoy, salvo error u omisión, sin haber sido objeto de aplicación jurisprudencial.

origen racial o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior."

Como destaca la doctrina, el tipo agravado dispensa una protección especial a conductas que tienen que ver con los datos que vienen a constituir el "núcleo duro de la privacy"⁷⁴, esto es, la esfera más sensible de la intimidad, y que tanto la anterior LORTAD como la actual LO 15/1999 somete a un régimen de garantías especialmente reforzado⁷⁵.

El tipo agravado relativo a los **delitos de descubrimiento y revelación de secretos** cuando de datos especialmente "sensibles" se trate –**artículo 197-5º**– responde en una visión de conjunto a un doble fundamento que sólo **parcialmente** podría responder a una orientación de tutela **antidiscriminatoria** y, en cualquier caso, en un sentido algo más laxo y, en definitiva, diverso del defendido para el delito de provocación o figuras adyacentes. El doble fundamento deriva de la mención diferenciada que el precepto recoge, por un lado, para las conductas relativas a menores de edad e incapaces y, por otro lado, las que se refieren a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual⁷⁶. Sólo en este último supuesto podría configurarse la agravación con relación a las potenciales implicaciones discriminatorias de la conducta⁷⁷.

El listado de datos que determina la agravación (ideología, religión, creencias, salud...) proviene de la normativa extrapenal (Ley de protección de datos) y presenta por ello un origen legislativo singular y al margen de la lógica antidiscriminatoria que presidía el intento de homegeneizar las "causas" o "motivos" (raza, etnia, nación, ideología...) en preceptos como el incitación a la discriminación (art. 510), la agravante genérica (22-4), etc. Ello explicaría por qué el artículo 197-5 no refleja las mismas causas típicas ni una redacción similar en este aspecto a la contenida en el delito de provocación (art. 510) o los delitos de actos de discriminación (art. 511, 512 y 314) u otras de las figuras en la misma línea. Por otra parte, no se alude a que la conducta haya de ser cometida precisamente por esos "motivos": el legislador rechaza aquí, a diferencia de los preceptos estrictamente antidiscriminatorios, una referencia expresa al aspecto motivacional. Esta **asimetría** en causas de posible discriminación y en técnica de tipificación **dificulta la coordinación sistemática** con aquellos preceptos pero no impide encontrar un fundamento que apunte también a la dimensión colectiva del daño potencial que para los grupos correspondientes se puede derivar⁷⁸.

El acceso ilícito a la intimidad que afecta a datos especialmente "sensibles" (núcleo duro de la privacy) supone un **plus de desvalor** que debe relacionarse con el **potencial daño que se deriva de la conducta respecto del grupo afectado** (ideológico, religioso...)⁷⁹. El carácter de la intimidad como "presupuesto-garantía" del ejercicio pleno y libre de otros derechos y libertades constitucionales del ciudadano⁸⁰ permite así recorrer el espacio que se sitúa

⁷⁴.- Véase, por todos, MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 351; DEL MISMO, *Los delitos*, p. 264 ss.

⁷⁵.- El texto punitivo se acomoda en definitiva a la Ley de Protección de Datos y a la propia Constitución. Véase, por todos, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1004. Para los requisitos y condiciones de máxima seguridad (<<nivel alto>>) que deban reunir los ficheros y personas que intervengan en el tratamiento de los datos "especialmente sensibles" a que se refiere el artículo 7 véase el comentario de MARTINEZ SANCHEZ, *Reglamento*, p. 7., con relación al Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal en desarrollo del artículo 9-3 de la LO 15/1999.

⁷⁶.- Véase, por todos, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1004 (en el mismo sentido CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 294). En el mismo sentido JORGE BARREIRO, *Comentarios*, p. 577.

⁷⁷.- Para una propuesta más detallada véase, también en lo que sigue, LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 226 ss.

⁷⁸.- También es partidaria de encuadrar el sentido de tutela de este precepto en la misma línea de defensa antidiscriminatoria LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 287 y 288. En el mismo sentido COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial II*, p. 33. En contra, sin embargo, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 150 s.

⁷⁹.- Así, por ejemplo, el grupo de minusválidos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 2ª, de 14 de julio de 1998) o de personas con SIDA (STS 18 febrero 1999).

⁸⁰.- MORALES PRATS, *Comentarios*, pp. 351, 325 y 326.

entre las consecuencias inmediatas de la conducta para el sujeto directamente afectado en su intimidad y el daño que puede derivarse para el conjunto del grupo que se define por las características ideológicas, religiosas, etc., de los datos en cuestión. La conducta es más grave porque en definitiva dificulta de forma cualitativamente más intensa que se puedan llegar a alcanzar condiciones de igualdad en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales así como en el acceso a los bienes sociales para determinados grupos sociales. El ataque a la intimidad en su núcleo abre la posibilidad de que se anude al miembro o miembros del colectivo en cuestión un sin fin de conductas perjudiciales de toda índole que permitan reforzar y actualizar el sistema discriminatorio contra dicho grupo vulnerable. Esta afección más intensa del principio de igualdad real o material nos remite así a una agravación atenta al sesgo discriminatorio de la conducta y, en particular, a su dimensión supraindividual de daño. Pero se trata de una propuesta más genérica y diluida que el sentido de tutela que se proponía para los preceptos estrictamente antidiscriminatorios con relación a las condiciones de seguridad existencial de grupos especialmente vulnerables.

5. El delito de **utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza** del artículo 161-2º in fine no puede ser tampoco calificado en sentido propio como un precepto antidiscriminatorio⁸¹. Su sentido de tutela, en una consideración de conjunto del apartado segundo de dicho artículo⁸², no es unívoco y respecto de su último inciso los términos literales que se restringen a mencionar la “raza” como única causa de la selección, perfilan una disposición preventiva de corte estrictamente **“antirracista”**.

Haber otorgado relevancia únicamente a la “selección racial” separa a esta figura, una vez más y de forma aún más evidente en este caso, de la lógica “homogeneizadora” y de “coherencia” con el principio de igualdad al prescindirse de la referencia a otras causas o motivos de selección como la de tipo sexual, etcétera. Lo cual entronca con una interpretación que acoja tal restricción como reflejo del principio de **fragmentariedad** de la intervención penal. De esta forma el legislador se habría decidido a incriminar, dentro del ámbito de los llamados delitos de manipulación genética, únicamente la utilización de aquellos procedimientos que se demuestran como verdaderamente peligrosos para los bienes jurídicos en juego⁸³. La prohibición de la conducta no persigue tutelar cualquier predeterminación genética artificial sino una protección fragmentaria de la **integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial**⁸⁴.

Las razones que hablan a favor de una consideración particular, por su especial gravedad, de las conductas de selección “racial” son de naturaleza histórica. El sistema de tutela jurídica antidiscriminatoria como una vía de protección reforzada frente a la idea de la igualdad se perfila históricamente a partir de la cuestión racial en los Estados Unidos. El especial potencial discriminatorio de conductas diferenciadoras perjudiciales que tengan que ver con la “raza” está por ello fuera de discusión. Pero además de este argumento general, la disposición preventiva relativa a la selección racial, precisamente en el ámbito de la manipulación genética, apunta directamente a la **relación histórica “privilegiada” entre las prácticas eugenésicas que se impulsaron en el régimen de terror del nazismo alemán y el programa de eliminación genocida racista que se desarrolló en la segunda guerra mundial**. Al margen de que la eugenesia y el racismo como corrientes ideológicas sean teóricamente autónomas,

⁸¹ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 307 ss., donde se desarrolla de forma extensa una propuesta interpretativa del artículo 161-2º *-in fine-* que parte de una aproximación histórico-conceptual de la relación entre el fenómeno discriminatorio y las prácticas eugenésicas (p. 310 ss.) como base sobre la que derivar criterios hermenéuticos para poder abordar la interpretación de *lege lata* (p. 331 ss.), sugiriendo, como colofón, en términos críticos, una propuesta de *lege ferenda* (p. 340 ss.) que sea adecuada a las manifestaciones eugenésicas contemporáneas (<<neoeugenesia>>) y se coordine sistemáticamente con el “resto” de preceptos “antidiscriminatorios” del Código penal.

⁸² .- El apartado 2º hace referencia a las conductas de “creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”. Sobre la conveniencia de interpretar este precepto como regulador de dos conductas diferenciadas –crear seres humanos por clonación y, por otro lado, utilizar procedimientos de selección de la raza-, véase ROMEO CASABONA, *El derecho*, p. 128 ss.; y, también, MORILLAS CUEVA, *Curso*, p. 187; SUAREZ GONZALEZ, *Comentarios*, p. 457. Crítico, por todos, con la confusa redacción DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados*, p. 70.

⁸³ .- Para una visión de conjunto sobre la discusión del bien jurídico tutelado véase, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados*, p. 59 ss. y, también, ROMEO CASABONA, *La persona*, p. 6; DEL MISMO, *Límites penales*, p. 187 ss.

⁸⁴ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 332 ss.

su confluencia histórica en la Alemania de Hitler marcó a fuego en la conciencia de la humanidad el especial potencial racista y discriminatorio que las prácticas de mejora de la especie albergan⁸⁵.

Por ello el artículo 161-2º in fine parece operar su tutela fragmentaria en atención precisamente a la amarga experiencia histórica nazi y se configura como una suerte de “**concreción preventiva antigénica**” relativa a los procedimientos de selección de la “raza”.

La interpretación de lege lata, sin embargo, no debe oscurecer los **aspectos más criticables** del precepto que, más allá de la falta de rigor gramatical o de la inclusión del polémico término “raza”, se cifran en una excesiva orientación al pasado histórico –nazi- y al racismo “biologicista” que se encontraba en su base. Una consideración de la realidad sociológica actual de las prácticas racistas, xenófobas y discriminatorias en la sociedad española y de la impronta ideológico-cultural del racismo (“racismo cultural”) hubiera debido alejar la configuración del precepto del referente histórico-simbólico y por ello debería haberse prescindido de una disposición preventiva específicamente antirracista en el ámbito de la manipulación genética. Hubiera bastado así con los preceptos antixenófobos y “antidiscriminatorios” generales que tienen la ventaja de enfocar el problema en su raíz ideológico-cultural sin el riesgo de dar, como en el caso del art. 161-2º, una apariencia pseudo-científica a la cuestión “racial” que no contribuye sino a fortalecer los prejuicios racistas al abrigo de la pantalla ideológica de tipo biológico-genético que puede generar⁸⁶.

5. Reflexión final.

El análisis de las distintas figuras que integran el modelo de intervención penal antirracista, antixenófobo y, en un sentido más amplio, antidiscriminatorio, que subyace al CP 1995 ofrece un balance inevitablemente sombrío tanto desde un punto de vista político-criminal cuanto en su plasmación técnica.

Respecto del modelo de intervención, si bien es cierto que sería difícilmente defendible la conveniencia de que el ordenamiento penal de cualquier sociedad de Europa occidental no presentara al día de hoy alguna figura destinada a amenazar con una pena las conductas xenófobas más graves no es, sin embargo, menos cierto que las manifestaciones más agresivas y violentas del racismo requieren de un programa equilibrado de reacción en donde la política social y las iniciativas jurídicas tanto penales como, sobre todo, no penales sean objeto de una proporcionada ponderación. Proporción que resulta ser sin embargo la gran ausente en el diseño político-criminal una veces por defecto y otras por exceso. En efecto, la situación anterior a la Reforma de 1983 cuando no se contaba con ninguna figura penal en la materia, con flagrante incumplimiento, por cierto, de los Convenios internacionales en la materia, sería hoy insostenible por deficitaria. El movimiento pendular brusco que desde entonces se inició desembocó en una carrera sin freno que llevó al legislador, probablemente sin tener conciencia de ello, a un panorama normativo desproporcionadamente punitivo desde todo punto de vista.

El exceso no se restringe al número de figuras –hasta once- ni al hecho de que su irrupción entre nosotros se haya hecho sin tener en cuenta que no había una tradición legislativa ni interpretativa con las dificultades que ello haya de deparar, sino al salto cualitativo que ha representado el ampliar el objeto de regulación desde algunas conductas racistas o xenófobas al mucho más amplio de comportamientos de transgresión del principio de igualdad. La política criminal se configura como antidiscriminatoria en la línea de los programas de promoción de la igualdad pero nada menos que en sede penal.

Tal modelo político-criminal resulta así *sui generis* en comparación con la forma de intervención de los países de nuestra área de cultura y a pesar de que el problema del racismo o la xenofobia no se plantea entre nosotros con la crudeza ni con la prolongación en el tiempo de países como Alemania o Gran Bretaña, es aquí donde paradójicamente la respuesta penal es más amplia y contundente.

La aparente contundencia y el despliegue de preceptos, sin embargo, no van acompañados de técnicas de tipificación suficientemente precisas tarea, por otra parte, prácticamente imposible cuando el punto de partida es el de acoger como objeto de tutela la aspiración antidiscriminatoria respecto de los más variados grupos raciales, étnicos, nacionales, ideológicos, religiosos, sexuales, etcétera.

Desde este contexto legislativo y de derecho comparado y desde el convencimiento de que en esta materia el legislador ha ido mucho más allá de lo necesario y oportuno es pues desde el que deben valorarse los

⁸⁵.- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 310 ss.

⁸⁶.- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 340 ss.

esfuerzos en esta sede por presentar una interpretación de *lege lata* restrictiva y coherente en términos sistemáticos. Tanto los preceptos en línea con los modelos europeos como los que responden a la agravación o cualificación según el patrón estadounidense han sido por ello sometidos a una lectura interpretativa que hemos de reconocer que en cierto sentido “lucha contra la letra de la ley” pero no hasta el extremo de pasar por encima de ella. Tal intento entendemos que es la única vía para poder dotar a este vasto conjunto legislativo de ciertas dosis de racionalidad y evitar que se desvíe en su aplicación hacia la eterna tentación de usar el derecho penal como instrumento de censura ideológica.

La provocativa tesis, presentada de forma necesariamente esquemática, que está en la base de prácticamente todas las figuras analizadas de que no nos encontramos, en definitiva, ante preceptos “antidiscriminatorios” sino ante prohibiciones penales que deben activarse únicamente en contextos en que la conducta se muestre peligrosa para todo un colectivo, debería cumplir la función de abrir un debate que habría de conducirnos a más tardar a medio plazo a una profunda reforma legislativa que introduzca en los preceptos a estudio dosis de concreción que permitan desplegar al derecho penal el tantas veces invocado pero aquí sistemáticamente negado principio de *ultima ratio*. Mientras tanto no queda sino seguir en el afán de hacer operativas las nuevas figuras pero no al precio de que se desconozcan ni los principios irrenunciables para un Estado de libertades ni el ámbito legítimo de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ALVAREZ, Gregorio, “**La protección** contra la discriminación del extranjero en el Código penal” en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada 5, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 301-357.
- BARQUIN SANZ, Jesús, “**Apología de la discriminación** por motivo de origen o de creencias” en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de apología a la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.)/Miguel BAJO FERNANDEZ (Coord.), Edersa, Madrid, 1997, pp. 391-401.
- BARQUIN SANZ, Jesús, “**Apología del genocidio**” en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de apología a la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.)/Miguel BAJO FERNANDEZ (Coord.), Edersa, Madrid, 1997, pp. 375-380.
- BEISEL, Daniel, “**Die Strafbarkeit** der Auschwitzlüge” en *NJW* 1995, pp. 997-1001.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- BUENO ARUS, Francisco, “**La discriminación** racial y el Código penal español” en *AP* 1994, pp. 91-116.
- CANCIO MELIA, Manuel, *Comentarios al Código penal*, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZALEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I y II, Coord. Tomás S. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/VIVES ANTON, Tomás S., *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I y II, Coord. Tomás S. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZALEZ CUSSAC, José Luis en VIVES ANTON, Tomás S. *et alter*, *Derecho penal. Parte especial*, tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 1999.
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal: parte general (Lecciones 26-40)*, UNED, Madrid, 1997.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 5ª ed., 1999.
- COBOS GOMEZ DE LINARES, Miguel Angel, *Derecho penal. Parte especial II* (Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio I), Luis RODRIGUEZ RAMOS/Miguel Angel COBOS GOMEZ DE LINARES/José Miguel SANCHEZ TOMAS, servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense, Madrid, 1997.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 25 de febrero de 1983, Núm. 10-I**, Proyecto de Ley. Reforma urgente y parcial del Código penal (Orgánica).
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1995, V legislatura, **Núm. 125, Sesión Plenaria** Núm. 123, celebrada el jueves, 16 de febrero de 1995.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “**Observaciones** en torno a las nuevas figuras de apología” en *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*, Nº 1757, Año XLIX, 5 octubre 1995, pp. 87-116.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I y II, Coord. Tomás S. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “**El denominado** delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales” en *Poder Judicial* 56, pp. 63-117 (también publicado en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Coord. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermin MORALES PRATS, Aranzadi, 2001, pp. 1125-1166).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, Jose Luis, “**Los llamados** `delitos de manipulación genética´ en el nuevo Código penal español de 1995” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Número 5, Julio-Diciembre 1996, pp. 49-75.
- DIEZ RIPOLES, José Luis, “**La atenuante** de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia” en *ADPCP* 1979, pp. 93-139.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “**Reflexiones** sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código penal)” y “Addenda a <<Reflexiones sobre los delitos de genocidio>>” en *La Ley*, Número 4693 (1998), pp. 1-12.
- FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José, “**De los delitos** contra los derechos de los trabajadores” en *La Ley*, Número 4031 (1996), pp. 1-9.
- FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, “**La discriminación** en la jurisprudencia constitucional” en *La Ley (Relaciones Laborales)*, I (1993), pp. 151-178.
- GARCIA-PABLOS, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, tecnos, Madrid, 1999.

- GOMEZ NAVAJAS, Justa, “**Apología** del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)”, *La Ley*, Número 4790 (1999), pp. 1-10.
- JAKOBS, Günther, “**Kriminalisierung** im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung” en *ZStW* 97 (1985), pp. 751-785.
- JORGE BARREIRO, Agustín, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- KÜBLER, Friedrich, “**Rassenhetze** und Meinungsfreiheit. Grenzüberschreitende Aspekte eines Grundrechtskonfliktes” en *Archiv des öffentlichen Rechts* 125 (2000), pp. 109-130.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “**La regulación** alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva <<Ley de lucha contra la Criminalidad>> (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 24 de octubre de 1994” en *ADPCP* 1996, pp. 529-589.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “**Impedimento** de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales” en *Delitos contra la Administración Pública*, Adela ASUA BATARRITA (ed.), IVAP, Bilbao, 1997, pp. 351-377.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, **La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código penal)**, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “Discriminación y **prácticas eugenésicas**: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2º *in fine* del Código penal de 1995” en *La eugenesia hoy*, Carlos María ROMEO CASBONA (ed.), Comares, Bilbao-Granada, 1999, pp. 307-348.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “**La llamada** <<mentira de Auschwitz>> (art. 607.2 CP) y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998) en *AP* 1999, pp. 689-715.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, **La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la <<normativa antidiscriminatoria>> del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)**, Comares, Granada, 2001.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “**La discriminación** en el Código penal de 1995” en *Estudios penales y criminológicos* XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, pp. 219-288.
- LOPEZ GARRIDO, Diego/GARCIA ARAN, Mercedes, **El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador** (Comentario al texto y al debate parlamentario), Madrid, 1996.
- MARTIN SANCHEZ, Isidoro, **El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal**, tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MARTINEZ SANCHEZ, Mar, “**Reglamento** de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal” en *Actualidad Aranzadi* 35 (2000), pp. 1 y 6-8.
- MIR PUIG, Santiago, **Derecho penal. Parte general**, Barcelona, 5ª ed., 1998.
- MORALES PRATS, Fermín, “**Los delitos** contra la intimidad en el Código penal de 1995: reflexiones político-criminales” en *Estudios de Derecho judicial*, 2, Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial), Dir. Tomás VIVES ANTON/José Luis MANZANARES SAMANIEGO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 239-282.
- MORALES PRATS, Fermín, **Comentarios al nuevo Código penal**, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. Fermín MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 1999.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, **Curso de derecho penal español. Parte especial I**, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial pons, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARAN, Mercedes, **Derecho penal. Parte General**, tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 1998.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, **Addenda al curso de Derecho penal español. Parte especial (Tomos I y II, recogiendo todas las reformas legislativas producidas desde la publicación del Código penal de 1995)**, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, **Curso de Derecho penal español. Parte especial II**, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial pons, Madrid, 1997.
- PRATS CANUT, José Miguel, **Comentarios al nuevo Código penal**, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. Fermín MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 1999.
- PUYOL MONTERO, Francisco Javier, **Código penal. Doctrina y Jurisprudencia**, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- REIG REIG, José Vicente, **Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)**, Coord. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1998.
- RODRIGUEZ DEVESA, Jose María/SERRANO GOMEZ, Alfonso, **Derecho penal español. Parte especial**, Dykinson, Madrid, 18ª ed., 1995.

- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel/FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, **Igualdad y Discriminación**, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, "La persona entre la biotecnología, la bioética y el derecho" en *Folia Humanistica* 276 (1986), pp. 3-37.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, "Límites penales de las manipulaciones genéticas" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Volumen III, Fundación BBV (ed.), Bilbao, 1994, pp. 173-212.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, "El Derecho penal ante el racismo y la eugenesia" en *Eguzkilore*, Número Extraordinario 11 (III Coloquio Internacional. `1997: Año Europeo contra el racismo`), A. BERISTAIN/J.L. de la CUESTA (Comp.), Diciembre 1997, pp. 105-135.
- SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, "La responsabilidad de las autoridades ante desordenes públicos racistas (Comentario tardío, pero actual, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994)" en *CPC* 70 (2000), pp. 245-263.
- SENADO, *Boletín oficial de las Cortes Generales*, V legislatura, Serie II: **Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)**, Enmiendas.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, **Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)**, Coord. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1998.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, **El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales**, Bosch, Barcelona, 1997.
- SILVERMAN, Emily, "Haßdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit" en *ZStW* 107 (1995), pp. 649-658.
- SILVERMAN, Emily, "Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión", trad. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, en *CPC* 63 (1997), pp. 689-699.
- STRATENWERTH, Günter, "Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale" en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Hans WELZEL/Hermann CONRAD/Armin KAUFMANN/Hilde KAUFMANN (Hg.), Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, pp. 171-191.
- SUAREZ GONZALEZ, Carlos, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- TAMARIT SUMALLA Josep María, **Comentarios al nuevo Código penal**, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. Fermín MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M., **Derecho penal de la empresa**, Trotta, Madrid, 1995.
- TORIO LOPEZ, Angel, "Los delitos de peligro hipotético" en *ADPCP* 1981, pp. 825-847.
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, München, 49. Auflage, 1999.
- VIVES ANTON, Tomás S./CARBONELL MATEU, Juan Carlos en VIVES ANTON, Tomás S. *et alter*, **Derecho penal. Parte especial, tirant lo blanc**, Valencia, 3ª ed., 1999.
- WANDRES, Thomas, **Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.