

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, 302 págs

LA POLITICA 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)

**Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA
Prof. Titular –interino- de Derecho penal
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea**

(Dedicataria del libro)

Al Prof. Dr. Michael KÖHLER

NOTA DEL AUTOR

El presente estudio debe considerarse como la “continuación natural” de lo que fue mi trabajo de investigación doctoral y que ya publiqué bajo el título *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal)*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999. La amplia gama de preceptos específicamente antixenófobos y antidiscriminatorios obligó a posponer entonces su estudio para centrarme en lo que entendía que era la “piedra angular” del sistema: el delito de provocación del artículo 510 CP. Pero faltaba dar una visión global del “sistema penal antixenófobo y antidiscriminatorio” que permitiera una comprensión más adecuada del modelo político-criminal subyacente al Código vigente y que orientara la interpretación y coordinación sistemática de todas las figuras delictivas de este vasto conjunto normativo. A este fin por tanto se dirige esta contribución.

Quisiera aprovechar la ocasión para expresar mi agradecimiento a quienes de forma especial han contribuido a facilitar el resultado final. En primer lugar a la Prof. Dra. Adela ASUA por su disposición permanente a la discusión científica y que ha resultado ser, una vez más, una interlocutora privilegiada y generosa con la que poder contrastar, profundizar, enriquecer, corregir y matizar las diversas tesis que se sugieren en el libro. En segundo lugar, al Prof. Dr. Michael KÖHLER quien me ha brindado permanentemente su hospitalidad en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Hamburgo y con el que la coincidencia en el interés por la discusión científica de los aspectos jurídico-penales y jurídico-constitucionales implicados en la llamada “negación del holocausto” (<<mentira>> de *Auschwitz*)¹ ha contribuido a una discusión particularmente intensa y enriquecedora. Gracias de igual manera a su secretaria Doña Lisa KARIMI por su efectividad en lo profesional y cercanía en lo personal.

También quisiera mostrar mi agradecimiento al Prof. Dr. Carlos María ROMEO CASABONA que desde el primer momento aceptó y facilitó la publicación del libro en esta colección y al director de la editorial D. Miguel Angel DEL ARCO TORRES.

Desearía también hacer constar las instituciones sin cuya ayuda financiera no hubiera sido posible este trabajo. En primer lugar a la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea por financiar el **Proyecto de investigación UPV 122.224-HA 178/98 sobre la <<Tutela jurisdiccional de las minorías>>**. En segundo lugar al Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco gracias a cuyo “Programa de perfeccionamiento y movilidad de personal investigador” pude desarrollar una estancia científica en la Universidad de Hamburgo los meses de Julio y Agosto de 1999. Y, finalmente, al Servicio de Intercambio Académico Alemán – DAAD- que ha posibilitado una nueva estancia en el Seminario de Filosofía del Derecho de la mencionada Universidad durante el mes de agosto de 2000.

Por último, lo fundamental: gracias a ti Ana y a Fran.

¹.- Véase su aportación, fundamental, "Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten" en *NJW* 1985, pp. 2389-2391, con una lúcida y penetrante crítica contra este tipo de figuras.

SUMARIO

ABREVIATURAS	7
1.- INTRODUCCION.....	9
2.- HISTORIA LEGISLATIVA DE LA LLAMADA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA: A LA BUSQUEDA DE LA "COHERENCIA" CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	16
2.1. La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal y los preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios.....	16
2.1.1. La asociación ilícita que promueva la discriminación racial o incite a ella.....	18
a. El antecedente legislativo de la Ley 23/1976, de 19 de julio: el primer precepto "específicamente" antidiscriminatorio.....	18
b. La Reforma de 1983 y el delito de asociación ilícita para promover la discriminación.....	20
b.1. Ausencia de una política criminal específicamente antirracista.....	21
b.2. El grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales y la indeterminación típica.....	22
2.1.2. Los delitos de (actos de) discriminación en el ámbito del servicio público.....	24
a. La discusión del Proyecto.....	24
a.1. Enmiendas referidas a las causas de discriminación.....	24
a.2. Denegación de prestación discriminatoria fuera del ámbito del servicio público.....	25
b. Discusión en la Doctrina.....	26
b.1. Discriminación entre particulares.....	27
b.2. Las causas o supuestos de discriminación.....	29
2.1.3. Recapitulación.....	30
2.2. 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.....	32
2.2.1. La situación española frente a la inmigración: el "nacimiento" del "problema xenófobo".....	33
a. Comienzo de los flujos de inmigración en España y diferentes tipos de inmigrantes: aparición de la "inmigración económica".....	34
b. Interpretación del fenómeno de la "inmigración económica" como realidad socialmente "construida".....	35
b.1. La "construcción" jurídica del inmigrante.....	35
b.2. Relevancia del dato del origen étnico de los inmigrantes.....	38
b.3. El papel de los medios de comunicación social.....	39
b.4. Recapitulación.....	39
c. La reacción xenófoba social y su reinterpretación "oficial".....	40

2.2.2. La Proposición de Ley relativa a la apología del genocidio y su discusión.	43
a. La idea inicial: tipificación de la apología del delito de genocidio.	43
b. La fase de enmiendas: propuesta de delito de provocación y de una agravante genérica por motivos xenófobos.	45
c. Extensión del ámbito punible a conductas lesivas de la "igualdad"	47
d. Algunas conclusiones en torno al proceso legislativo de la Ley de 1995.	50
2.2.3. La nueva normativa penal antixenófoba de la Ley de 1995.	51
a. Peculiaridades del concepto de apología en la Ley de 1995.	52
b. Aspectos más significativos del delito de provocación del artículo 165 ter.	54
b.1. Apología de un acto no delictivo.	55
b.2. Las causas de referencia del delito de provocación.	57
b.3. La discriminación como objeto de la provocación y la discriminación entre particulares.	58
b.4. Valoración final.	59
c. La nueva agravante genérica.	60
d. Valoración global de la Ley de 1995.	63
2.2.4. Interpretación de la política penal antixenófoba de la Ley de 1995 a la luz del contexto sociológico y jurídico previo.	66
a. La lógica del legislador.	68
b. La Ley de 1995 como legislación "simbólica"	68
3. LA NORMATIVA PENAL ANTIXENÓFOBA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.	72
3.1. Preceptos en la línea del modelo político-criminal europeo: el delito de provocación y figuras penales relacionadas.	78
3.1.1. El "delito de provocación": la "piedra angular"	79
a. El Proyecto de Código penal de 1992 y el delito de provocación xenófoba.	80
b. El Proyecto de Código penal de 1994 y el delito de provocación xenófoba.	82
b.1. La ampliación del objeto de la incitación -el odio y la violencia- y la nueva "injuria provocadora".	83
b.2. El "antisemitismo" como causa específica en el delito de provocación.	85
b.3. Ampliación final del precepto mediante incorporación de nuevas causas no xenófobas: del delito de provocación xenófoba hacia la protección antidiscriminatoria.	85
c. Conclusiones: historia legislativa y orientación interpretativa de <i>lege lata</i>	87
3.1.2. Denegación discriminatoria de prestación.	91
3.1.3. Delito de discriminación laboral.	100
3.1.4. La negación del genocidio ("mentira de <i>Auschwitz</i> ").	106

3.1.5. El delito asociativo de promoción de la discriminación.....	112
3.2. Preceptos en la línea del modelo político-criminal de los Estados Unidos: la agravante y los delitos cualificados.....	115
3.2.1. La nueva agravante genérica (art. 22-4º).....	116
a. Génesis legislativa del precepto.....	117
b. Valoración doctrinal. Toma de postura.....	119
b.1. Fundamento de la agravante y peligro de la incriminación de la actitud interna.....	119
b.2. El problema añadido de la indeterminación típica. Consecuencias: análisis jurisprudencial.....	125
b.3. Valoraciones político-criminales.....	130
3.2.2. Tipos cualificados y la figura especial de manipulación genética.....	132
a. Amenazas dirigidas a un grupo étnico o a cualquier otro grupo (art. 170-1 CP).....	132
a.1. La delimitación entre el delito de “amenaza colectiva” (art. 170) y el delito de “provocación” (art. 510): amenaza “directa” e “indirecta”.....	136
a.2. La confusión y solapamiento de la “lógica antidiscriminatoria” y la “lógica antiterrorista”.....	140
a.3. A modo de recapitulación y consideraciones de <i>lege ferenda</i>	142
b. El tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos relativo a datos de carácter personal (art. 197-5º).....	144
c. Manipulación genética dirigida a la selección de la “raza” (art. 161-2º).....	148
4. CONCLUSIONES FINALES (I). VALORACIÓN DE LA INCORPORACIÓN ACUMULATIVA Y EXPANSIVA DE LAS DIVERSOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES.	153
5. CONCLUSIONES FINALES (II). EL SISTEMA PENAL ANTIXENÓFOBO Y ANTIDISCRIMINATORIO DE <i>LEGE LATA</i> : UNA VISIÓN FINAL (INTRASISTEMÁTICA) DE CONJUNTO.....	159
BIBLIOGRAFÍA.....	169

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
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 discriminación racial de 21 de diciembre de 1965
<i>Coord</i>	Coordinador/es
CP	Código penal de 1995
CPC	Cuadernos de Política Criminal
<i>DOC</i>	Diario Oficial de las Comunidades
<i>Dir</i>	<i>director/es</i>
<i>Ed</i>	<i>editor/es</i>
<i>FD</i>	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
<i>HP</i>	Hechos probados
<i>IVAP</i>	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
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 4/2000 (nueva Ley de extranjería)	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
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
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

1.- INTRODUCCION.

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 precedentes. Por aludir únicamente a grandes trazos a las figuras más relevantes se ha incorporado desde una agravante genérica que castiga la comisión de *cualquier* delito por motivos racistas, étnicos, ideológicos, discriminatorios, etcétera (art. 22-4º CP), hasta un precepto dirigido contra la provocación a la discriminación, odio o violencia por razones similares (art. 510 CP), pasando por la incriminación de conductas de denegación discriminatoria de prestaciones en el servicio público o en el ejercicio de actividades industriales o profesionales (art. 511 y 512 CP), la discriminación grave en el ámbito laboral (art. 314 CP), la difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio (art. 607-2 CP) y un largo etcétera³.

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 un prolijo elenco de figuras delictivas cuya redacción literal parece ser el 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.

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* y las monografías de BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*; BORJA JIMENEZ, *Violencia*; y LANDA GOROSTIZA, *La intervención*. 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 cuáles 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. Es precisamente este estado de la cuestión, motivado en cierta medida por la novedad de la regulación y por la falta de tradición en la interpretación de este tipo de figuras delictivas, el que justifica en gran parte la presente contribución y constituye a la mera tarea de deslindar a qué preceptos nos estamos refiriendo en uno de los objetivos a perseguir en esta sede.

⁴.- Sobre la necesidad de diferenciar la igualdad del concepto, más restringido, de la prohibición de 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.

Si atendemos a los términos en que se plantea la discusión político-criminal propia de las sociedades postindustriales⁵ podría afirmarse, tras una primera aproximación superficial, que la intervención penal contra la xenofobia y la discriminación se ha “expandido” para hacer frente a las nuevas coordenadas sociales de un mayor rechazo al inmigrante, al extranjero, al diferente⁶. Sucesos como el asesinato en su día de la inmigrante dominicana Lucrecia (noviembre 1992) a manos de un grupúsculo neonazi⁷ o, más recientemente, acontecimientos como los de El Ejido (febrero 2000) por su enorme gravedad vendrían, al parecer, a otorgar carta de legitimidad a una intervención jurídico-penal más decidida y ambiciosa que <<ponga bajo control eficaz>> el <<nuevo problema>> del racismo y la xenofobia. El legislador penal, con otras palabras, no habría hecho sino responder con prontitud y diligencia ante una <<necesidad evidente>> de protección (¿penal?).

La alta carga emotiva e ideológica que rodea la discusión relativa a las prácticas de racismo y xenofobia –y por extensión las de naturaleza discriminatoria- contribuye a ocultar, sin embargo, otras perspectivas de análisis que apuntan a una valoración político-criminal mucho más crítica. Conviene ya avanzar y subrayar la enorme rapidez del proceso legislativo que ha determinado que en el lapso aproximado de doce años que discurren entre la Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983⁸ y el nuevo CP de 1995 se haya pasado de presentar un modelo político-criminal claramente deficitario e insuficiente con relación a los estándares de derecho comparado e

⁵.- Nos referimos al debate tal y como lo plantea, por todos, SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 15 ss. Véase también la descripción del estado de la cuestión en Alemania que se expone en la interesante y reciente monografía de “habilitación” de WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 21 ss., aunque más centrada en los problemas relativos a los delitos de peligro.

⁶.- Más adelante volveremos sobre la cuestión de hasta qué punto la situación social “justifica” o, más precisamente, es un factor explicativo de suficiente peso argumental como para hacer comprensible una intervención penal tan masiva como la que, a mi juicio, representa la nueva normativa del CP. Baste por el momento con constatar que efectivamente a finales de la década de los 80 y principios de los 90, coincidiendo con la transformación de país de emigración en país receptor de inmigración, comienzan a aparecer en el Estado español los primeros brotes de racismo y xenofobia contra la inmigración “económica” de baja cualificación. Véase, por todos, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 220 ss., especialmente p. 228 ss. Y, también, ARAGON BOMBIN, *Diez años*, p. 57.

⁷.- Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 1994 y la del TS de 18 de marzo de 1996.

⁸.- Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Desde ahora referida como <<Reforma de 1983>>.

Si consideráramos dentro de las figuras penales correspondientes a la normativa antixenófoba la del **genocidio**, nos deberíamos remontar a la reforma de 15 de noviembre de 1971 por medio de la cual se introdujo este comportamiento delictivo en el Código penal, poco después de la adhesión del Estado español (13 de septiembre de 1968) a la Convención internacional sobre el genocidio de 9 de diciembre de 1948. Véase, por todos, GIL GIL, *Derecho*, p. 204 ss. Sin embargo, 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 entiendo 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”.

internacional de nuestro ámbito de cultura, a otro modelo que, como en las páginas siguientes se dará cuenta, puede calificarse como de los más “expandidos” y amplios: esto es, como aquél que por el número y variedad de figuras delictivas, por las técnicas de tipificación empleadas y por el posible ámbito punible sobre el que aquéllas se hacen bascular, determina uno de los potenciales de prohibición penal de conductas –e incluso de meras opiniones- más extensos del mundo occidental⁹.

Esta expansión sin precedentes trae causa, entre otros factores determinantes, en un legislador, si se permite la expresión, especialmente “irracional” en el que han actuado impulsos y resonancias puramente ideológicas y simbólicas como elemento determinante a la hora de optar por unos tenores típicos que traslucen una manifiesta confusión conceptual así como un desconocimiento, cuando menos sospechoso, de la realidad empírica y social a que debería dirigirse posteriormente la llamada normativa.

La hipótesis que ya avanzamos apunta a unos modos de regulación jurídico-penal propios sin duda de lo que, críticamente, se viene denominando como derecho penal <<moderno>>¹⁰. Bien es cierto que no se trata de un sector de intervención que sea tomado preferentemente en cuenta como tema central en la discusión dogmática y político-criminal sobre la expansión del derecho penal¹¹. Ahora bien, a pesar de que no ocupe el centro del debate, los nuevos sectores de intervención del derecho penal moderno no se restringen únicamente a aquellos ámbitos amenazados por los riesgos que entraña el vertiginoso avance tecnológico (energía nuclear, ingeniería genética...) ni la compleja estructura de producción económica (delincuencia socioeconómica), sino que también comprenden –como es el caso que nos ocupa- a sectores de actividad cuya nueva percepción como merecedores y necesitados de tutela responde a la asunción generalizada en la sociedad de determinados valores o principios propios de la filosofía del Estado

⁹- La expresión “mundo occidental” debe relativizarse pues los términos de comparación para caracterizar el modelo político-criminal en nuestro país se ceñirán exclusivamente a Alemania, Austria y Suiza (círculo jurídico germánico), Estados Unidos y Reino Unido –Gales e Inglaterra- (círculo anglosajón) y a Francia, Italia y Portugal (círculo latino o románico). Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 103 ss. Véase, también, la documentada información que presenta, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 17 ss., autor que también estudia la situación en Holanda y Bélgica.

¹⁰.- Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, *El <<moderno>>*, p. 8, que incardina claramente a los artículos 510 y 607 del CP 1995 dentro de aquellas figuras que responden a los principios y tendencias del <<moderno>> derecho penal, calificación que, a mi juicio, cabe extender al conjunto normativo <<antidiscriminatorio>>.

¹¹.- Así, SILVA SANCHEZ, *La expansión*, pp. 18-19 hace referencia básicamente a la delincuencia socioeconómica en sentido amplio y de igual manera en la conclusión pone énfasis principalmente en los delitos económicos (pp. 125-126) como ejemplo paradigmático de los problemas de expansión del derecho penal en la actualidad. Sin duda son múltiples los matices que fluyen a lo largo de dicha monografía y no cabe desconocer que la descripción y valoración respecto de las tendencias expansionistas afecta a otros sectores como, por ejemplo el de la criminalidad organizada o la corrupción político-administrativa, el abuso de poder, la violencia doméstica, el acoso sexual... Ahora bien, parece que es lugar común en la doctrina aludir a la delincuencia socioeconómica en general como sector central –o uno de los sectores centrales- cuando se quieren poner de manifiesto los problemas “expansivos” del derecho penal frente al tradicional derecho penal “nuclear”. Véase, también, recientemente, en la doctrina alemana el análisis de WOHLERS, *Deliktstypen*, pp. 26 y 110, que sitúa, siguiendo a HASSEMER, a la delincuencia socioeconómica en sentido amplio (derecho penal económico y del medio ambiente) como “materia central” del derecho penal “moderno” junto al derecho penal de drogas y estupefacientes o los delitos relativos a la biología molecular, la genética o la medicina reproductiva.

social¹². Se trataría de un ámbito de penetración del instrumento punitivo abonado de forma más clara por factores ideológicos, por ejemplo, de adhesión al principio de igualdad real e interdicción de toda clase de discriminación.

Una tal aspiración de refuerzo vía penal de “determinadas” conductas transgresoras del principio de igualdad o de la prohibición de discriminación no es, vaya por delante, una determinación de fin en abstracto criticable en términos político-criminales. Sin duda no escapa tampoco este sector de la vida social a cambios estructurales de calado en la sociedad postindustrial en la que, siguiendo a SILVA SANCHEZ, los movimientos migratorios y el choque de culturas, junto al dato del paro –sobre todo juvenil- como fenómeno estructural han hecho patente la crisis del modelo del Estado del bienestar y, en cualquier caso, reflejan serios problemas de vertebración interna que se manifiestan, entre otros efectos, en episodios frecuentes de violencia y en una tendencia a percibir al “otro” como un riesgo¹³. Ahora bien, si la aspiración a reforzar con el instrumento penal el principio de igualdad no se ve acompañada de un esfuerzo suficiente de conocimiento del fenómeno social objeto de regulación, para así poder seleccionar aquellas conductas cuya extrema gravedad legitimen el recurso al *ius puniendi*, conforme al principio de fragmentariedad y de *ultima ratio*, el riesgo a que nos exponemos es al de una expansión voluntarista e ideológica –en sentido negativo- del derecho penal que incuba, entre otros, el peligro de poner en manos del Estado un instrumento de represión y limitación inaceptable de derechos fundamentales tales como los correspondientes al ejercicio de la libertad de expresión e ideológica. Dicho peligro, además, será mayor cuanto menos se respeten las garantías que se derivan del principio de legalidad material, esto es, cuanto más difuso y menos taxativo sea el tenor literal de las figuras penales en cuestión.

Pues bien, como intentaré fundamentar en adelante, la confusión conceptual del “legislador” respecto de fenómenos jurídicos diferenciables como el principio de igualdad y la interdicción de discriminación o de fenómenos sociales como el racismo o la xenofobia, a la par que el desprecio por el conocimiento de la situación empírica de los movimientos ideológicos y las prácticas de racismo, xenofobia, discriminación o transgresión genérica del principio de igualdad en la sociedad española, ha desembocado en un panorama normativo en el que los riesgos aludidos se extreman y la tacha de derecho penal puramente simbólico –en sentido negativo¹⁴- parece inevitable. Todo

¹² .- CORCOY BIDASOLO, *Delitos*, p. 23 ss., señala como factores clave del afianzamiento del nuevo derecho penal a los riesgos tecnológicos y los derivados del complejo sistema socioeconómico aunque también alude a la aspiración de consolidar el estado del bienestar y los valores subyacentes a la filosofía del Estado social. A mi juicio, y aunque la autora no hace referencia expresa a los delitos “antidiscriminatorios” en su prolijo y brillante análisis de los más diversos ámbitos delictivos de la Parte Especial, éstos pueden ser perfectamente incardinables como sector de actividad que ha visto impulsada su entrada en el ordenamiento jurídico-penal precisamente para pretender reforzar el valor “igualdad”.

¹³ .- SILVA SANCHEZ, *La expansión*, pp. 23 y 24. Dejamos de lado por el momento, aunque volveremos *infra*, la consideración de hasta qué punto datos como los del paro o el hecho de los movimientos migratorios pueden ser calificados como factores explicativos de una determinada percepción social y en qué medida pueden ser puestos en relación con los resultados de rechazo racista, xenófobo o discriminatorio, incluso violento.

¹⁴ .- Como indica HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht*, p. 555 ss., el calificativo de derecho penal “simbólico” como tal no puede entenderse en todo caso como un reproche. Sólo en la medida en que se produzca una contradicción objetivamente desproporcionada entre efectos latentes y manifiestos de la ley penal, entre apariencia y realidad, con un componente de engaño, cabe hablar de derecho penal simbólico en sentido crítico. Más adelante se habrá de volver sobre la cuestión pero, de cualquier manera, se hace referencia a una contradicción desproporcionada y objetivamente engañosa entre los efectos de tutela que se dice perseguir al aprobar la nueva normativa penal <<antidiscriminatoria>> y

apunta a que la expansión en este sector de actividad ha sido diseñada por un legislador excesivamente politizado e ideologizado que, consciente o inconscientemente, ha obrado en aras de la máxima eficacia de forma voluntarista desconociendo los principios político-criminales subyacentes al derecho penal en un Estado de libertades.

Por lo tanto una parte sustancial de la presente contribución se ha dedicado al estudio de los antecedentes legislativos con el fin de conocer la “lógica” del llamado legislador a la vez que las contradicciones ideológicas en las que, a mi entender, se encuentra preso. Se recurre así al estudio de la historia legislativa para dar un marco explicativo general que permita poner las bases para una revisión de raíz de la comprensión de estos preceptos. La aludida confusión conceptual del legislador se ha transmitido en buena medida tanto al diseño cuantitativo como cualitativo de las figuras a estudio y ha determinado que una de las primeras dificultades a que nos veamos expuestos sea a la de determinar cuáles son y qué sentido de tutela albergan las normas penales que deben ser consideradas específicamente antirracistas, antixenóforas, antidiscriminatorias o, como culmen de amplitud, protectoras frente a transgresiones del principio de igualdad.

Uno de los objetivos que se persigue se cifra en el intento de configurar una clasificación sistemática de la llamada normativa antidiscriminatoria y de tutela del principio de igualdad desde una perspectiva crítica por los rasgos omnicomprensivos y de excesiva criminalización que presentan los contornos típicos de estas figuras en el nuevo Código penal. Al pretender proyectarse la intervención penal sobre un ámbito regulativo tan vasto e indefinido como el que subyace al principio de igualdad, o a la tutela antidiscriminatoria, se ha incurrido en una desfiguración de las imágenes típicas en la descripción legal que, a mi juicio, tensiona hasta el extremo los límites más allá de los cuales el derecho penal no responde ya a las características que deberían acompañarlo dentro del modelo del Estado social y democrático de Derecho. Pero precisamente por la indefinición apuntada se impone como primer problema identificar cuáles son los textos legales que deberían encuadrarse en la reflexión interpretativa respecto de este conjunto normativo.

El objetivo que se postula no responde, sin embargo, a aspiraciones únicamente de ordenación jurídico-formal sino que se ve animado, más allá, por la pretensión de configurar de forma simultánea algunas bases para una propuesta interpretativa de *lege lata* que, sin rebasar ni desconocer el principio de legalidad, permita que se deslicen, dentro del margen de interpretación posible, limitaciones y restricciones del ámbito punible en coherencia con esa actitud crítica que en lo sucesivo vamos a fundamentar y que, de esta forma, faciliten una reorientación de la precomprensión hermeneútica de las figuras antidiscriminatorias que, por una parte, tienda a evitar excesos impropios en el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de libertades y, por otra parte, nos acerque a los parámetros interpretativos de nuestro ámbito de cultura y al verdadero espíritu de intervención que subyacía a las tan traídas y llevadas obligaciones jurídico-internacionales en la materia.

Dicha reorientación del sentido de tutela parte del presupuesto de que se ha producido una cierta malinterpretación del fenómeno social del racismo, la xenofobia y la discriminación por parte

los efectos que efectivamente se desplegarán pudiéndose entonces concluir que más que solucionar con eficacia un problema se perseguía más bien trasladar un mensaje de que se iba a dar una solución aunque ésta no fuera posible con las iniciativas puestas en marcha.

del legislador que le ha llevado a una práctica legislativa que, contra sus propias declaraciones y apelaciones al derecho internacional o al derecho comparado, defrauda, a mi juicio, el sentido de intervención que desde las instancias referidas se alienta. Pero lo más grave, con todo, resulta ser que el camino marcado inicialmente por el legislador en la Reforma de 1983 ha desembocado también en un incipiente cuerpo de doctrina que pone el acento en el potencial de tutela de este conjunto normativo respecto de los derechos “individuales” de los sujetos objeto de discriminación. La inercia del legislador ha arrastrado de alguna manera al conjunto mayoritario de la doctrina hacia un entendimiento de estas figuras penales como el refuerzo en sede criminal de un programa antidiscriminatorio excesivamente atento, a mi juicio, al derecho de la persona a no ser tratada de forma irracionalmente arbitraria en los diversos sectores de actividad sobre los que se proyecta el mandato de igualdad. De alguna manera la dimensión colectiva del problema, esto es, la contemplación del fenómeno del racismo, la xenofobia o la discriminación desde el prisma del equilibrio inestable en el que se encuentran instalados los diversos colectivos étnicos, sexuales, ideológicos, etc... en una sociedad, ha quedado oscurecido e incluso desplazado. Con otras palabras, la visión mayoritaria en derecho internacional y en el derecho comparado de nuestro ámbito de cultura que propugna que el derecho penal en este sector regulativo sea utilizado para hacer frente a situaciones críticas de enfrentamiento social grave entre colectivos sociales hostiles, se transforma entre nosotros en una vía de canalización de demandas de igualdad en relación muchas veces a derechos individuales muy alejadas, en cualquier caso, de albergar riesgo alguno de alteración grave de la convivencia o de enfrentamiento entre grupos sociales.

Este discurrir de la doctrina española hacia un programa antidiscriminatorio penal en clave de tutela de derechos individuales, facilitado sin duda por el diseño legislativo, se ve acompañado en los últimos años por la irrupción de una incipiente jurisprudencia que de forma balbuceante acusa en sus pronunciamientos las dificultades conceptuales y las tendencias expansivas que se han venido apuntando y que desemboca en no pocas ocasiones en resoluciones muy discutibles desde el punto de vista de su eventual desconocimiento del ámbito legítimo de ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión o ideológica. En otras ocasiones, como en el de la agravante genérica del artículo 22-4º CP, se observan además derivaciones hacia una aplicación muy alejada, no ya de las orientaciones del derecho internacional o del derecho comparado, sino incluso de los objetivos más expansivos y difusos que se translucieron en el proceso de gestación legislativo de estas figuras, pretendiéndose llevar sus efectos de endurecimiento de las penas nada menos que a campos de actividad como el del terrorismo. Esta evolución, a mi juicio errática y sumida en la desorientación, debería bastar para comprender la urgencia de una reordenación de los criterios interpretativos en esta materia y para tomar conciencia de que las advertencias sobre los riesgos de una expansión sin medida, irracional, desproporcionada y de pura censura ideológica que este conjunto normativo alberga no son retórica de “teóricos” sino que, por desgracia, constituyen serios peligros de devaluación de la intervención penal según el modelo de un Estado de libertades que están a punto de convertirse en realidad.

Las peculiaridades expuestas con relación al estado de la doctrina y la jurisprudencia justifican la propia estructura del trabajo y ciertas opciones metodológicas. Como se verá, se profundiza mucho más allá de lo que es habitual en el estudio de los antecedentes legislativos de las reformas que antes del CP 1995 vigente iniciaron el camino de la regulación penal de la materia. Además, y de forma paralela, se recogen los pronunciamientos doctrinales que pretendieron arrojar luz sobre la normativa hoy ya historia. Este proceder persigue dar las claves explicativas que permitan entender la situación normativa vigente y los derroteros de la incipiente doctrina. A mi

juicio, un diseño político-criminal tan *sui generis* en el contexto de nuestro ámbito cultural obedece a un proceder legislativo particularmente desafortunado que no se ha sabido detectar y corregir a tiempo y que, fruto de la inercia, amenaza con convertir en definitivo un diseño y una concepción subyacente del sentido de tutela de la intervención antidiscriminatoria que no es el único posible según el marco literal posible de los tipos y que, en cualquier caso, debe ser replanteado si no se quiere incurrir en una aplicación normativa arbitraria, desproporcionada e irrespetuosa con los principios político-criminales legitimadores del Estado social y democrático de Derecho.

El largo análisis de la “lógica” del legislador y de la interpretación histórica de la doctrina dará paso a una clasificación de la normativa vigente que refleje la propuesta interpretativa que debería dar como resultado una reorientación de estos preceptos hacia un sentido de tutela de minorías, de grupos sociales especialmente débiles, “sensibles”, frente a ataques <<colectivos>> de especial gravedad. En este afán se dará cuenta simultáneamente de las posiciones doctrinales divergentes y también se integrará el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales, todavía escasos y dispersos, que servirán de contraste e ilustración de un conjunto de figuras cuyo desconocimiento por la novedad de su regulación entre nosotros requiere de un esfuerzo aún mayor por estimular el debate científico que contribuya a una aplicación garantista y respetuosa que consiga neutralizar los riesgos y peligros que la precipitación en su redacción han exacerbado.

2.- HISTORIA LEGISLATIVA DE LA LLAMADA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA: A LA BUSQUEDA DE LA “COHERENCIA” CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Con anterioridad a la amplia normativa introducida por el vigente CP dos son, esencialmente¹⁵, los momentos legislativos trascendentales en la regulación del tema que nos ocupa: la Reforma de 1983 y, en segundo lugar, la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal (Ley de 1995). 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 al tema que nos ocupa.

2.1. La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal y los preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios.

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 181bis¹⁶ relativos a delitos de (actos)

¹⁵.- Además de lo ya señalado *supra*, pie de página 8, respecto del delito de genocidio, por lo que al delito de **asociaciones** se refiere, en realidad deberíamos remontarnos, como enseguida pondremos de manifiesto, 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. Sin embargo, por razones de claridad expositiva, hemos preferido contemplar el citado antecedente en el contexto 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. Tampoco 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 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.

¹⁶.- 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

de discriminación llevados a cabo en el ámbito del 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 contribuir:

"(...) 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"¹⁷.

Si se comparan los supuestos o causas a que se refiere la conducta típica en los tres preceptos, resulta chocante el hecho de que, mientras los delitos de denegación de prestación -art. 165 y 181 bis- mencionan un amplio número de razones con base en las cuales la conducta resulta típica (origen, sexo, situación familiar, raza...), por el contrario, el delito de asociación ilícita para promover la discriminación se refiere **exclusivamente** a la de tipo racial. A la luz de este dato podría aventurarse la hipótesis de que el legislador contemplaba dos "frentes" diferenciados de actuación: por un lado, el dirigido a la protección del principio de igualdad en general y que se plasma en la introducción de los delitos de (actos de) "discriminación" -denegación de prestación discriminatoria-; y, por otro lado, el referido únicamente a conductas específicamente "racistas" (ni siquiera xenófobas en sentido amplio) en su modalidad asociativa. En este sentido, GARCIA-PABLOS, desde una óptica diferente, coincide en subrayar que la regulación del anterior Código relativa al supuesto asociativo por discriminación racial (art. 173-4º) carecía de lógica desde la perspectiva de protección del artículo 14 de la Constitución española por cuanto la prohibición penal se restringía únicamente al supuesto "racial" no proyectándose sobre otras conductas discriminatorias¹⁸.

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 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.

¹⁷- 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.

¹⁸- El autor admite únicamente a efectos dialécticos que la norma penal deba ser fiel correlato de la declaración constitucional de igualdad para, a continuación, calificar de incoherente la autolimitación del legislador al supuesto único de la discriminación racial, proponiendo como alternativa la desincriminación del apartado -por ésa y otras muchas razones- o su extensión, por coherencia con la finalidad declarada por el legislador, a todos los supuestos discriminatorios contemplados en

Pero dicha hipótesis de dos "frentes" separados -uno antirracista y otro más general de protección de la igualdad- plausible a la luz del tenor literal de los tipos, no responde a la voluntad del legislador como vamos a comprobar con el estudio del delito de asociaciones ilícitas y, particularmente, del de su antecedente inmediato. Más bien parece -tal y como a continuación expondremos- que los tres preceptos responden a un mismo -eso sí genérico y discutible- planteamiento común a pesar de la restricción del delito de asociación por discriminación a lo "racial".

2.1.1. La asociación ilícita que promueva la discriminación racial o incite a ella.

GARCIA-PABLOS destaca que la incriminación en 1983 de la asociación ilícita que promueva la discriminación racial o incite a ella no es sino una declaración "nada novedosa" que reproduce: "(...) con ligeros retoques, un precepto ya conocido en el propio Código penal que fue objeto de numerosas críticas en un pasado próximo"¹⁹.

Efectivamente, la regulación de 1983 viene precedida en el tiempo por la regulación que incorporó al Código penal la Ley 23/1976, de 19 de julio, y que, por primera vez, en el entonces artículo 172-4º, prohíbe como asociaciones ilícitas a aquéllas que "promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica"²⁰.

a. El antecedente legislativo de la Ley 23/1976, de 19 de julio: el primer precepto "específicamente" antidiscriminatorio.

Siguiendo a GARCIA-PABLOS, el anteproyecto del Ministerio de Justicia de la Ley 23/1976 considera oportuna la incriminación de la conducta de asociación ilícita con base en las recomendaciones de las Naciones Unidas. El propio autor, sin embargo, en su profundo estudio de los antecedentes legislativos, califica de "enigmático e impreciso" este supuesto concreto de asociación ilícita del que llega a asegurar que se trata de un criterio nuevo, sin antecedentes y no debatido cuya *ratio legis* vendría a ser "(...) reforzar penalmente el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, siguiendo reiteradas recomendaciones de las Naciones Unidas en esta materia (...)"²¹.

Como se desprende de lo indicado, el primer precepto que contempla de una manera específica el problema del racismo y la xenofobia dentro del Código penal lo hace en el contexto más amplio de la problemática discriminatoria entendida, desafortunadamente a mi juicio, en un sentido

el artículo 14 de la Constitución española. GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 658 ss. A los fines aquí buscados interesa destacar en este momento únicamente el hecho de la "falta de coherencia" del precepto desde el prisma de la protección del principio de igualdad *in toto*.

¹⁹.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 642.

²⁰.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 644.

²¹.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, pp. 300, 84 (especialmente su pie de página 78) y 112.

amplio que se confunde con la aspiración a la tutela del propio principio de igualdad²². Es cierto que la concreta redacción típica no hace referencia literal expresa a dicho principio *in toto*, pero a la luz del altísimo grado de inconcreción del precepto, que alude a la "discriminación"²³ por raza, sexo, religión o situación económica, nos encontramos, sin duda, más cerca de una regulación "genérica" que persigue la protección del principio de igualdad, que de una regulación "*ad hoc*" de la problemática xenófoba o, más estrictamente, "racial" (color de la piel).

Debe destacarse, además, que se opta por iniciar la política antixenófoba y antidiscriminatoria mediante la modificación parcial precisamente del delito de asociaciones y no, a diferencia de la tendencia mayoritaria en el derecho comparado europeo occidental, por un delito de provocación xenófoba²⁴, desconociéndose además con este proceder la obligación jurídico-internacional contenida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de Diciembre de 1965 que exigía incriminar la figura aludida²⁵. Es posible, en consecuencia, aventurar que la Convención de 1965 (discriminación racial), instrumento internacional central en la materia, a pesar de su claro mandato de incriminación de una figura de provocación xenófoba y de encontrarse vigente en nuestro país desde principios del año 1969²⁶, no fue tomada más que como referencia muy lejana -si es que no fue sin más pura y simplemente ignorada- o, en cualquier caso, no fue tomada debidamente en serio, de suerte que es necesario convenir con GARCIA-PABLOS que se trata de un precepto introducido como "concesión a la galería internacional"²⁷ que, en realidad, desconoce las obligaciones internacionales que invoca y no acerca al ordenamiento jurídico-penal al modelo político-criminal que en atención a dichas obligaciones dominaba el panorama legislativo de Europa occidental.

El hecho de que la incorporación del supuesto asociativo "discriminatorio" por razón de raza, sexo, religión o situación económica respondiera a la voluntad de dar aparente cumplimiento a obligaciones internacionales, explicaría además que, la norma introducida no se dirigiera a la realidad española ni a sus necesidades reales en la materia. Como afirma GARCIA-PABLOS nadie había

²².- Sobre la necesidad de diferenciar a efectos jurídico-penales entre las conductas discriminatorias y las transgresoras del principio de igualdad, véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 57 ss., especialmente 84 ss. y 245 ss.

²³.- Véase la crítica de GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 300 ss.

²⁴.- Cuyo equivalente en el ordenamiento español vigente sería el actual artículo 510 CP. Sobre la importancia de esta figura en la política criminal antixenófoba de los diversos círculos jurídicos de Europa occidental, a diferencia de las tendencias legislativas de los Estados Unidos, véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 204 ss.

²⁵.- La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de Diciembre de 1965 [desde ahora *Convención de 1965 (discriminación racial)*] constituye el instrumento internacional básico en la materia. Concretamente su artículo 4 obliga, entre otros mandatos, a declarar "(...) como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación". Para un análisis en profundidad de esta Convención y, en particular, respecto del alcance y repercusión de sus obligaciones, véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 79 ss. (especialmente p. 94 ss.).

²⁶.- La *Convención de 1965 (discriminación racial)* se encuentra en vigor en nuestro país desde el día 4 de enero de 1969. Instrumento de Adhesión y texto completo en castellano en BOE Núm. 118 (17 mayo 1969).

²⁷.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 300.

reclamado un tipo semejante, sino que, simplemente, se procede a legislar "*ad cautelam*" para otorgar de esta manera una protección penal al principio de igualdad reconociéndose su no necesidad en el momento de su introducción pero sin descartarse que pudiera ser útil en el futuro²⁸.

La atención prestada a este antecedente histórico del delito de asociaciones se justifica porque confirma desde el principio una serie de aspectos clave que se convertirán en constantes en los sucesivos procesos legislativos respecto de la normativa penal antixenófoba y protectora del principio de igualdad en nuestro país. Se dice legislar conforme a las obligaciones internacionales pero en realidad éstas no son debidamente atendidas²⁹ dando paso, sin embargo, a regulaciones indeterminadas y difusas, con base en referentes más bien simbólicos e ideológicos al margen de la realidad social a la que se dirigen los preceptos y aspirando a la protección genérica del principio de igualdad en sus diversas manifestaciones y ámbitos (racial, étnico, ideológico, sexual, etcétera) sin restricción.

El hecho de que **desde el inicio** se parta del referente del principio de igualdad en el diseño de las figuras penales agudizará al máximo los problemas. Especialmente los de indefinición y expansión inaceptable de los ámbitos típicos. La voluntad antixenófoba o antirracista se materializa así en sede penal en torno a figuras que se orientan a la protección del principio de igualdad. La evolución no se produce desde la incriminación inicial únicamente de conductas racistas o xenófobas hacia la de otras propias de otros ámbitos del principio de igualdad, sino que desde el comienzo se legisla "en abstracto" por más que -y aunque en el nivel simbólico- se esté pensando en constelaciones de casos del universo conceptual xenófobo. El proceso de "subsunción al revés"³⁰ del legislador, encuentra desde el inicio el denominador común de las conductas xenófobas en el genérico principio de igualdad que es el que se tiende a incriminar, lo que impulsará, como más adelante veremos, a convertir la intervención penal en este campo en una auténtica "política penal antidiscriminatoria y protectora del principio de igualdad".

b. La Reforma de 1983 y el delito de asociación ilícita para promover la discriminación.

Tan enigmática como resultó ser la tipificación del supuesto de asociación ilícita que promoviera la discriminación por razón de la raza, religión, sexo o situación económica en el año 1976, se revela también la supresión en la Reforma de 1983 de todos los supuestos o causas de discriminación en el delito asociativo excepto el referido a la de tipo racial ("Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella")³¹. ¿Quería con ello el legislador otorgar un sentido de protección diferente

²⁸.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 300 ss. y 84.

²⁹.- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 94 ss.

³⁰.- Siguiendo a CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 80, quien hace referencia a la actividad legisladora como un "sistema de <<subsunción al revés>>" mediante el cual se parte de casos concretos para proceder a una regulación de los mismos a partir del común denominador a todos ellos.

³¹.- El artículo 172-4º quedó sin contenido al ser objeto de nueva redacción los artículos 172 y 173 por LO 4/1980, de 21 de mayo. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 754. Nos referimos, en consecuencia, al hecho de que en la nueva redacción de 1983 (artículo 173-4º) se incluye sólo el supuesto racial sin explicación alguna respecto del antecedente -no vigente desde 1980- que alcanzaba también a otras causas de discriminación (como el "sexo, religión o situación económica").

sustancialmente al proclamado -o inferido- respecto del de su antecedente? El tenor literal de la Exposición de Motivos de la Reforma de 1983 ya transcrito con anterioridad (que se refiere al refuerzo de la protección del principio de igualdad) así como el antecedente legal de 1976 ya analizado, los trabajos legislativos o, por último, la interpretación de la Doctrina, no apuntan en esa dirección³². Fijémonos a continuación en los dos últimos aspectos mencionados.

b.1. Ausencia de una política criminal específicamente antirracista.

Durante los trabajos legislativos de la Reforma de 1983 la discusión sobre el delito de asociación por discriminación racial es escasa y confusa. Es escasa por cuanto la discusión en la Comisión de Justicia e Interior se limita al análisis de la única enmienda, la número 29, de supresión del precepto, presentada por el Grupo Popular. Tal supresión se justifica, precisamente, porque al resultar delictiva la discriminación racial en el nuevo artículo 165 (denegación de prestación discriminatoria), bastaría con el supuesto 1º del artículo 173, que prohibía las asociaciones ilícitas que tuvieran por objeto la comisión de delitos, para determinar la ilicitud de la asociación que la promoviera. De esta forma la asociación que incitara a la discriminación racial, por cuanto que promovería la comisión de un delito, sería ilícita sin necesidad de una ulterior tipificación específica³³.

Pero además de escasa, la discusión resulta confusa. Esta confusión se produce en la respuesta del representante del Grupo Socialista a la enmienda presentada, que interpreta que el supuesto de asociación ilícita por discriminación viene a completar nada menos que al delito de genocidio (artículo 137bis) en su vertiente asociativa³⁴. La discusión entremezcla además el nuevo supuesto incriminador de la denegación de prestación discriminatoria con el delito de genocidio y, sea como fuere, en absoluto se hace referencia a los eventuales motivos que habrían llevado a la supresión -con respecto a su antecedente inmediato de 1976- de algunos supuestos o causas de discriminación a que la asociación debería promover o incitar.

A mi juicio, la escasa y confusa discusión en la que se contextualiza el precepto asociativo con el delito de genocidio, por un lado, y con el entonces nuevo delito de denegación discriminatoria de prestación (antiguo artículo 165 CP de 1973), por otro, revela que el legislador no tiene conciencia clara de cómo plasmar su voluntad antixenófoba o antidiscriminatoria y deja patente su desorientación ante la función que habría de desplegar la reforma que se impulsa. Menos aún cabe inferir que de ninguna manera se pretenda de forma consciente una diferenciación explícita, meditada, del ámbito de protección del delito de asociación únicamente proyectado sobre la discriminación racial respecto de los preceptos sobre denegación de prestación discriminatoria que también se refieren a otros ámbitos como el étnico, religioso, político, etcétera. A juzgar por las manifestaciones expuestas, parece que la

³².- Otra cuestión es que, de hecho, el tenor literal resultante posibilitara una interpretación mucho más restrictiva y que apuntara hacia un sentido de protección referido a lo "racial" y no al conjunto del principio de igualdad. En este momento, no obstante, interesa más bien una caracterización **de conjunto** de la primera regulación específica en la materia con vistas a comprender los movimientos legislativos que siguieron a la misma.

³³.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Comisión de Justicia e Interior, Núm. 21, p. 750 ss.

³⁴.- Un estudio de la discusión referida en GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 642 (en especial su pie de página 1 bis), en donde se pone de manifiesto éste y otros aspectos confusos.

intención genérica del legislador, tanto respecto del supuesto asociativo, como de los delitos de denegación de prestación, es la tutela del principio de igualdad, si bien, la confusión y generalidad de las propuestas desemboca de forma irreflexiva en una asimetría de ámbitos de discriminación protegidos.

La literatura específica también incardinaba el delito de asociación a estudio como precepto al servicio de la protección del principio de igualdad. Así se manifestaba GARCIA-PABLOS, si bien desde una perspectiva extremadamente crítica que le inducía a pedir su supresión³⁵. BUENO ARUS lo identificaba como bien jurídico protegido³⁶. CARBONELL MATEU, parecía asumir tal sentido de protección con relación al precepto equivalente de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, en la medida en que lo ponía en relación precisamente con el delito de denegación de prestación, calificándolo (al supuesto asociativo), además, como "valorativamente adecuado" en cuanto que complementario de aquél (delito de denegación)³⁷.

Cabe así afirmar -a partir de los antecedentes legislativos y de la interpretación doctrinal que se acuñó durante su vigencia- que la limitación del supuesto de asociación ilícita al ámbito de la discriminación racial no respondía ni dio pie a un sentido de tutela específico más concreto –antirracista o antixenófobo- sino que se interpretaba como un instrumento más de la política criminal protectora del principio de igualdad en general a pesar del tenor literal del entonces artículo 173-4º. En definitiva, vendría a representar la continuación del supuesto asociativo introducido por la Ley de 1976 con un tenor literal más restringido que, sin embargo, no parecía responder a una decisión político-criminal de atajar específicamente el problema racial –y no el de discriminación sexual, o política...- como algo diferenciado de la lucha por la "igualdad" en general, ni motivado por un afán de configurar la intervención penal en función de las diferentes realidades sociales subyacentes en los diversos sectores susceptibles de perturbación por la proliferación de prácticas discriminatorias.

b.2. El grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales y la indeterminación típica.

Desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia, BUENO ARUS señalaba que la introducción de este supuesto asociativo vendría a cumplir sólo "parcialmente"³⁸ las obligaciones que al respecto imponía –e impone- la Convención de 1965 (discriminación racial). Ya hemos indicado, respecto del antecedente de la Ley de 1976, que el incumplimiento más evidente se derivaría de la no previsión de un precepto de provocación xenófoba antes que del tenor literal del supuesto asociativo. Desde este punto de vista, la Reforma de 1983 nada añade y, en consecuencia, deberá esperarse hasta la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de

³⁵- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 643 (con relación al principio de igualdad) y 659 (en relación a la propuesta de supresión del precepto).

³⁶- En realidad uno de los objetos de protección aunque no de forma exclusiva: junto al "derecho a la igualdad" se hace referencia, también, al orden público y al derecho de asociación. BUENO ARUS, *La discriminación*, p. 101.

³⁷- CARBONELL MATEU, *De los delitos*, pp. 1302 y 1303.

³⁸- "(...) parcialmente coherente con las obligaciones que impone a los Estados el artículo 4b) de la Convención" con relación a la Convención de 1965 (discriminación racial). BUENO ARUS, *La discriminación*, p. 102.

modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, para asistir al primer intento serio de atender al mandato de incriminación de la provocación xenófoba de conformidad con el artículo 4 de la Convención de 1965 (discriminación racial). La Reforma de 1983 al perseverar en el diseño básico del supuesto asociativo ilícito hereda en consecuencia ese espíritu legislativo que impulsa actuaciones "de cara a la galería" pero que desconoce e incumple las obligaciones internacionales que invoca para justificar su actuación.

La generalidad del programa político-criminal o, más precisamente, su indefinición, habría de desembocar en una redacción típica confusa e igualmente imprecisa. En tal sentido debe subrayarse la indeterminación que supone la inclusión literal en el tipo del término "discriminación" pues se da la circunstancia de que a pesar de las críticas doctrinales al respecto, que ahora se van a exponer brevemente, se trata de un término que desde entonces ha encontrado entrada en algunos de los preceptos más relevantes del Código penal vigente³⁹.

GARCIA-PABLOS pretende precisar la interpretación de este amplísimo e indeterminado concepto: "(...) por la pluridimensionalidad del mismo y la inabarcable gama de ámbitos y manifestaciones de que es susceptible"⁴⁰. Señala además el autor que, en el contexto del delito asociativo, la alusión a la discriminación debe interpretarse no como "móvil" de la conducta sino como "comportamiento discriminatorio", esto es, como manifestación concreta de una actitud discriminatoria. El acto discriminador debe suponer además tener por consecuencia la negación a alguien de algo que en Derecho le corresponda. Esto es: sólo habrá discriminación en el sentido típico cuando, desde un **criterio jurídico**, la actuación en cuestión determine consecuencias que afecten a derechos no bastando, pues, otras conductas de discriminación cuyo efecto sea puramente "social" (así, por ejemplo, la mera descortesía social)⁴¹.

La pretensión del legislador de reforzar la protección del principio de igualdad y la invocación genérica de las obligaciones internacionales desembocan en una figura penal que, por introducir el término "discriminación" en la redacción típica, dota a ésta de una peligrosa indeterminación. Indeterminación que lleva a la doctrina desde el principio a intentar concretar tal concepto a partir de criterios jurídicos, pero que no deja de ocultar el riesgo de que la generalidad del mismo permita castigar no ya por actuaciones discriminatorias -principio del hecho- sino por puras motivaciones o actitudes. La indeterminación típica, correlato de la indefinición del programa político-criminal, permite así desde el mismo inicio de la intervención penal en la materia que quepa una orientación interpretativa de los preceptos que aspire a una suerte de depuración ideológica conforme al modelo del derecho penal de autor y de incriminación de la actitud interna (*Gesinnung*).

³⁹.- En concreto incluyen literalmente el término "discriminación" los artículos 22-4, 314, 510 y 515-5º del CP vigente.

⁴⁰.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, p. 646.

⁴¹.- GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, pp. 653 y 654. Con relación al concepto de discriminación BUENO ARUS, *La discriminación*, p. 102, se adhiere a las propuestas restrictivas de GARCIA-PABLOS. A continuación, *infra*, en el análisis del delito de denegación discriminatoria de prestación (artículos 165 y 181bis del CP de 1973), volveremos de nuevo, brevemente, sobre esta cuestión.

2.1.2. Los delitos de (actos de) discriminación en el ámbito del servicio público.

Junto al nuevo supuesto asociativo ya analizado, la Reforma de 1983 introduce por primera vez la figura penal de denegación discriminatoria de prestación. Veamos en primer la génesis legislativa para, a continuación, abordar los aspectos más significativos de la regulación.

a. La discusión del Proyecto.

Si bien, como ya señalábamos anteriormente, los textos propuestos en el Proyecto de Ley se mantendrán en su integridad literal hasta convertirse en los nuevos delitos de denegación de prestación discriminatoria, se presentan una serie de enmiendas que reflejan las tensiones expansivas a que aboca la incriminación de comportamientos contrarios al principio de igualdad. En concreto dos son las cuestiones básicas que ocupan la discusión: las causas o razones discriminatorias que deberían resultar típicas y el ámbito (servicio público, relaciones entre particulares...) sobre el que debería proyectarse la prohibición de la denegación discriminatoria de prestación.

a.1. Enmiendas referidas a las causas de discriminación.

Al igual que respecto del antecedente del delito de asociación ilícita por discriminación de 1976 (art. 172.4^o)⁴², algunas de las enmiendas se dirigen a modificar, ampliar o coordinar las diferentes causas con base en las cuales se consideraría típica la denegación de prestación discriminatoria en el ámbito del servicio público. Así la enmienda número 227 (Grupo Mixto) pretende la introducción del término "nación" en el párrafo 1^o del artículo 165 en concordancia con lo previsto en el segundo párrafo; la número 229 (Grupo mixto) se dirige, así mismo, a unificar las diferentes razones discriminatorias en los dos párrafos del artículo 165; por último, la enmienda número 278 (Minoría Catalana) persigue sustituir en el primer y segundo párrafos del artículo 165 la palabra "etnia" por la de "comunidad étnica o lingüística"⁴³.

Esta última enmienda, a tenor de la justificación que se acompaña, es especialmente ilustrativa de la idea que pretendemos subrayar. En efecto, se argumenta que la palabra "etnia" puede tener un significado extensivo o restrictivo **muy indeterminado** y parece preferible sustituirlo por la propuesta "comunidad étnica o lingüística", que permite la referencia a una comunidad concreta de forma más precisa contemplando, por otra parte, el aspecto lingüístico que en el plano comunitario puede ser asimismo un elemento importante en la comisión del delito⁴⁴.

⁴²- En el Informe de la ponencia sobre el supuesto asociativo a incriminar según la Ley de 1976 se rechazaron un conjunto de enmiendas dirigidas a ampliar el catálogo de supuestos discriminatorios que convertirían en ilícita a la correspondiente asociación. En concreto se pretendía introducir la discriminación ideológica, laboral, la referida al estado civil, situación, región...GARCIA-PABLOS, *Asociaciones*, p. 101 ss.

⁴³- Para una visión de conjunto de la tramitación legislativa del artículo 165 véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 726.

⁴⁴- Todas las enmiendas señaladas fueron, no obstante, rechazadas por el informe de la ponencia. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 14 de abril de 1983, Núm. 10-I 1, 62/13*.

La utilización del término amplísimo de etnia permite, como se puede comprobar, la inclusión de la problemática lingüística con lo que se podría extender la incriminación al debate político-lingüístico. En cualquier caso, más allá de la propuesta concreta, interesa destacar aquí el paralelismo de fondo -en tono más tímido- entre este conjunto de enmiendas (3 de las 8 presentadas a los artículos 165 y 181bis) y las que se presentaron respecto del antecedente del supuesto asociativo por discriminación (artículo 172-4º según la Ley de 1976). En ambos casos las enmiendas apuntan a una lógica de la "coherencia" que persigue que la correspondiente figura penal refleje la interdicción discriminatoria en todos los ámbitos posibles al margen de que las conductas discriminatorias en cada uno de ellos sean más o menos graves o frecuentes en la realidad social.

El debate con relación a estas enmiendas apenas si se desarrolló posteriormente en la discusión en Comisión o ante el Pleno⁴⁵, a diferencia de lo sucedido respecto de la conveniencia de la incriminación de la discriminación llevada a cabo en un ámbito diferente al del servicio público.

a.2. Denegación de prestación discriminatoria fuera del ámbito del servicio público.

La enmienda número 228 (Grupo Mixto) pretendía sustituir la expresión "el particular encargado de un servicio público" por "el que", argumentando que no debe discriminarse entre "particulares" y "particulares encargados de servicios públicos" cuando el sujeto pasivo de la conducta típica tenga derecho a la prestación. En definitiva, se pretendía ampliar el ámbito punible de las conductas de denegación de prestación discriminatoria a aquéllas que no se verificaran en el ámbito público.

Este aspecto no fue objeto de debate en la -apenas existente- discusión en Comisión. Sin embargo, se abordó el tema de forma monográfica en la discusión del pleno argumentándose -una vez más- desde la coherencia con los principios constitucionales. El señor PEREZ ROYO proponía que la protección penal no quedara limitada al ámbito del servicio público sino que: "(...) debe extenderse a **todo el ámbito de la vida social** en el que se produzcan conductas de discriminación, sean estas conductas en el ámbito de un servicio público o de una **actividad privada**, pública o semipública."⁴⁶

En respuesta a la intervención aludida, SOTILLO MARTI señala que las conductas discriminatorias de particulares ya se encontrarían reguladas en otro lugar del Código -básicamente en el delito de genocidio: art. 137bis- de acuerdo con los Convenios de las Naciones Unidas. El artículo 165 se dirigiría, pues, únicamente a dicho particular encargado de un servicio público (que entiende que se

⁴⁵- En la Comisión de Justicia e interior sólo se hace una insignificante referencia material a la enmienda número 227 (para añadir "nación") a través de la intervención de SOTILLO MARTI que aboga por una fórmula -respecto de la descripción de las razones de la conducta típica- "similar a la del Convenio", esto es, en la línea del "grupo nacional, étnico, racial...". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisión de Justicia e Interior*, Núm. 21, pp. 748 y 749. Parece que, una vez más, sale a colación la referencia al genocidio pues, aunque no se dice expresamente, la fórmula a que alude SOTILLO MARTI es la recogida en el tenor típico del delito de genocidio -con la única omisión del grupo religioso- (artículo 2 del Convenio de 9 de diciembre 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio). Sea como fuere, tal y como se puede comprobar, la discusión en Comisión es prácticamente inexistente.

⁴⁶- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 29, p. 1350 (subrayado nuestro). Los ejemplos que usa son muy ilustrativos en la medida en que todos ellos hacen referencia a sujetos pasivos de "raza" gitana: en concreto, la denegación de ingreso a personas de la citada "raza" a una escuela privada o a un club recreativo.

trata de un "concesionario" de dicho servicio) y, se cerraría el sistema, con el artículo 181bis referido al funcionario público⁴⁷. Como destaca RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ la respuesta de SOTILLO obedecía al propósito de "poner en marcha la apisonadora parlamentaria" y, en cualquier caso, niegan que existan preceptos específicos más graves para los funcionarios que realicen estas prácticas⁴⁸.

No se oponen, en definitiva, argumentos materiales sobre la conveniencia o peligros de la incriminación de la discriminación entre particulares, ni se trasluce una discusión que tenga en cuenta el enorme efecto de ampliación de la intervención penal que conllevaría su extensión a toda clase de sujetos activos. A pesar de que, como a continuación va a indicarse, esta cuestión de la incriminación de la discriminación entre particulares ha sido objeto de discusión en derecho internacional y en derecho comparado (debido a las implicaciones que pudiera tener para la libertad de contratación, los problemas de prueba que presenta o la eventual suficiencia y mayor eficacia de otro tipo de intervenciones jurídicas o de otra naturaleza), sin embargo, entre nosotros, se ventila la discusión con argumentos fundamentalmente formales que parecen orientarse, sin matices, por una pretensión de reducir al máximo –y, al parecer, a cualquier precio- eventuales "lagunas de punibilidad" como si el instrumento penal fuera, no ya *ultima ratio*, sino *prima* y exclusiva *ratio* en la tutela antidiscriminatoria. Esta tendencia no logrará de momento concretarse pero, con el tiempo, acabará materializándose en la tipificación en el CP vigente de actos de discriminación ajenos al ámbito del servicio público.

Como es fácil observar, en la discusión legislativa expuesta se manifiestan dos tendencias expansivas de la figura delictiva que versan sobre dos cuestiones de gran transcendencia. En primer lugar, algunas enmiendas pretenden una expansión de las **causas o razones discriminatorias** que hayan de tener relevancia típica. En segundo lugar, también se discute la oportunidad de proyectar la prohibición de denegación discriminatoria **más allá del ámbito del servicio público**, de suerte que fuera quien fuera el sujeto activo sea delictiva la conducta. De nuevo se justifican la introducción o la ampliación de los tipos con argumentos de "autoridad" haciendo referencias genéricas a los Convenios de las Naciones Unidas o a declaraciones insertas en la Constitución.

La doctrina, por su parte, va a proseguir la discusión esbozada también desde la lógica del principio de igualdad. Veámoslo de forma necesariamente breve.

b. Discusión en la Doctrina.

QUINTERO/MUÑOZ CONDE señalan claramente que la finalidad de los preceptos a estudio se dirigía a reforzar los principios de no discriminación e igualdad contenidos en la Constitución y en numerosos Convenios internacionales (con mención expresa, entre otros, a los relativos al *Apartheid* o a la Convención de 1965 -discriminación racial-). Se llega incluso a reconocer que:

"Aunque en España las prácticas aberrantes del "racismo" no están muy extendidas, es conveniente esta tipificación expresa del delito de discriminación, que no sólo se refiere al

⁴⁷.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 29, pp. 1350 y 1351. La enmienda fue rechazada como todas las demás.

⁴⁸.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 726 (especialmente su pie de página 1).

racismo, sino a otros tipos de discriminación (...) [que] están socialmente más extendidas de lo que se puede a primera vista pensar."⁴⁹

Parece claro el carácter "*ad cautelam*" de la normativa -al menos en lo referente al "racismo"- al margen de los "datos" reales sobre la situación fáctica relativa a la extensión de prácticas racistas "aberrantes".

Los preceptos a estudio parecen valorarse desde un primer momento de forma positiva por su contribución a reforzar el principio de igualdad y por su carácter preventivo en línea con los dictados constitucionales y las aspiraciones de los instrumentos internacionales. Fijémonos, sin embargo, en la valoración doctrinal sobre las dos cuestiones básicas sobre las que hemos centrado el estudio de la discusión del Proyecto.

b.1. Discriminación entre particulares.

Una parte de la doctrina se manifiesta crítica con la limitación del sujeto activo en la conducta de denegación discriminatoria de prestación (artículo 165). El tenor típico incrimina únicamente al "particular encargado de un servicio público", propugnándose la extensión a todo sujeto⁵⁰. Esta pretensión parece ignorar la enconada y aún no resuelta polémica en Derecho comparado sobre la conveniencia de la incriminación de conductas discriminatorias llevadas a cabo entre particulares y en el ámbito privado, sumándose a las posturas extensivas más radicales adoptadas recientemente, por ejemplo, en Francia, Italia o Suiza que optan por incriminar conductas de discriminación llevadas a cabo por particulares⁵¹, en contraste con la decisión de países como Austria de recurrir al derecho administrativo para dispensar la tutela adecuada frente a estas conductas⁵². Esta situación es reflejo, por otra parte, de la polémica discusión al respecto que tuvo lugar ya desde el principio en el marco de la Convención de 1965 (discriminación racial) y que se saldó con el compromiso de no extender la obligatoriedad de incriminar actos de discriminación entre particulares por la manifiesta oposición de algunos países que veían el riesgo de una limitación desproporcionada de otros derechos y libertades fundamentales, de suerte que se optó por dejar al arbitrio de los países ratificantes la elección de la vía de protección o actuación frente a esta clase de comportamientos⁵³.

⁴⁹.- QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, pp. 211.

⁵⁰.- En este sentido QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 212. De forma no tan clara RODRIGUEZ RAMOS, *Discriminación*, p. 632 ss, se refiere a este aspecto de la limitación del sujeto activo tanto en el artículo 165 como en el 181bis (referido al funcionario público) como: "lo más discutible (...) dejando sin protección penal al ciudadano frente a otras discriminaciones, sólo en parte cubiertas por otros preceptos del Código penal".

⁵¹.- Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 172, 176, 177 y 191. Debe subrayarse, en cualquier caso, que la incriminación de estas figuras no está exenta de polémica ni siquiera en los países en que se opta por su incorporación al ordenamiento penal. En tal sentido resulta muy ilustrativa la discusión en Suiza en donde se pone en tela de juicio la necesidad y oportunidad de la vía penal habida cuenta de que podría quedar perfectamente cubierta la tutela frente a este tipo de conductas mediante el denominado "efecto horizontal indirecto" de los derechos fundamentales proyectado sobre los correspondientes ámbitos de actividad (*op. cit.*, p. 172).

⁵².- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 156.

⁵³.- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 95, 96 y 172.

Más acertada resulta la postura sostenida por CARBONELL MATEU quien, aunque reconoce que el mantenimiento de la diferenciación entre "particular encargado de un servicio público" y "funcionario"⁵⁴ no es sencilla, manifiesta que en el supuesto de extenderse la figura delictiva a cualquier sujeto activo, debería delimitarse el concepto de "denegación de prestación a la que se tuviere derecho" de tal forma que quedarán fuera del ámbito punible servicios relativos a la esfera privada. En concreto advierte del posible conflicto con los límites del legítimo ejercicio de derechos constitucionales como, por ejemplo, el derecho de propiedad en el caso de que por servicio se entendieran tanto los de naturaleza pública como privada. Por ello los derechos que dan lugar a prestación (la cual es denegada como conducta típica) deberían ser, tal y como afirma el autor, de rango constitucional -derechos fundamentales y libertades públicas- o cuando menos derechos subjetivos que procedan de los constitucionalmente declarados, teniendo en cuenta el carácter de ultima ratio del Derecho penal⁵⁵.

En una línea similar RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ a pesar de que entienden que existen conductas no realizadas por "particulares encargados de un servicio público" (concesionarios, a la postre), como, por ejemplo, las llevadas a cabo por los empleados de éstos, que quedarían fuera del ámbito típico⁵⁶, mantienen un concepto restrictivo de discriminación de cara a limitar la aplicación del precepto a estudio. Así no debiera ser considerada discriminatoria la denegación de acceso a un determinado local a personas ajenas a un sindicato o, en una asociación, a quien no sea madre soltera o, respecto del alquiler de un piso, la negativa de alquilarlo a una persona por ser de color. El principio de libertad de contratación y de asociación vendrían a legitimar dichas restricciones que impedirían su calificación como conductas típicas⁵⁷.

En la discusión sobre la oportunidad de extender el ámbito típico a las denegaciones discriminatorias de prestación más allá del servicio público⁵⁸ se refleja, en parte, la discusión que tenía lugar respecto del concepto de discriminación en el delito asociativo del artículo 173-4º. En dicha figura de asociación ilícita el tenor típico hacía referencia a la <<discriminación>> de forma literal y la doctrina

⁵⁴.- Configuración del sujeto activo propia de algunos preceptos del Código penal italiano pero no usual en nuestro país según RODRIGUEZ RAMOS, *Discriminación*, p. 633.

⁵⁵.- CARBONELL MATEU, *De los delitos*, pp. 1288 y 1289, de suerte que, por ejemplo, la conducta de un propietario de un restaurante que deniega la entrada al mismo a militantes de un sindicato hostil debe quedar fuera del ámbito típico.

⁵⁶.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 726 (especialmente su pie de página 1).

⁵⁷.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 727. Resulta en cualquier caso interesante la propuesta de BUENO ARUS de que conductas discriminatorias del ámbito jurídico-privado, como las señaladas por RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ (denegación de alquiler a personas de color, gitanos...), pudieran constituir un abuso de derecho no amparado por la ley (artículo 7-2º del Código civil) desde parámetros de interpretación conforme a la Constitución, aunque no proceda el recurso de amparo. BUENO ARUS, *La discriminación*, p. 98.

⁵⁸.- Cuya interpretación dividía a la doctrina en dos posturas básicas. Por un lado, la que identifica el servicio público con un sentido amplio del mismo como cualquier clase de actividad organizada a la que tenga acceso el público. BUSTOS RAMIREZ, *Manual*, p. 386. Y, por otro lado, la que propugna un entendimiento en sentido estricto del servicio público como restringido a "(...) aquéllos supuestos en los que exista una expresa declaración normativa calificando como tal la concreta actividad, supuestos en los que además existe un derecho por parte del administrado a disfrutar dicho servicio siempre y cuando se cumplan las condiciones reglamentarias (...)". RODRIGUEZ RAMOS, *Discriminación*, p. 634; más recientemente TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal*, pp. 112 y 113.

se manifestaba en favor de un entendimiento restrictivo -jurídico- de la misma, habida cuenta de su indeterminación y amplitud. La asociación que promoviera la discriminación meramente social no debería ser, en consecuencia, considerada como ilícita. En el supuesto de los artículos 165 y 181bis, aunque no se aluda directamente a la discriminación en el tipo, la polémica de su limitación o no a actuaciones relacionadas con el servicio público urge a concretar qué ha de entenderse por acto discriminatorio en este caso concreto. Precisamente la enorme amplitud de supuestos que pueden interpretarse como "denegaciones discriminatorias de prestación" si el sujeto activo pudiera ser cualquiera, despierta reticencias en un sector de la doctrina que busca limitar el ámbito punible para evitar que se castigue la pura "discriminación social".

Tanto en el supuesto del delito de asociación como en los delitos de denegación de prestación la discusión sobre la oportunidad de la incriminación se aviva cuando la intervención penal se dirige al ámbito de la "discriminación social" o a la discriminación jurídica entre particulares en el ámbito privado. La doctrina, por ello, tiende en ambos casos a reconducir la interpretación de la incriminación a un concepto restrictivo -jurídico- de discriminación.

Ahora bien, hemos de ser conscientes de que la posición que aboga por una extensión del sujeto activo en estos delitos se sitúa dentro de la asunción de la lógica de que la intervención penal debe ser "coherente" a la hora de desplegar su tutela sobre conductas discriminatorias. En este sentido parece oportuno contemplar el movimiento en favor de la extensión aludida como una manifestación de la "tendencia expansiva" que la lógica discriminatoria imprime en la regulación penal de este fenómeno⁵⁹.

b.2. Las causas o supuestos de discriminación.

El delito de denegación de prestación del artículo 165 consideraba típicamente relevante la conducta cuando ésta fuera llevada a cabo "por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato". El legislador utiliza una formulación en parte coincidente y en parte más casuística que la recogida en el artículo 14 de la Constitución española al consagrar el principio de igualdad ante la ley⁶⁰. Resulta por ello razonable que la doctrina orientara la interpretación de esta figura delictiva desde el primer momento como instrumento de tutela del principio aludido. A partir de este presupuesto la discusión se centra, en el punto que nos ocupa, en torno a la valoración de la formulación de las causas típicas al utilizarse una redacción similar a la del artículo 14 de la Constitución, pero no exacta a aquélla.

⁵⁹.- Tendencia que ya ha dado sus frutos en la nueva regulación del Código penal de 1995 en el que junto a la incriminación de la denegación de prestación llevada a cabo por el particular encargado de un servicio público o por el funcionario público (artículo 511), se incorpora la nueva figura penal de denegación de prestación realizada por aquéllos que se encuentren en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales (artículo 512). Con relación al nuevo artículo 512 véase, por todos, TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1475 ss.

⁶⁰.- El artículo 14 de la Constitución española se refiere a que no podrá prevalecer discriminación alguna:

"(...) por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

RODRIGUEZ RAMOS valora positivamente la técnica casuística en la redacción de las causas o razones discriminatorias y su amplitud respecto del artículo 14 de la Constitución. La especificación del delito de denegación de prestación representa, según el autor, una afirmación del principio de legalidad complementado por el de certeza y seguridad jurídicas⁶¹. CARBONELL MATEU propone, sin embargo, que sería más adecuado respetar íntegramente el texto del citado artículo 14 concretándose, únicamente, su inciso genérico final (esto es, "cualquier otra condición o circunstancia personal o social")⁶².

Baste con reflejar la postura mantenida por estos dos autores pero que representa fielmente una discusión sobre las causas desde la asunción del principio de igualdad como objeto de tutela⁶³. En el mismo sentido veíamos en el análisis de la discusión del Proyecto de esta figura penal que las propuestas de enmienda se dirigían a precisar o ampliar el conjunto de causas o razones típicas. La asunción del principio de igualdad como "motivo del legislador" que anima la penalización de la discriminación o como "bien jurídico" tutelado en el artículo 165, podría comprenderse y considerarse razonable *de lege lata*. Ello no obsta a que hubiera sido deseable que el legislador hubiera partido de la necesaria diferenciación entre las conductas estrictamente discriminatorias de tipo xenófobo y las conductas atentatorias al principio de igualdad, supuestos que nos sitúan ante fenómenos diferenciables respecto a los cuales la necesidad y grado de intervención penal presenta características no equiparables. Con otras palabras, aunque es comprensible que la doctrina se ocupe de las diferentes causas en su conjunto, ha de caerse en la cuenta que tal consideración bloquea un análisis diferenciado del merecimiento y necesidad de pena de conductas discriminatorias específicamente xenófobas asumiéndose, por el contrario, un punto de referencia excesivamente amplio cual es el del principio de igualdad en su conjunto.

2.1.3. Recapitulación.

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 (así como su antecedente de la Ley de 1976 con relación a las asociaciones ilícitas) se inspiran en las declaraciones genéricas de la Constitución (particularmente de 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.

⁶¹.- Se trata de una valoración global de la formulación casuística del artículo 165 al margen de críticas parciales como, por ejemplo, la innecesaria sustitución del término "nacimiento" por "origen". RODRIGUEZ RAMOS, *Discriminación*, p. 632.

⁶².- Si bien, justo es reconocerlo, la propuesta constituye un intento de lograr mayores cotas de determinación típica como alternativa a la redacción efectivamente incluida en el precepto. CARBONELL MATEU, *De los delitos*, pp. 1288 y 1289.

⁶³.- Véase, por todos, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 726, quienes intitulan el análisis de esta regulación como "Delitos contra el principio de igualdad en la prestación de servicios públicos".

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 principio de determinación.

La doctrina intenta interpretaciones restrictivas, principalmente respecto del concepto de discriminación, persiguiendo precisar tanto el supuesto asociativo como la clase de denegación de prestación que haya de considerarse típica. Dichos esfuerzos se articulan, de conformidad con los términos literales de los preceptos, desde la lógica de la coherencia del instrumento penal con la declaración del principio de igualdad de la Constitución. Ahora bien, precisamente por tener que partir en la interpretación de las conductas de la voluntad antidiscriminatoria general a la que apunta el tipo, difícilmente pueden obtenerse respuestas satisfactorias desde un planteamiento que gira sobre un objeto de regulación tan extraordinariamente amplio como el principio de igualdad.

Se echa en falta un planteamiento del "problema discriminatorio" general y, en particular, xenófobo, más acorde con las exigencias de la Convención de 1965, ratificada por nuestro país no lo olvidemos, lo que debería llevar a un debate previo sobre las conductas específicas necesitadas de incriminación penal. ¿Por qué comienza el legislador español a abordar esta problemática por los delitos de asociación ilícita y posteriormente de denegación de prestación discriminatoria? Se desoye en el planteamiento *ab initio* la posibilidad de comenzar a actuar en el plano penal con la incorporación del precepto de provocación xenófoba -y "sólo" xenófoba-, eje de la Convención de 1965 (discriminación racial)- y mayoritariamente seguido en derecho comparado.

Los preceptos estudiados 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 señalan que la figura penal de asociación ilícita por discriminación "es incompleta, poco afortunada y **hasta ahora letra muerta**"⁶⁴, mientras que BUENO ARUS afirma, en general, que "La práctica resulta insatisfactoria, dada la ausencia de jurisprudencia sobre los delitos aquí examinados" dato que, sin embargo, asegura el autor, sería positivo si significara la ausencia de tales prácticas discriminatorias⁶⁵, lo cual, sin embargo, no puede en absoluto afirmarse en esos términos.

Como se observa el legislar "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.

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. Bien es cierto que se producen previamente a esta fecha una serie de acontecimientos de

⁶⁴.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 755 (subrayado nuestro). Confirmación "ex 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).

⁶⁵.- Lo que según el autor no corroboran los medios de comunicación social. BUENO ARUS, *La discriminación*, pp. 114 y 115.

gran repercusión en la opinión pública y que tienen que ver, esencialmente, con un aumento de hechos xenófobos al menos en cuanto a su difusión en los medios de comunicación social. Por ello, a continuación, vamos a abordar el estudio de la citada ley comenzando, precisamente, con una breve introducción sobre la situación social española respecto de la xenofobia y las prácticas discriminatorias.

2.2. 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.

Desde la Reforma de 1983 hasta la Ley de 1995 no se introduce modificación jurídico-penal alguna con relación a conductas xenófobas o discriminatorias y en esos 12 años no se conoce jurisprudencia que aplique los preceptos en cuestión⁶⁶. Este silencio del legislador se va a ver interrumpido pocos meses antes de la definitiva aprobación del nuevo Código penal con la LO 4/1995, de 11 de mayo, que introduce un significativo elenco de figuras delictivas. ¿Había cambiado en 12 años de forma tan notable la realidad relativa a las conductas xenófobas -y, en general, las contrarias al principio de igualdad- como para llevarse a cabo una modificación de semejante calado⁶⁷? Para poder responder a esta cuestión conviene conocer sucintamente la evolución sociológica del fenómeno de la inmigración en nuestro país y ponerla en relación con algunos aspectos de la política jurídica no penal en la materia⁶⁸.

No obstante, antes de centrarnos en un análisis del fenómeno migratorio en el ámbito estatal, debemos hacer una breve referencia a algunos de sus rasgos fundamentales en el contexto europeo

⁶⁶.- Como uno de los pocos supuestos en que fue objeto de discusión la comisión de un presunto delito de asociación ilícita del art. 173-4º del Código penal de 1973 cabe mencionar la **sentencia** absolutoria de la **Audiencia Provincial de León (Sección Segunda) de 9 de junio de 1997** y la posterior **sentencia del TS de 27 de noviembre de 1998, núm. 1477/1998**, que declara no haber lugar al recurso de casación. Los hechos objeto de enjuiciamiento se remontan a antes del año 1990 en relación a un asentamiento de varias familias gitanas en una propiedad particular, desocupada por sus dueños y en estado ruinoso, sita en el barrio denominado Puerta del Rey de la ciudad de Astorga. Ante el lamentable estado de falta de higiene en que estos vivían y la práctica de la mendicidad así como la comisión de pequeños hurtos o robos por los ocupantes mencionados, los directivos de una asociación de vecinos del barrio de Astorga iniciaron las gestiones oportunas para que se les desalojara de donde estaban y se les proporcionara un alojamiento adecuado en la ciudad. Como sus gestiones no dieron fruto llegaron a convocar y celebrar una manifestación. En la sentencia se resolvió, en cualquier caso, que en las actuaciones de los directivos mencionados no se apreció ni actuación violenta ni finalidad alguna de tipo racista o xenófobo y tampoco se promovió nunca la comisión de delitos ni la discriminación racial.

⁶⁷.- Como enseguida se podrá comprobar la citada Ley de 1995, al margen de lo que su nombre indica, no incorpora al Código sin más determinadas conductas apologéticas de los delitos de genocidio. Junto a ellas se introducirá también un delito de provocación xenófoba y una agravante genérica por motivos xenófobos para los delitos contra las personas o el patrimonio.

⁶⁸.- Somos conscientes de que el problema del racismo, la xenofobia o la discriminación no puede -ni debe- ser reducido a su reflejo respecto del fenómeno migratorio. El racismo y la xenofobia superan en su complejidad y comprensión una lectura unidimensional que pretenda interpretarlos exclusivamente a partir del fenómeno migratorio. No obstante, es precisamente desde la perspectiva de su relación con el fenómeno migratorio desde la que irrumpe la preocupación por el "problema xenófobo y racista" en los medios de comunicación social. Por ello, al analizar principalmente la cuestión de la inmigración como marco contextual explicativo de estos problemas, no identificamos a ésta como su explicación única ni principal, sino que pretendemos poner de manifiesto el tratamiento político-legislativo del tema desde la lógica en que presumos se abordó.

occidental⁶⁹. De esta forma podremos, posteriormente, desarrollar un estudio comparativo que resalte las peculiaridades y los rasgos comunes respecto de los países de nuestro entorno cultural y jurídico más próximo.

Efectivamente, el fenómeno de la inmigración en el Estado español debe ponerse en relación con el contexto europeo occidental en el que se incardina y, concretamente, con la evolución del mismo en los últimos 45 años⁷⁰. En la Europa occidental de los años 50 comienza una fase de flujo migratorio de mano de obra extranjera fruto de la confluencia de intereses, tanto desde la demanda, como desde la oferta de trabajo. Por ello tanto italianos, griegos, portugueses, turcos, yugoslavos, irlandeses, fineses, nacionales de excolonias, especialmente del Magreb, como españoles, integraban la oferta de mano de obra que se desplazaba. En conjunto un total aproximado de 800.000 trabajadores de los países mediterráneos en vías de desarrollo emigraban anualmente a finales de los sesenta hacia las regiones industriales de la Europa más desarrollada económicamente⁷¹.

Sin embargo a mediados de los años 70, fruto esencialmente de la aguda crisis económica del petróleo en el año 1973, se va a producir un cierre de fronteras por parte de los países receptores de inmigrantes que va a traer como consecuencia, de forma paradójica, un aumento de la población extranjera debido a la reagrupación familiar en los países de destino⁷². Desde el punto de vista legal se precisa con urgencia de una regulación del estatuto jurídico de los extranjeros ya presentes y de sus familias, así como de la puesta en marcha de medidas de control de los nuevos movimientos migratorios (permisos de entrada, residencia...). Se convierten por un lado las regulaciones de extranjería en mucho más restrictivas -frente a regulaciones más de tipo liberal existentes hasta el momento- y, por otro lado, se acude a la inmigración ilegal y a la solicitud de refugio como vías alternativas de entrada a los países correspondientes⁷³.

2.2.1. La situación española frente a la inmigración: el "nacimiento" del "problema xenófobo".

⁶⁹.- Para un estudio más en profundidad de la cuestión consúltese BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 17 ss.

⁷⁰.- Como señalan ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, pp. 284 y 285, si bien las migraciones hacia y desde Europa son una constante histórica, a partir de la II Guerra Mundial el fenómeno migratorio es diferente en el sentido de que se caracteriza por el protagonismo del inmigrante como ser individual.

⁷¹.- VARONA MARTINEZ, *La inmigración*, p. 132. Señala la autora que en diez años -de 1963 a 1973- un millón de inmigrantes españoles en Europa fueron asistidos por el Instituto Español de Emigración.

⁷².- El cierre de fronteras provoca miedo en la mano de obra inmigrada que dejará por ello de ir a visitar a sus familias, principalmente europeas, en la creencia de que, de salir, no podrán volver a regresar, trayéndose entonces a sus familias a vivir consigo. ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 285. En la misma línea VARONA MARTINEZ, *La inmigración*, pp. 132 y 133, habla de la transformación de una "inmigración de mano de obra en inmigración de población" (p. 133).

⁷³.- La regulación del Estatuto de refugiado presentaba un régimen más liberal (mayores derechos y menos requisitos) lo que estimuló -ante la falta de alternativas de entrada- su uso masivo, consecuencia de lo cual se produjo también un endurecimiento de su regulación no respetándose, en muchos casos, los estándares constitucionales e internacionales. ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, pp. 285 y 286.

La realidad española respecto del fenómeno de la inmigración presenta una serie de peculiaridades que merecen un comentario detenido. A continuación vamos a ir analizando esta realidad respecto de algunos datos esenciales con los que se acostumbra a establecer una relación (mono)causal-explicativa.

a. Comienzo de los flujos de inmigración en España y diferentes tipos de inmigrantes: aparición de la "inmigración económica".

El actual escenario de España como país receptor de migración en busca de trabajo no cualificado es una situación nueva y relativamente tardía respecto de la evolución descrita en Europa. Caracteriza, por tanto, a nuestro país, en primer lugar, el hecho de que antes de ser receptor de trabajadores inmigrantes no cualificados, fue país emigrante en busca de dicho trabajo. Pero, en segundo lugar, el hecho de que la inmigración en busca de trabajo no cualificado fuera tardía, no quiere decir que no existieran de forma previa otro tipo de flujos de inmigración. En efecto, el flujo de inmigraciones hacia España se remonta ya a los años sesenta, pero de forma cualitativamente muy diferente al tipo de inmigración "económica" o de búsqueda de trabajo no cualificado. Veamos brevemente ambos aspectos -interrelacionados entre sí- mediante un somero análisis de la evolución española en esta materia a partir de los años 60.

Señala LOPEZ DE LERA que el flujo no laboral europeo fue el primero que se llevó a cabo dentro del proceso inmigratorio español. Se trata, básicamente, de una corriente migratoria "no económica" y "de tercera edad" de grupos de europeos que en los años sesenta y setenta seleccionan España como país de ocio o retiro en el que adquieren segundas viviendas o pasan largas temporadas⁷⁴. Estos comienzos de flujo de inmigración, fundamentalmente europea y de ocio, contrastan con la corriente de emigración española de mano de obra no cualificada a los países industriales europeos en alza. No obstante ambos movimientos encajan perfectamente en la lógica económica que se pretende impulsar en la etapa final del régimen franquista. En efecto, fruto de la apertura de dicho régimen a finales de los años 50⁷⁵, se potencia una emigración de trabajadores españoles a Europa en busca de un mejor nivel de vida, a la vez que se impulsa también la afluencia a España de turistas como vía de terciarización y entrada de divisas. En consecuencia, durante los años 60 y principios de los 70 "el extranjero" evoca dos asociaciones en nuestro Estado: el turista extranjero que busca su ocio en España o el emigrante trabajador español en el extranjero. Ambas asociaciones se conectan con ese lugar común de "lo extranjero siempre es mejor". En estos años el "inmigrante económico", socialmente hablando, no existe, debido a su escasísima relevancia numérica desde el punto de vista demográfico. En todo caso, España actúa ya con respecto a los inmigrantes -principalmente africanos- como corredor hacia Europa⁷⁶.

⁷⁴- LOPEZ DE LERA, *La inmigración*, p. 234 ss.

⁷⁵- Plan de Estabilización de 1959 impulsado por el sector tecnocrático de la dictadura franquista con el fin de inclinar la economía española desde la tendencia autárquica hacia una industrialización y urbanización aceleradas, así como una terciarización basada sobre todo en el sector turístico y en una absorción de las divisas enviadas por los emigrantes españoles. ALVITE, *Racismo*, p. 96.

⁷⁶- ALVITE, *Racismo*, p. 96 ss.

En los años 70 -continuando a principios de los 80- se superpone a ese primer flujo de inmigración de europeos retirados, otro de europeos activos constitutivo esencialmente de cuadros cualificados y vinculados básicamente al sector turístico⁷⁷.

Nos encontramos, en definitiva, ante el hecho de que, a pesar de que comienza ya en los años 60 a afluir "el extranjero" e incluso, a partir de los años 70, como fuerza de trabajo activa -eso sí cualificada-, no se plantean problemas de tipo xenófobo o racista directamente relacionados con el aludido movimiento poblacional. Aún más, lejos de identificarse al extranjero con dicha problemática se le asocia, por el contrario, con el bienestar económico. En consecuencia el binomio "inmigración (de extranjeros)-xenofobia" es a estas alturas un fenómeno de la Europa más avanzada económicamente, no de España.

El punto de inflexión en la evolución descrita -que en Europa se constata de forma general a partir de la crisis del petróleo- se produce en nuestro país a partir de mediados de los años 80. La literatura es unánime⁷⁸ al señalar esta referencia cronológica como la que marca el paso de España de país de emigración a país de recepción de inmigración (de mano de obra no cualificada).

b. Interpretación del fenómeno de la "inmigración económica" como realidad socialmente "construida".

Tres son principalmente los aspectos desde los que vamos a presentar una lectura explicativa del significado social del colectivo de inmigrantes "económicos": desde la regulación jurídica que específicamente se dirige a este colectivo, desde el dato del origen étnico de los inmigrantes y, finalmente, desde la lógica y actuación de los medios de comunicación social en esta materia.

b.1. La "construcción" jurídica del inmigrante.

Es a partir de esa **variación "cualitativa" en el tipo de inmigración** que afluye a España en donde debe encontrarse un primer factor explicativo⁷⁹ que permitirá comprender la evolución y cambio de significado social del fenómeno migratorio en términos de rechazo y relacionado con reacciones xenófobas. Pero no es el único ni el más relevante. ALVITE⁸⁰ contextualiza la transformación de España

⁷⁷.- Se trata de empresarios de pequeña y mediana empresa del sector servicios y los conexos asalariados. LOPEZ DE LERA, *La inmigración*, p. 237 ss.

⁷⁸.- Véase, por todos, CACHON RODRIGUEZ, *Marco*, p. 105. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 223 ss.

⁷⁹.- Nos referimos a "factor explicativo" en el sentido limitado que señala ALVITE, esto es, como un mero indicador y no como factor explicativo único del significado social de la reacción contra los inmigrantes. Según el autor: "Se puede, como en todos los objetos del mundo social, tener una presencia importante de inmigrantes y no desarrollar de los mismos representaciones muy <<visibles>> colectivamente y, a la inversa, puede haber un contingente de inmigrantes pequeño (o incluso, no haberlo) y producir imágenes estructuradas de los mismos (en este caso, la importancia de los medios de comunicación social, por ejemplo, es decisiva). Entre el dato <<objetivo>> y su relevancia social subjetiva median mecanismos sumamente complejos que dependen, por lo general, de un **haz de factores** elaborados previamente y no exento de conflicto y ambigüedad." ALVITE, *Racismo*, p. 100 (subrayado nuestro).

⁸⁰.- ALVITE, *Racismo*, p. 92 ss.

en receptor de inmigración económica junto a otros dos factores con los que interacciona: en primer lugar, con la situación de **crisis económica y paro** elevado de la sociedad española destinataria de los inmigrantes en busca de empleo; y, en segundo lugar, con el **nuevo papel de controlador fronterizo** que España debe jugar dentro de la **Unión Europea** en cuanto límite inferior de Europa para con África y, en general, el llamado "tercer mundo"⁸¹.

Como se puede comprobar la situación española se acerca a un nuevo escenario a partir de los años 80 que otros países europeos ya vivían desde la crisis de los 70 (flujo de trabajadores sin demanda que los absorba), pero con una particularidad muy relevante. Tal y como ALVITE destaca, la necesidad de que España armonice su regulación en la materia de acuerdo a las nuevas coordenadas europeas⁸², determinará que se articule el **control jurídico formal del inmigrante con anterioridad a las muestras de rechazo social** (en ocasiones violento) al mismo. Esto es, primero se implementará la regulación legal (y el control policial) y sólo en una fase posterior la sociedad comenzará a dar muestras de rechazo al colectivo de inmigrantes a diferencia de la Europa más avanzada económicamente en donde el fenómeno fue inverso, de manera que las políticas restrictivas se justificaban oficialmente en clave preventiva con base en una respuesta social negativa previa⁸³. Veamos cómo se materializa de forma gradual el proceso señalado.

El punto de arranque de la **regulación de la inmigración** se sitúa precisamente a mediados de la década de los 80 en torno a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (desde ahora "Ley de extranjería")⁸⁴. Según ALVITE el conjunto legislativo que con la "Ley de extranjería" inicia su aparición en el Ordenamiento Jurídico español deberá enfrentarse a una realidad social en la que el inmigrante no se contempla con animadversión. Con otras palabras: no se dispone de la figura del inmigrante como enemigo en el imaginario colectivo español, de suerte, que la "Ley de extranjería" y posteriores complementos, así como la "puesta en escena" de la que se

⁸¹- En la misma línea ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 286 ss., aunque añaden como factores de aumento del fenómeno de la inmigración desde una perspectiva general europea, por un lado, las crecientes diferencias Norte-Sur y, por otro lado, la nueva situación creada tras el fin de la guerra fría (con la reorientación de la antigua Europa del Este hacia Occidente).

Para una profundización en las nuevas tendencias europeas en materia de extranjería y asilo fruto de la necesaria armonización de legislaciones, véase, ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 288 ss.

⁸²- Señalan ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 287 ss., que la política de cooperación europea sobre asilo y migración diseñada a mediados de los años 80 ha venido realizándose en diversos foros (comunitario e intergubernamental), pero que la coordinación se desarrolla principalmente a través de acuerdos de carácter intergubernamental (Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de aplicación de 1990; Convención de Dublín de 1990...) con una pérdida de protagonismo en la materia del Consejo de Europa.

⁸³- Esto es, para evitar reacciones sociales contra el inmigrante extranjero. ALVITE, *Racismo*, p. 107 ss., especialmente p. 109 ss.

⁸⁴- ARAGON BOMBIN, *Diez años*, pp. 51 y 52, establece el año 1985 como fecha de referencia para poder hablar de una política de "inmigración". La época previa se caracteriza, por el contrario, por una atención principal hacia los emigrantes españoles al extranjero y problemas derivados. Por otra parte, la denominada "Ley de extranjería" obedece, según el autor, a la llegada de inmigrantes en número creciente y a la necesidad de adecuación de la normativa a las pautas comunitarias. VARONA MARTINEZ, *La inmigración*, p. 249 ss., destaca que la "Ley de extranjería" no alude nominalmente al fenómeno de la inmigración, teniendo que esperarse todavía algunos años para que se hable en términos legislativos de política de inmigración.

rodean, van a ser en gran medida elementos que favorezcan la "construcción" de tal imagen necesaria para justificar la política restrictiva⁸⁵.

A la "Ley de extranjería" de 1985 seguirá -tras un período transitorio de 1986 a 1990- una importante "Proposición no de ley", aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de marzo de 1991, que supone, como señala ARAGON BOMBIN, un hito esencial en la articulación de la política cuyas bases fueron definidas en la "Ley de extranjería" citada. En dicha "Proposición" se insta al gobierno a llevar a cabo 11 medidas entre las que destacan por su mayor impacto las siguientes: la apertura de un nuevo proceso de regularización en 1991; la ratificación del Acuerdo de *Schengen*; la modificación de la Ley de Refugio y Asilo; y la creación de la Comisión Interministerial de Extranjería. Se trata en definitiva de una nueva fase que podría calificarse como de "política activa de inmigración"⁸⁶, en realidad, política activa *contra* el inmigrante.

ALVITE interpreta esta fase de política activa ante la inmigración como el momento clave en la definitiva construcción de la imagen del inmigrante como enemigo: entiende que, con base en el proceso de regularización de 1991, se sientan las bases para un cambio de discurso oficial consistente en convertir el problema de la inmigración en "el problema del rechazo a la inmigración"⁸⁷. Este nuevo discurso vendría a dar por supuesto que la "inmigración económica" provoca rechazo y a partir de ahí se precisa la regulación -en términos restrictivos⁸⁸- del flujo migratorio. El proceso de regulación jurídica culmina de esta forma la creación de la imagen -inexistente en sus inicios- del inmigrante "económico" como amenaza, como enemigo, para poder justificar la lógica de la "exclusión" que subyace a la regulación de extranjería⁸⁹.

A modo de recapitulación debe señalarse que el mero dato del cambio cualitativo (a "país de inmigración") del flujo migracional no explica suficientemente la problemática del fenómeno inmigratorio y menos aún como eventual factor monocausal del rechazo xenófobo del inmigrante. Es esencial integrar el dato en el contexto de paro y necesidad de armonización legislativa en la Unión Europea para comprender el papel que las instancias oficiales -a través principalmente de la regulación jurídica restrictiva y sus efectos- han jugado en la "construcción" del inmigrante como enemigo, sentándose así las bases para una reacción social xenófoba contra aquél. Pero no se agota aquí el conjunto de factores explicativos que dan sentido a la evolución del fenómeno de la "inmigración económica".

⁸⁵.- ALVITE, *Racismo*, p. 110.

⁸⁶.- Véase ARAGON BOMBIN, *Diez años*, pp. 56 y 57; con relación a la fase transitoria p. 53 ss.

⁸⁷.- ALVITE, *Racismo*, p. 91 ss.

⁸⁸.- Para un análisis de las consecuencias discriminatorias de la Ley de extranjería tanto para los inmigrantes "legales" como para los irregulares véase CACHON RODRIGUEZ, *Marco*, p. 111 ss., que alude al "marco institucional de la discriminación" a partir básicamente de la anterior Ley de extranjería y concretamente respecto del mercado laboral.

⁸⁹.- ALVITE, *Racismo*, p. 111 ss. Véase, también, DE LUCAS, *Fronteras*, pp. 43 ss., quien alude al papel de las instancias institucionales a la hora de reforzar una lógica excluyente del extranjero y, particularmente, a la función que desempeña la regulación de extranjería al respecto (especialmente p. 48 ss.).

b.2. Relevancia del dato del origen étnico de los inmigrantes.

De forma simultánea a la evolución legislativa en materia de extranjería y su papel "creador" y "justificador" de una lógica de exclusión como necesario remedio preventivo frente a la amenaza que representaría el inmigrante, debe analizarse también la utilización del **dato del origen étnico de los inmigrantes** en la construcción de su imagen como enemigos.

En efecto, se constata en la paulatina creación de la "imagen" del "inmigrante económico" la relevancia del hecho de que se produce una **variación del origen nacional y étnico en los inmigrantes** que afluyen a partir de los 80, ya que se trata principalmente de latinoamericanos y, en una fase posterior, de norteafricanos⁹⁰. Tal y como señala CACHON RODRIGUEZ el dato del origen étnico de los inmigrantes -más que el del crecimiento del volumen de extranjeros⁹¹- explicaría que la inmigración en España haya comenzado a ser un "hecho social", el que la inmigración comience a ser percibida por la sociedad como problema. La aparición de los extranjeros -los "verdaderos" extranjeros- determina la conformación de un "otro" en el imaginario español diferente de "otros" colectivos asentados secularmente en España (por ejemplo, el del gitano)⁹².

Resulta esclarecedor el proceso de construcción de un "otro" **diferente de los ya existentes en el imaginario colectivo español** en la medida en que aporta luz sobre la intencionalidad y la manipulación que sufre el complejo problema de la xenofobia en su falsa identificación con una parte de la inmigración -la "económica"- . ALVITE señala oportunamente cómo el racismo en España se asocia simbólicamente (al igual que en el resto de occidente) con la problemática nazi y con la opresión de las personas negras en los Estados Unidos de América. La asociación pues del concepto de racismo es con realidades lejanas -de presencia social más simbólica que real- y no, por ejemplo, con la discriminación de las personas gitanas, realidad ésta sin duda presente **real y socialmente** en España⁹³. La focalización preferente sobre el problema del rechazo al inmigrante "económico" concentra la atención en una de las manifestaciones de la xenofobia, la más reciente, ignorando el tradicional rechazo de la alteridad gitana en nuestro país u otras manifestaciones en esa línea.

⁹⁰.- LOPEZ DE LERA, *La Inmigración*, p. 239 ss.

⁹¹.- El volumen de extranjeros como dato explicativo de reacciones xenófobas es muy relativo en el nivel general europeo occidental pero, aún más, en el caso español. Con relación a Europa ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 286, ponen de manifiesto que el aumento del fenómeno migratorio debe contemplarse con reservas toda vez que el volumen total de extranjeros en suelo europeo es de un 4% y sólo un 2'5% es de origen extracomunitario. Estas cifras en comparación con las de otros continentes o países "no resultan en absoluto alarmantes". Con relación al Estado español su situación -aproximadamente un 2% de extranjeros- no es comparable con el volumen de extranjeros que soportan Estados como el alemán o el francés (8% y 6% de población extranjera en 1990) con ocho y siete millones respectivamente. España junto con Italia, Grecia y Portugal, vendrían a ser los países con menor proporción de población extranjera de la Europa Comunitaria. LOPEZ DE LERA, *La inmigración*, p. 240.

⁹².- CACHON RODRIGUEZ, *Marco*, p. 107.

⁹³.- El propio ALVITE, *Racismo*, pp. 101 y 102 ss., señala que la comunidad gitana es la más rechazada en nuestro país. En el mismo sentido afirma BERISTAIN que "El grupo étnico más amplio que en España (como en Irlanda) sufre discriminación y acoso racial sigue siendo la población gitana nativa que asciende (según algún especialista) a 400.000 personas". BERISTAIN, *Análisis*, p. 267. En sentido similar sobre la discriminación de la etnia gitana BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 226 ss.

En definitiva, el origen étnico, **reducido a la referencia a colectivos de inmigrantes "económicos"**, va a resultar también movilizado funcionalmente como elemento configurador del inmigrante como sujeto "extraño", "ajeno". Una representación facilitada por el hecho de que comienzan a afluir ciudadanos africanos de piel negra en cuanto permiten una identificación visual externa fisiológica de forma automática. Y se pone énfasis en que dicha construcción se realiza en torno a la inmigración, en la medida en que en el debate político o social surge precisamente a partir de la inmigración económica de los 80 y, en segundo lugar, porque se busca identificar en dicho debate la inmigración y la xenofobia como causa-efecto, quedando al margen, por ejemplo, la problemática secular española de la discriminación y xenofobia antigitana. No parece, con otras palabras, que preocupe realmente la xenofobia o la discriminación -nunca había preocupado la antigitana- sino más bien detener el flujo de inmigración con la coartada de la necesidad de poner en marcha medidas "para evitar males mayores".

b.3. El papel de los medios de comunicación social.

Como elemento complementario y potenciador tanto de la construcción "jurídica" del inmigrante como enemigo, como de la utilización del dato del origen étnico para los fines señalados, los medios de comunicación social van a llevar a cabo una interpretación poco cautelosa de los datos y estudios relativos al fenómeno de la inmigración contribuyendo así a amplificar y crear miedos infundados⁹⁴.

LOPEZ DE LERA señala que, en efecto, el flujo de inmigración latinoamericana y norteafricana de la década de los 80 es el que mayor repercusión ha tenido tanto en los medios de comunicación social como en las instancias estatales. Algunos incipientes estudios sobre los números de la inmigración resultan magnificados por los medios de comunicación creando una "sobreevaluación del flujo migratorio". Se transmite como asunción compartida -no necesitada al parecer de comprobación- la idea de que en España podría ocurrir algo similar a una suerte de invasión de inmigrantes del norte de África, en paralelo a una hipotética avalancha de inmigrantes de la Europa del Este tras la caída del muro de Berlín. Se comparaba la situación española con países de nuestro entorno como Francia o Alemania, al margen de la notable diferencia respecto de los datos reales de población extranjera residente. También destaca el tratamiento de los inmigrantes como un bloque homogéneo en cuanto a características sociales, culturales, económicas, etc. Dentro de la lógica periodística de "lo noticiable" se subrayaron y sobreenformaron los problemas causados por los inmigrantes marginales, a la vez que se magnificaban los datos sobre su volumen real entre nosotros y se ponía en relación de forma sistemática con la reacción xenófoba que recorría Europa⁹⁵.

b.4. Recapitulación.

El conjunto de factores expuestos indican que el problema de la xenofobia o la discriminación y su identificación con la inmigración resultan en gran medida inducidos a través de políticas que anticipan

⁹⁴.- Sobre la capacidad de los medios de comunicación de "gestionar" activamente la alarma social al margen de que aquélla esté o no fundada véase el interesante trabajo de RODRIGO ALSINA, *El conocimiento*, p. 73 ss., especialmente, p. 84 ss.

⁹⁵.- LOPEZ DE LERA, *La inmigración*, pp. 239 y 240.

y a la vez construyen imágenes de peligro, alarma y hostilidad respecto del inmigrante "económico". El significado social del "problema migratorio" y del rechazo que "necesariamente" suscitaría, se explican en gran medida desde el interés por poner en marcha políticas restrictivas "impuestas" desde la Unión Europea que se dirigen, esencialmente, a preservar el "sistema de bienestar europeo"⁹⁶ de la amenaza de tener que compartirlo con colectivos extranjeros con urgentes carencias económicas.

La construcción del estereotipo de los peligros asociados a la "inmigración económica" se canalizará básicamente mediante la política de extranjería y los mecanismos a ella conectados que fomentan la imagen amenazante del "inmigrante económico". Dicha imagen se refuerza por la posibilidad de identificación fisiológica externa de las remesas de inmigración más recientes, movilizándose también el dato del origen étnico de los extranjeros en la construcción de su imagen negativa. Los medios de comunicación social se harán eco, amplificándolas de forma inexacta e imprudente, de las ideas básicas sobre las que la imagen del "inmigrante" como "problema" se introducirá y consolidará en el imaginario colectivo español.

Se ha producido de esta forma una falsa y "rentable" identificación de la xenofobia o la discriminación (fenómeno general) con el rechazo a la inmigración económica (manifestación particular pero no única). Identificación falsa pues se pretende reducir la xenofobia a una parte de la misma, a saber, la que se manifiesta en la reacción frente a la inmigración, pero dejándose al margen otras manifestaciones de aquélla como los seculares problemas de racismo de la sociedad española particularmente frente al colectivo gitano. La identificación resulta además "rentable" pues objetivamente contribuye a dar carta de legitimidad social a una política restrictiva de extranjería que resultaba –y resulta– "poco coherente" con una sociedad española emigrante hasta hace muy pocos años.

El conjunto de factores que inciden en la configuración de las pretendidas justificaciones al rechazo de la inmigración no resulta, por otra parte, ajeno a la extensión de reacciones sociales xenófobas. Con otras palabras, la creación y consolidación de la imagen del inmigrante como enemigo resulta funcional a las reacciones xenófobas que se multiplican. Veámoslo.

c. La reacción xenófoba social y su reinterpretación "oficial".

Se constata, de manera sintomática, la aparición y proliferación de denominaciones como "sudacas" o "moros" precisamente en la década de los 80⁹⁷. Todavía no se produce una escalada de actos racistas o xenófobos pero se comienzan a detectar los primeros síntomas de construcción de figuras de enemigo en torno a los colectivos protagonistas de la inmigración de los años 80: los latinoamericanos y los norteafricanos.

Será después de 7 años (1985-1991) de inicio de la regulación (restrictiva) en materia de inmigración cuando comienzan a aparecer brotes racistas y xenófobos coincidiendo con la fase de

⁹⁶.- ORAA ORAA/RUIZ VIEYTEZ/GIL BAZO, *El extranjero*, p. 286.

⁹⁷.- LOPEZ DE LERA, *La inmigración*, p. 240. En el mismo sentido ALVITE, *Racismo*, p. 100, que indica que se superponen los denominados "sudacas" -como inmigrantes "económicos"- a las remesas de asilados políticos de las dictaduras latinoamericanas.

política activa de inmigración⁹⁸. Podría afirmarse que, aunque con retraso, se alcanza el estadio de reacción social en términos que se aproximan a otras sociedades de la Europa más industrializada aunque, como ya hemos señalado anteriormente, la cifra de residentes extranjeros es mucho menor que la registrada en esos otros Estados.

La aparición de brotes racistas y xenófobos en torno al año 1991 alcanza con el asesinato de la inmigrante dominicana Lucrecia en 1992⁹⁹ su punto más álgido y de mayor dramatismo en la opinión pública. Este asesinato representa simbólicamente la irrupción de una nueva fase en la reacción social frente al "inmigrante económico" debido a la notoriedad pública que alcanzó el acontecimiento¹⁰⁰. Según BERISTAIN el fallo de la Audiencia de Madrid (sección sexta) por este asesinato vendría a constituir "la primera sentencia que condena por un crimen racista"¹⁰¹, en la medida en que en ésta se ponen de relieve los sentimientos racistas y xenófobos que los procesados compartían, así como el móvil racista y xenófobo que informa su actuación.

El asesinato de la inmigrante Lucrecia y, en abstracto, las agresiones extremas que persiguen la aniquilación del inmigrante "económico" por extraño, por extranjero, por diferente, van a convertirse en un referente en el debate en la materia. Desde el discurso oficial y subyacente a la legislación de extranjería se identifica la xenofobia y el racismo con esa manifestación extrema de agresión física. Ahora bien, se elude la reflexión que permita descubrir cómo la lógica de "exclusión" presente en la regulación de extranjería, pero también presente en la discriminación secular social española contra los gitanos, constituyen también manifestaciones racistas y xenófobas o, por lo menos, resultan funcionales a su aparición y consolidación. Desde las instancias oficiales, sin embargo, no se establece relación alguna entre la regulación restrictiva frente al inmigrante y la reacción extrema de agresión al extranjero. Dicha regulación se asume precisamente como una respuesta "necesaria" para evitar las muestras de rechazo social. Pareciera como si el racismo y la xenofobia fueran exclusivamente las agresiones practicadas por grupos reducidos de *skin-heads* o neonazis que dirigen su actuación a aniquilar físicamente al diferente¹⁰².

⁹⁸.- ARAGON BOMBIN, *Diez años*, p. 57;

⁹⁹.- Los hechos se remontan al **13 de noviembre de 1992** día en el que Luis M.P. -guardia civil que frecuentaba reuniones de grupos neonazis- en compañía de tres menores de edad -igualmente pertenecientes a grupos neonazis- tras decidir dar un escarmiento a unos inmigrantes dominicanos se personaron en el edificio en ruinas en que éstos vivían. Después de introducirse en una de las habitaciones del edificio y al tiempo que uno de los menores apagaba la luz de vela de dicha habitación, Luis efectuó tres disparos indiscriminados con las piernas flexionadas contra las siluetas de los moradores que podía distinguir gracias a la luz pública exterior de la casa. Los disparos acabaron con la vida de Lucrecia, inmigrante dominicana. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de **4 julio 1994**, por la que se condena a Luis por un delito de asesinato (Lucrecia) y otro de asesinato frustrado (el resto) con las agravantes de disfraz y morada a penas de 30 y 24 años respectivamente (así como 24 años para cada uno de los menores acompañantes), fue confirmada -tras rechazarse el recurso de casación correspondiente- por el TS en sentencia de **18 marzo 1996**.

¹⁰⁰ .- Hasta el punto de que, como señalan LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código*, p. 55, de las reivindicaciones sociales que se derivaron de dicho asesinato se introdujo en el Proyecto de 1992 (en el trámite de Comisión, que no llegó a superar) la denominada agravante de racismo de la que *infra* habremos de ocuparnos.

¹⁰¹.- BERISTAIN, *Análisis*, p. 266.

¹⁰².- ALVITE, *Racismo*, p. 113 ss. En términos sociológicos se pretende legitimar el racismo cultural o neorracismo de "exclusión" frente al racismo biologicista de "inferiorización". Por ello las prácticas de exclusión legales o institucionales respecto de los inmigrantes o incluso sociales (discriminación de los gitanos) se consideran lícitas y se pretenden desgajar del

El discurso oficial sobre la xenofobia y el racismo se dirige a encubrir lo que de contradicción entraña el hecho de tener que castigar y condenar, por un lado, manifestaciones extremas de racismo y xenofobia y amparar, impulsar y legitimar, por otro, conductas y prácticas de exclusión institucional canalizadas básicamente mediante la Ley de extranjería. Se pretende condenar sin ambages los excesos xenófobos y racistas más radicales y a la vez mantener la política de exclusión del inmigrante y extranjero como si se tratara de dos aspectos completamente diferentes y en modo alguno interrelacionados. Para ello no queda otra opción que forzar los conceptos y reducir el de xenofobia y racismo a una parte del mismo -el que tiene que ver con la reacción extrema y de agresión contra el colectivo de inmigrantes- en aras de un doble objetivo: salvar su actuación en materia de extranjería de la tacha de xenófoba o racista y, a la vez, identificar el peligro xenófobo como coartada de su actuar "preventivo" en este campo.

A partir de esta lógica oficial no hay inconveniente en reconocer los brotes de racismo y xenofobia de carácter extremo, ni en posicionarse frente a ellos con la máxima contundencia dialéctica y jurídica incluso arbitrando distintas medidas penales.

Un ejemplo de la sensibilidad ante manifestaciones de xenofobia extremas o relativas a prácticas racistas de gran repercusión "simbólica", pero relativamente alejadas de la realidad social española, lo constituye el eco que alcanzó la sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, de 11 de noviembre (Sala 1ª). El tribunal se pronunciaba sobre la eventual afección del honor ante declaraciones vertidas por un ex jefe nazi relativizando e incluso poniendo en tela de juicio el propio holocausto del pueblo judío¹⁰³. En este momento quisiéramos subrayar que la sentencia se convertirá en referente expreso para la Ley de 1995¹⁰⁴ y que pone de manifiesto la sensibilidad del legislador por las conductas racistas pertenecientes al "racismo simbólico" en este caso nazi o neonazi. La legislación penal antixenófoba de la Ley de 1995 se fija así preferentemente en conductas de alto componente simbólico -propias del universo ideológico nacionalsocialista- como ejemplo paradigmático del auge del racismo y la xenofobia. Parte, en definitiva, de los esquemas del discurso oficial esbozado que tiende a identificar el racismo y la xenofobia con su manifestación más extrema y simbólica.

Habiendo analizado el contexto sociológico del fenómeno migratorio en sus relaciones con el racismo y la xenofobia, estamos en disposición de pasar a estudiar el contenido de la Ley de 1995 que irrumpe precisamente en el nuevo escenario social ya descrito. Abordaremos en primer lugar los

concepto de xenofobia o racismo que se identifica –confundiéndose engañosamente la parte con el todo- con algunos comportamientos extremos y simbólicos de aniquilación. No obstante, ambas "lógicas", la de exclusión y la de aniquilación, comparten una misma naturaleza (p. 104 ss.).

¹⁰³.- La STC 214/1991, de 11 de noviembre (Sala 1ª), aborda la cuestión de la protección **civil** del derecho al honor con relación a unas declaraciones racistas vertidas por Leon Degrelle, ex jefe de las *Waffen S.S.*, sobre la actuación nazi con los judíos y en los campos de concentración, en donde se pone en tela de juicio la existencia de aquéllos. En la misma línea, aunque en vía **penal**, ha de mencionarse también la STC 176/1995, de 11 de diciembre (Sala 2ª) con relación a un libelo vejatorio del pueblo judío.

¹⁰⁴.- En cuya Exposición de Motivos se señala que es precisamente "La proliferación en distintos países de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de la ideología **nazi** (..)" (subrayado nuestro) uno de los motivos que lleva al legislador a incorporar nuevos tipos penales relativos a esta materia, sin que, por otra parte, se entienda limitado ilegítimamente el pleno disfrute de la libertad de expresión o ideológica.

antecedentes legislativos para, posteriormente, exponer las líneas críticas más significativas de la normativa resultante. Por último, a la luz del análisis jurídico-penal, trataremos de interpretar el sentido y función de la política criminal antixenófoba en el contexto general señalado.

2.2.2. La Proposición de Ley relativa a la apología del genocidio y su discusión.

La Ley de 1995 se va a presentar desde el propio legislador como el preludio o primer embrión de una "Ley contra el racismo"¹⁰⁵. Si bien 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), se procede a introducir, entre otros preceptos, un <<delito de provocación>> xenófoba (artículo 165 ter), antecedente del actual artículo 510 CP. 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 reflejarán 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.

a. La idea inicial: tipificación de la apología del delito de genocidio.

La iniciativa legislativa parte de una Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología del delito de genocidio, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso¹⁰⁶. La exposición de motivos que acompaña a dicha iniciativa revela expresamente cuáles son los acontecimientos que impulsan el proceso que aquella pone en marcha: por un lado, la constatación de la "(...) proliferación en distintos países de Europa de violencia antisemita y racista que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi (...)"; por otro lado, y de forma cumulativa, "(...) la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre (...) "¹⁰⁷.

¹⁰⁵.- 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: "(...) preludio 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.

¹⁰⁶.- Admitida a trámite por la Mesa de la Cámara el día 28 de diciembre de 1993. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley*, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1, p. 1 ss.

¹⁰⁷.- Ambas manifestaciones se recogen en el párrafo primero de dicha Exposición de Motivos cuyo tenor literal permanecerá intacto hasta su conversión definitiva en ley. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley*, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1, p. 1.

En toda la Exposición de Motivos no se produce una sola referencia expresa al fenómeno de la inmigración, a pesar de que es precisamente en este contexto donde se pretende situar en nuestro país el problema "reactivo" del racismo y la xenofobia tanto a nivel del discurso oficial como de los medios de comunicación social. Tampoco se alude a la situación de la etnia gitana. La referencia a la realidad española se da "por supuesto" en la medida en que se afirma que:

"Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno"¹⁰⁸.

Pero ¿a qué fenómeno se refiere el legislador?: ¿al nazismo?, ¿al genocidio?, ¿a ambos?, ¿al racismo en general?

El hecho de aludirse en la Exposición de motivos a la violencia racista y **antisemita** en los términos señalados (en conexión principalmente con la ideología nazi) y de proponer la incriminación de la figura de la apología "exclusivamente" del delito de genocidio apunta, como muy probable, hacia la hipótesis de que preocupa en primer término la "difusión de ideología" sobre todo de tipo "nacionalsocialista" en sus versiones de posguerra y, más concretamente aún, en su modalidad de ensalzamiento -en sentido amplio- del genocidio a que aquélla abocó.

No parece que sea objeto de preocupación el fenómeno del racismo en su totalidad o la exclusión étnica¹⁰⁹. O no, por lo menos, a la hora de proponer una tipificación que parte, a nuestro juicio, de una "realidad" más de tipo simbólico (el universo nacionalsocialista y su holocausto como referente emocional) y extranacional, que de presencia real y empíricamente constatada en la sociedad española.

Tampoco preocupa todo el fenómeno nacionalsocialista sino más bien su extensión ideológica, y concretamente, en su versión de ensalzamiento y aprobación del genocidio. Reflejo de ello el legislador se decanta por la tipificación de la apología de dicho genocidio que, eso sí, se redacta no como tipo "ad hoc" referido al fenómeno nazi en exclusiva, sino como apología "genérica" de cualquier genocidio, habida cuenta de los acontecimientos de la ex-Yugoslavia. No extraña en este contexto la referencia en la Exposición de motivos de la Ley de 1995 a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, como elemento legitimador en la medida en que, por una parte, dicho pronunciamiento judicial versa sobre un supuesto de hecho referido a declaraciones antisemitas filonazis negadoras y banalizadoras del holocausto y, por otra parte, aporta un argumento de autoridad en cuanto a la indemnidad de la libertad de expresión a pesar de verse incriminada la apología.

En definitiva, el legislador parece dirigir sus esfuerzos "antirracistas" en el entendido de que la ideología racista nazi o neonazi y su relación con el genocidio constituyen la manifestación racista más deplorable y urgente a combatir.

En otro orden de cosas, el legislador también pretende legitimar la iniciativa aludiendo a la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones jurídico-internacionales pendientes, en concreto, las

¹⁰⁸.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1*, p. 1.

¹⁰⁹.- Términos que se equiparan en el párrafo tercero de la Exposición de Motivos. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1*, p. 2, y que se mantuvieron como equivalentes en la Exposición de Motivos definitiva de la Ley.

derivadas del Convenio de Nueva York de 1948 -relativo al genocidio- y de la Convención de 1965 (discriminación racial). Respecto de ésta última sorprende que se opte, al menos al inicio de la propuesta legislativa, por la apología del delito de genocidio como única figura penal adecuada para dar satisfacción a la obligación de incriminación del artículo 4 de dicha Convención. En vez de un delito de provocación xenófoba, tal y como expresa la letra "a" del citado artículo 4¹¹⁰, se opta por referir el tipo penal únicamente a la apología del genocidio con lo cual se dejaría sin atender debidamente el mandato incriminador del instrumento internacional referido¹¹¹.

Llegados a este punto, debe ponerse de relieve la desorientación que demuestra el legislador y que se refleja desde el texto inicial de la Proposición de Ley. La desorientación es fruto, en primer lugar, de una insuficiente base conceptual y empírica del fenómeno objeto de regulación. El racismo y la xenofobia se identifican en sede penal con una manifestación simbólica del mismo: el movimiento ideológico nazi o neonazi y su relación con el genocidio. Esta identificación de una parte -simbólica- con el todo -que no se define- desenfoca los esfuerzos legislativos hacia un tipo de apología del genocidio. Se constata así el desconocimiento tanto del objeto genérico de regulación -racismo o xenofobia- como de la realidad concreta española a que los tipos se pretende que respondan. De forma añadida, la desorientación se manifiesta a su vez en la clase de figura penal por la que se opta en aparente cumplimiento de las obligaciones internacionales, particularmente, de las derivadas de la Convención de 1965 (discriminación racial): una vez más el delito de provocación xenófoba es preterido dándose entrada a un tipo "marginal"¹¹² en el contexto del derecho internacional y comparado.

A partir de estas premisas la evolución de la iniciativa legislativa demostrará que el debate, huérfano de objeto de referencia real, "tiende" a ampliar indefinidamente el ámbito típico de las conductas y el elenco de figuras delictivas que se consideran merecedoras de sanción penal.

b. La fase de enmiendas: propuesta de delito de provocación y de una agravante genérica por motivos xenófobos.

De las seis enmiendas presentadas a la Proposición de ley destacan, por un lado, la número 1 (presentada por el Grupo Federal IU-IC) y la número 3 (del Grupo Socialista) dirigidas a modificar la redacción del delito de apología del genocidio; por otro lado, la trascendental enmienda número 6 (del Grupo Socialista) que propone la creación de una agravante genérica por motivos xenófobos además de un delito de provocación¹¹³.

¹¹⁰.- Artículo 4: (Convención de 1965) "(...) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a la actividades racistas, incluida su financiación".

¹¹¹.- Respecto del grado de obligatoriedad del artículo 4 véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 96 ss.

¹¹².- Así, a modo de ejemplo, en Alemania, país que protagonizó el holocausto, se ha tenido que esperar hasta la reciente Reforma de 1994 para que se incorpore en el *StGB* la denominada "negación de *Auschwitz*" como conducta punible de apología del genocidio nazi. Tal inclusión se viene a situar sistemáticamente como párrafo independiente y añadido al delito de incitación (§130), auténtico instrumento penal clave en la materia vigente ya desde 1960. Véase, para una profundización en la normativa alemana, LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, p. 529 ss.; DEL MISMO, *La intervención*, p. 129 ss.

¹¹³.- El resto de enmiendas -la número 2, 4 y 5, todas del Grupo Socialista- proponen la modificación de la Exposición de

Con relación al **delito de apología del genocidio** las enmiendas de IU-IC (número 1) y del grupo socialista (número 3) aportan las propuestas básicas a partir de las cuales resultará la redacción definitiva del mismo. Al margen de otras consideraciones críticas respecto a la redacción típica finalmente aprobada, sobre las que más adelante habremos de volver, interesaría destacar un aspecto de la enmienda número 1 del grupo de IU-IC: a saber, el hecho de que se inspirara en la Resolución de 21 de abril de 1993 del Parlamento Europeo.

En efecto, la propia motivación de la enmienda número 1¹¹⁴ alude a la Resolución A3.0127/93, de 21 de abril, y más específicamente, al punto 12 párrafo 2º de dicho documento del Parlamento Europeo, en el cual, literalmente, se contiene la siguiente recomendación:

" (...) la adopción por todos los Estados miembros de una **legislación adecuada** que castigue la negación de los genocidios cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, así como la apología y la tentativa de rehabilitación de los regímenes y las instituciones que fueron autores y cómplices de los mismos"¹¹⁵.

A pesar de la evidente no obligatoriedad jurídica de este tipo de recomendaciones, aunque sólo quisiera seguirse como directriz política, resulta manifiesto que no exige ni siquiera legislación de tipo penal y que, además, se refiere específicamente al fenómeno del genocidio nacionalsocialista. Pues bien la enmienda aludida (número 1) copia, incluso literalmente, algunos aspectos de la Recomendación transcrita proponiéndose una tipificación en los siguientes términos:

- "a) Los que negaren, tergiversaren, minimizaren, banalizaren, justificaren o hicieren apología de los delitos tipificados en el mismo.
- b) Los que promovieren la apología o pretendieren la rehabilitación de los regímenes e instituciones que fueron autores o cómplices de hechos tipificados en el artículo anterior. (...)"¹¹⁶.

La redacción típica excede la apología en sentido estricto, de suerte que también resulta delictiva la negación, banalización o justificación del genocidio o la pretensión de rehabilitación de regímenes autores o cómplices del mismo. Por el momento baste con constatar cómo un documento del Parlamento Europeo, a pesar de su función primordial de "orientación política", acaba inspirando directa e incluso literalmente la redacción típica del "delito de apología" resultando así un precepto con enormes problemas de indeterminación y con el riesgo de una peligrosa ampliación del ámbito punible que se extiende, además, no ya sobre los hechos relativos al genocidio nazi, sino, en general, sobre cualquier delito de genocidio.

motivos (número 2), la de la redacción referida a la pena de inhabilitación en los delitos de genocidio y apología del genocidio (número 4) y el ajuste de aspectos puramente formales (número 5). CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, pp. 14 y 15.

¹¹⁴.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, p. 13.

¹¹⁵.- DO C 150 de 31.5.93, p. 130 (subrayado nuestro).

¹¹⁶.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, p. 13.

Respecto de la enmienda número 6, va a suponer un cambio esencial en la iniciativa legislativa en la medida en que pretende, además de la tipificación de la apología del genocidio, la inclusión de otros dos instrumentos jurídico-penales de mayor calado: **una agravante genérica y un delito de provocación**.

Una enmienda de semejante entidad obedece, según explica el proponente, a la voluntad de adelantar las propuestas que en este sentido se estaban realizando para la confección del que sería nuevo Código penal de 1995¹¹⁷. Dicha enmienda, por lo que al delito de provocación se refiere, ponía las bases, por un lado, para una política penal antixenófoba más próxima al Derecho comparado de nuestro entorno cultural. Por otro lado, suponía un cumplimiento más preciso de las obligaciones jurídico-internacionales, particularmente, de la Convención de 1965 (discriminación racial).

La propuesta de arbitrar una agravante genérica representa, por otra parte, un "audaz paso adelante" en la medida en que se incorpora una figura penal con escaso predicamento todavía en Europa occidental y situaría a la normativa española en este sentido entre el grupo de países que cuentan con mayor diversidad de conductas xenófobas punibles. Debe destacarse que, si bien se trata de una agravante genérica a ubicar en la Parte General del Código, *de facto* restringe su ámbito de aplicación a una clase de delitos (los cometidos contra las personas o el patrimonio).

Tanto la agravante como el delito de provocación se refieren exclusivamente a causas o razones xenófobas: esto es, a conductas que deben ser llevadas a cabo por razón de la raza -con especial referencia al antisemitismo-, del origen nacional o étnico o profesión religiosa de la víctima. Sin embargo no se equiparan exactamente en ambas figuras penales las causas. Así en la agravante, junto al racismo, se hace referencia al antisemitismo, término este último que no se menciona en el delito de provocación xenófoba. De igual manera, en la agravante se menciona la profesión religiosa de la víctima, mientras que en el delito de provocación xenófoba no. Esta ausencia de homogeneidad respecto de las causas denota la imprecisión del legislador o su falta de claridad sobre el alcance de dichos conceptos. En cualquier caso, debe insistirse en que ninguna causa hace referencia a conceptos ajenos al universo conceptual xenófobo en sentido amplio, esto es, no se comprenden otros ámbitos de discriminación ajenos al étnico. Este hecho, no obstante, se va a ver sustancialmente modificado a partir del "Informe de la ponencia" que a continuación vamos a analizar.

c. Extensión del ámbito punible a conductas lesivas de la "igualdad".

Debe destacarse el absoluto consenso y unanimidad que preside la redacción del "Informe de la ponencia", de suerte que con el acuerdo al que se llega, tal y como se afirma en la apertura del debate en la Comisión del Congreso, prácticamente se asumen todas y cada una de las enmiendas que se habían presentado¹¹⁸. Ahora bien, en el citado "Informe de la ponencia" se registran a su vez otras

¹¹⁷.- En concreto vienen a ser una copia literal de los preceptos 23-5º y 490 del Proyecto de Código penal de 26 de septiembre de 1994.

¹¹⁸.- Debido a lo cual primero se procede a la votación del informe de la ponencia que se aprueba por unanimidad y sólo posteriormente cada grupo toma la palabra para explicar el voto emitido. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Comisión de Justicia e Interior, Núm. 391, pp. 12089 y 12090.

modificaciones de capital importancia que se introducen *ex novo* en esta fase y que se mantendrán prácticamente incólumes hasta la aprobación del tenor definitivo de la Ley de 1995¹¹⁹.

El cambio esencial consiste en el conjunto de modificaciones que se introducen respecto de las causas o ámbitos de conducta sobre las que habrían de proyectarse la agravante y el delito de provocación. El texto del "Informe de la ponencia" incorpora en concreto la mención expresa a una serie de causas nuevas tanto en la agravante genérica como en el delito de provocación, ampliando y, por otra parte, homogeneizando casi totalmente¹²⁰, la referencia a las mismas en ambos delitos.

En efecto, el artículo 165 ter se refiere a la comisión de la conducta típica (provocar, incitar, a la discriminación...): "(...) por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su **ideología, religión o creencias** (...)"¹²¹.

De igual manera el artículo 10-17 referido a la agravante genérica mantiene una redacción típica de causas sustancialmente equivalente a la vista respecto del delito de provocación, con el único añadido diferencial de mencionar expresamente el antisemitismo¹²². En el caso de la agravante la ampliación de causas es menor respecto de la fase de enmiendas, pues en la enmienda que originariamente la proponía ya se mencionaba expresamente, junto a otras causas xenófobas, la "profesión religiosa"¹²³ que ahora desaparece integrada -y ampliada- en los tres nuevos términos que se añaden: "ideología, religión o creencias".

Las razones por las que el legislador se decide a realizar semejante ampliación no se expresan con suficiente claridad y parece ser, a tenor de las declaraciones de LOPEZ GARRIDO, que obedecería a que constituyen: "principios profundamente protegidos por nuestra Constitución, como es la ideología, la religión o las creencias"¹²⁴.

¹¹⁹.- La aprobación unánime del "Informe de la ponencia" lleva, tras la fijación de la posición de los grupos en la Comisión del Congreso, a un dictamen de la Comisión que contiene lo que, salvo variaciones sin importancia de tipo puramente formal, vendrá a convertirse en tenor definitivo de la nueva Ley de 1995.

¹²⁰.- Y es que no acaba de comprenderse la razón por la cual junto al "racismo" se mantiene el término de "antisemitismo" en la agravante y no en el delito de provocación xenófoba como a continuación se podrá comprobar.

¹²¹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 23 de diciembre de 1994, Núm. 52-9*, p. 21 (subrayado nuestro), en contraste con la propuesta inicial de la enmienda que se refería en exclusiva, recordémoslo, a conductas "(...) por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza (...)" en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, p. 15.

¹²².- "17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio **por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias** de la víctima". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 23 de diciembre de 1994, Núm. 52-9*, p. 21 (subrayado nuestro).

¹²³.- "17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima." CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, p. 15.

¹²⁴.- Ampliación que le merece a LOPEZ GARRIDO una valoración muy positiva. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisión de Justicia e Interior, Núm. 391*, pp. 12089 y 12090.

Este modo de argumentación que recurre a declaraciones constitucionales o internacionales de carácter genérico para legitimar la incriminación no es exclusivo de la cuestión relativa a la ampliación de causas sino que representa, más bien, una constante en la elaboración de la ley en su conjunto. Se echan en falta argumentaciones materiales que hicieran frente a problemas ligados a este tipo de regulación como, por ejemplo, la eventual afección de la libertad de expresión¹²⁵. Tanto el debate en Comisión¹²⁶ como la aprobación posterior en el Pleno del Congreso es buena muestra de la ausencia de una discusión en este sentido.

Podría asegurarse que el propio discurso genérico que desde un principio maneja el legislador pone las bases para consensuar ampliaciones progresivas en el ámbito y en la variedad de figuras penales. El ángulo de enfoque originario que apuntaba hacia el genocidio, acaba así dirigiéndose, en general, a otras "conductas penales que tengan motivación racista"¹²⁷, e incluso se llega a enmarcar la ley en la lucha contra la tolerancia¹²⁸.

La manifestación extrema de esta ampliación progresiva del discurso justificativo de la futura ley -y, por tanto, de los supuestos sobre los que debería proyectarse- se detecta en la discusión del Pleno subsiguiente al trámite de Comisión del Congreso: la nueva ley habría de servir a la necesidad de aprender a respetar la diferencia en general, fuera de tipo étnico, sexual, ideológica o de otra naturaleza¹²⁹.

Esta ampliación del discurso justificativo de la ley como instrumento al servicio de la tolerancia se completa también, en el debate del Pleno, con referencias más claras y directas a conductas de reacción frente a los extranjeros de corte no exclusivamente nazi. ALEMANY I ROCA alude a las

¹²⁵.- Como única referencia a este aspecto en el debate del Pleno ROBLES FRAGA entiende que "ha quedado claro (...) que no se trata de un delito de opinión" sin explicar el porqué de tal afirmación. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6685.

¹²⁶.- En la fase de Comisión del Congreso se justifica la propuesta en la necesidad de atender las recomendaciones que en el ámbito europeo se vienen realizando y, por otro lado, las derivadas de documentos internacionales de ámbito más universal así como de la propia Constitución española. De forma significativamente clara ROBLES FRAGA, en representación del grupo parlamentario popular, considera que la ampliación de la proposición originaria responde a obligaciones de carácter europeo (tanto del Parlamento Europeo como particularmente del Consejo de Europa) y de carácter internacional (con mención expresa a la Convención del genocidio de 1948 y a la Convención de 1965 -discriminación racial-). Por último hace una referencia genérica a la tolerancia y a la Constitución española. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisión de Justicia e Interior*, Núm. 391, p. 12091. De igual forma, como ya señalábamos, LOPEZ GARRIDO se refiere tanto a la armonía de la futura ley con la Constitución española como a la buena contribución que dicha ley supondrá para el "año europeo contra el racismo" -por 1995- (*op. cit.*, pp. 12089 y 12090). Finalmente también el representante del grupo socialista, VALLS GARCIA, se refiere a la importancia de la futura ley para la lucha contra la intolerancia (*op. cit.*, pp. 12091 y 12092).

¹²⁷.- Así, por todos, LOPEZ GARRIDO en la fijación de postura de los diversos grupos parlamentarios en la Comisión del Congreso en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisión de Justicia e Interior*, Núm. 391, p. 12090.

¹²⁸.- Así ROBLES FRAGA en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisión de Justicia e Interior*, Núm. 391, p. 12091.

¹²⁹.- En este sentido, ALEMANY I ROCA en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6683. LOPEZ GARRIDO, por su parte, reitera su referencia a los motivos "de discriminación" en general junto a los comentarios con relación a supuestos de tipo racista y xenófobo en *op. cit.*, p. 6684. VALLS GARCIA, por su parte, incide de forma más clara en la defensa que de la "tolerancia" se llevará a cabo mediante la futura ley a la que considera, además, ejemplo de política progresista en todo Europa, en *op. cit.*, pp. 6685 y 6686.

manifestaciones de intolerancia frente a los extranjeros que se suceden en las principales ciudades europeas y a la necesidad de integración de estos colectivos¹³⁰. LOPEZ GARRIDO subraya la "cotidianidad" de los actos racistas, como denegación de alquileres o incluso redadas policiales en función simplemente del color de la piel¹³¹. ROBLES FRAGA pone además en relación los "brotos" ideológicos de justificación del genocidio y de la discriminación racial con reivindicaciones de la comunidad judía y gitana¹³². La ampliación del discurso justificativo orienta las miradas desde el genocidio a la transgresión de la tolerancia y desde el racismo simbólico a todo tipo de conductas de negación de la diferencia en la línea de tutela del principio de igualdad.

d. Algunas conclusiones en torno al proceso legislativo de la Ley de 1995.

La Ley de 1995 refleja a lo largo de su tramitación y discusión parlamentaria la "desorientación" del legislador ante el modelo de política criminal antixenófoba que se pretende configurar. Se evoluciona desde una propuesta, de inspiración más bien simbólica y puramente ideológica, que se cifra en la pretensión de incriminación restringida a la apología del genocidio y muy ligada a la identificación del racismo y la xenofobia con su manifestación propagandística en círculos neonazis de negación del holocausto, hacia otra propuesta, mucho más amplia, que persigue incorporar además el delito de provocación y una agravante genérica. Pero la ampliación no afecta únicamente a la variedad de las figuras penales, sino también al ámbito de proyección de las mismas: no sólo se aspira ya a prohibir comportamientos xenófobos sino que se extiende el ámbito punible a conductas que obedecen a diferenciaciones de tipo ideológico en sentido amplio, más en la línea de protección del principio de igualdad.

La evolución descrita puede explicarse a partir de diferentes factores. El legislador desconoce el fenómeno del racismo y la xenofobia tanto conceptual como empíricamente, lo que le lleva a un discurso general de gran imprecisión. La realidad objeto de regulación y el diagnóstico social del problema se dan por supuesto, sin que se parta de una delimitación conceptual precisa o de una investigación empírica referida a las manifestaciones xenófobas de la sociedad española que se quieren castigar.

Ante la falta de conocimiento de la realidad del racismo y la xenofobia se tiende a identificar dicha realidad con manifestaciones más bien simbólicas de la misma al margen de su presencia real en la sociedad española. El legislador selecciona de esta manera la propaganda filo-nazi y la apología del genocidio en particular como las manifestaciones de racismo y xenofobia que a su parecer con más urgencia y necesidad debían ser castigadas.

Ahora bien, las referencias al objeto de regulación, aunque centradas en un nivel más bien simbólico, adolecen en todo caso de un exceso de generalidad e imprecisión cuya incriminación se justifica con apelaciones vagas y genéricas a declaraciones e instrumentos europeos e internacionales así como a principios de la Constitución. A un objeto de regulación difuso corresponde también un discurso justificador y legitimador igualmente difuso.

¹³⁰.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6683.

¹³¹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6684.

¹³².- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6685.

El grado de generalidad, tanto en las referencias a la realidad a que la normativa habría de dirigirse, como en el discurso justificador de la incriminación, unido a un método discursivo inductivo, terminarán -por abstracción- desplazando el punto de mira inicial del legislador desde el "racismo y la xenofobia" hacia la "tolerancia" en general, esto es, a conductas diferenciadoras por motivos xenófobos u otros propios del amplio elenco que admite el principio de igualdad¹³³.

El proceso legislativo de la Ley de 1995 es pues, en resumen, un proceso de "progresiva ampliación" tanto en figuras penales como en sus ámbitos de punición fruto de la propia inercia de un discurso voluntarista y bienintencionado, pero desconocedor del objeto de regulación, lo que deriva en un desplazamiento expansivo por abstracción del interés de regulación desde un racismo y xenofobia simbólicos hacia la categoría general del principio de igualdad.

A este panorama se añade una técnica de configuración típica de los preceptos muy defectuosa que pasamos a analizar y que, como veremos a continuación en una consideración final sobre el sentido de la Ley de 1995, desempeña -al margen de lo que podría ser la intención del legislador- una función de encubrimiento ideológico que se coordina perfectamente con el discurso oficial subyacente al tratamiento jurídico extra penal de la inmigración.

2.2.3. La nueva normativa penal antixenófoba de la Ley de 1995.

Habida cuenta de la efímera vigencia¹³⁴ de la Ley de 1995 a continuación sólo pretendemos presentar una caracterización general, en modo alguno exhaustiva, de los aspectos más significativos de las figuras objeto de regulación que aspira a poner de manifiesto cómo la indefinición del programa político-criminal que mueve al legislador repercute drásticamente en la elaboración técnica de la ley. Elaboración en la que ya se detectan algunos aspectos especialmente criticables que, por otra parte, no serán corregidos -sino en ocasiones incluso profundizados- en la regulación vigente del Código.

Hemos tenido ya ocasión de indicar algunas cuestiones clave que contribuían en gran medida a explicar el resultado final de la Ley de 1995 desde la perspectiva del legislador. Se insistía particularmente en la ausencia durante el decurso del trámite parlamentario de un debate respecto de los problemas que podrían suscitarse de invasión del ámbito de ejercicio legítimo de derechos fundamentales, como, por ejemplo, significadamente el derecho a la libertad de expresión o a la libertad ideológica. Bien es cierto que el propio legislador hacía una referencia desde el principio, en la Exposición de Motivos, a las posibles objeciones que se podrían aducir por la eventual perturbación

¹³³.- Este movimiento expansivo no alcanza su punto culminante en los preceptos de la Ley de 1995 pero la inclusión de las causas referidas a la ideología, la religión o a las creencias marcan, sin duda, una tendencia de ampliación. En el Código penal vigente de 1995 se alcanzará un grado de expansión de la normativa mucho mayor respecto de ámbitos propios del principio de igualdad.

¹³⁴.- Desde el día 13 de mayo de 1995 (día siguiente al de su completa publicación en el BOE conforme establece la disposición final única de la ley) hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal el día 24 de mayo de 1996, apenas si excede en un año el tiempo de vigencia de la nueva Ley de 1995.

ilegítima precisamente de la libertad de expresión. E incluso en el debate del Pleno algún diputado negaba categóricamente que se tratara, en ningún caso, de delitos de "opinión"¹³⁵.

A continuación vamos a tratar de profundizar en estas cuestiones y conocer la valoración doctrinal al respecto. Cabe avanzar desde ahora que la desorientación del legislador, manifestada tanto en la tendencia a ampliar el ámbito punitivo como en el uso de conceptos poco precisos y omnicomprendidos, combinada, a su vez, con la utilización de la figura de la apología, no parecen suscitar expectativas demasiado halagüeñas. Y todo ello muy a pesar de los loables fines que se invocan para justificar la Ley de 1995.

El análisis va a venir referido a tres aspectos principales: en primer lugar, al concepto de apología que se pretende plasmar en los textos legales; en segundo lugar, a las características más significativas del delito de provocación del artículo 165ter y, finalmente, a la nueva agravante genérica que se incorpora.

a. Peculiaridades del concepto de apología en la Ley de 1995.

La Ley de 1995 utiliza un concepto de apología en parte común para el delito de apología del genocidio del artículo 137 bis b) y para el delito de provocación del artículo 165 ter. Así, aunque el concepto de apología no es absolutamente coincidente en ambas figuras¹³⁶, éstas presentan un concepto nuclear común consistente en el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento de su autor¹³⁷.

Como señala CUERDA ARNAU la novedad no se produce por el hecho de utilizar la figura de la apología cuya aparición por primera vez data del siglo XIX. La novedad consiste en el hecho de que la Ley de 1995 utiliza la apología en ámbitos ajenos al del terrorismo, o más precisamente, en delitos que no son la expresión violenta de la discrepancia política. Esta expansión del castigo de la apología a otros sectores de actividad provoca, a juicio de la autora, "mayor sobresalto" en la medida en que se trasladarían los efectos limitadores de la libertad de expresión que esta figura conlleva a ámbitos que:

"(...) ya no puede decirse que sean expresión de la discrepancia política en sentido estricto, sino más bien, del mero disenso frente a las ideas sociales dominantes."¹³⁸

¹³⁵.- Así ROBLES FRAGA en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6685.

¹³⁶.- Como más adelante se indicará, en el delito de apología del genocidio junto a la apología "propia" (ensalzamiento del crimen y enaltecimiento del autor) se incluye, a diferencia del artículo 165 ter, la exposición de ideas o doctrinas que "(...) nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio (...)".

¹³⁷.- 165 ter (...)

"2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delitos."

¹³⁸.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, pp. 93 y 94.

Como vemos, a la de por sí discutible figura de la apología¹³⁹, se añade el hecho de que se usa en ámbitos ajenos al fenómeno terrorista. Pero es que, además, tanto en el delito de apología del genocidio como en el nuevo delito de provocación se produce -en cada uno de ellos- una peculiaridad distinta que, añadida al uso de la figura de la apología "clásica" o tradicional, opera el efecto de ampliar aún más el ámbito punible de estos preceptos y, en consecuencia, el recelo sobre su legitimidad. A continuación vamos a ocuparnos brevemente de la valoración de las peculiaridades del concepto de la apología del genocidio tal y como se regula en el artículo 137 bis b). Posteriormente volveremos sobre el delito de provocación.

Al definirse en el artículo 137 bis b) la apología del genocidio se incluye, además de la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, lo que BARQUIN denomina "apología impropia"¹⁴⁰: esto es, la que hace referencia a la negación, banalización o justificación de hechos tipificados como genocidio o a la pretensión de rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio. Según el citado autor la apología impropia presenta una relación de menor inmediatez para con la conducta criminal de referencia (el genocidio), en la medida en que no supone una alabanza directa de hechos concretos de genocidio, sino más bien un apoyo de tipo indirecto, general y abstracto, llevado a cabo a través de la defensa de ideologías que "suelen ir aparejadas con dichos actos".

En términos similares CUERDA ARNAU se refiere a una "ampliación intolerable" del núcleo conceptual de la apología más allá de las dos modalidades tradicionales. Respecto de las conductas típicas de negación, banalización o justificación destaca que no suponen una apología manifiesta sino, más bien, "meros síntomas" de una aprobación encubierta del delito de genocidio. En el caso de la pretensión de rehabilitación de determinados regímenes políticos, ni siquiera viene referida la conducta a un hecho delictivo por lo que, concluye la autora, es objeto de sanción:

"(..) la opción pública a favor de una concreta -e indeseable, dicho sea de paso- *ideología*"¹⁴¹.

El efecto perturbador de la inclusión de la apología impropia¹⁴², lleva a CUERDA ARNAU a calificar como inconstitucional este aspecto de la regulación, en la medida en que representaría un límite materialmente injustificado de la libertad de expresión que no respeta el contenido esencial de dicho

¹³⁹.- Para una análisis crítico del concepto de apología introducido en la Ley de 1995, y en el que no vamos a detenemos, véase CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 87 ss. Véase también SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, p. 153 ss., quien destaca la novedad de definir la apología a partir del Proyecto de 1994 en términos radicalmente distintos al conceptuarse de forma próxima, si no idéntica, a la provocación (pp. 153 y 154). A este respecto hemos de recordar que en el Proyecto de 1994 -al igual que en la Ley de 1995- la apología se define como ensalzar o enaltecer añadiéndose "(...) que, por su naturaleza y **circunstancias, puedan** constituir una incitación directa a cometer delito." Pues bien, SILVA SANCHEZ subraya precisamente las objeciones que se derivarían de la concepción de la apología punible como provocación "potencial" y "circunstancial" en los términos del Proyecto de 1994 por estimar que se estaría penando el ejercicio de la libertad de expresión (p. 155).

¹⁴⁰.- BARQUIN SANZ, *Apología del genocidio*, pp. 376 y 377.

¹⁴¹.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, pp. 114 y 115.

¹⁴².- Recordemos que su redacción proviene, en esencia, de la fusión de una enmienda de IU-IC y otra del grupo socialista que refleja en parte el tenor literal de una recomendación contenida en una Resolución del Parlamento Europeo respecto del genocidio nacionalsocialista.

derecho¹⁴³. La alusión que en la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 se realiza a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, carecería, en consecuencia, de verdadero valor legitimador en la medida en que el citado tribunal no realiza a su vez sino una pura "(...) declaración institucional de contenido ético en contra del racismo y la discriminación (...) "¹⁴⁴.

BARQUIN, en una valoración global, concluye que el delito de apología del genocidio persigue una finalidad de carácter meramente simbólico y político. Tal conclusión se impone incluso a partir de una interpretación restrictiva del artículo 137 bis b) que, en aras de dotar al precepto de una mayor seguridad jurídica que la que el tenor literal del mismo otorga, preconiza entender el concepto de apología como una forma de provocación (artículo 4 del anterior Código penal), de suerte que en tal caso se produciría la paradoja de que la regulación expresa de la apología del genocidio (artículo 137 bis b) resultaría de hecho más benigna que si se castigara como una auténtica provocación¹⁴⁵. Con otras palabras, la regulación expresa de la apología del genocidio vendría en realidad a estar de sobra ya que con la aplicación de las reglas generales de la provocación se castigaría la misma de forma, además, algo más severa.

En definitiva, el concepto de apología en el delito del artículo 137 bis b) presenta problemas serios de afección del ámbito legítimo de desarrollo de la libertad de expresión. Dichos problemas son más evidentes respecto de la apología impropia, pero no son ajenos tampoco al propio concepto de apología¹⁴⁶. La doctrina, por ello, tiende a una interpretación restrictiva para evitar una excesiva amplitud del ámbito punible que llevaría a la inconstitucionalidad del mismo.

Al inicio de este apartado decíamos que, también en el artículo 165 ter -delito de provocación-, se constataba una peculiaridad que hacía aún mucho más cuestionable la utilización del concepto de apología en el nuevo precepto. Fijémonos ahora en esta cuestión junto a otros aspectos relevantes de esta nueva figura penal.

b. Aspectos más significativos del delito de provocación del artículo 165 ter.

¹⁴³.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 115.

¹⁴⁴.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 101. Debe destacarse de manera especial el hecho de que la citada autora deslegitima la autoridad del Tribunal Constitucional en la medida en que, entiende, que en el caso concreto de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, se produce una ponderación de la libertad de expresión a partir del valor de la igualdad y de la dignidad de la persona que rebasaría el contenido esencial de este derecho (p. 98 ss.).

¹⁴⁵.- BARQUIN SANZ, *Apología del genocidio*, p. 379. Tal y como el autor señala, si el delito de apología del genocidio constituye en realidad una modalidad de provocación, la pena que se le asigna (la pena del delito de genocidio disminuida en dos grados) resultaría en realidad más benigna que la aplicación de la pena correspondiente a la punición genérica de la provocación de dicho delito (uno o dos grados al arbitrio del juzgador). En la misma línea de equiparar el concepto de apología con el de la provocación para evitar problemas de inconstitucionalidad CUERDA ARNAU, *Observaciones*, especialmente, p. 107 ss.

¹⁴⁶.- Véase, por todos, SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, p. 155 ss.

Además del peculiar concepto de apología que se pretende incorporar al texto del delito de provocación del artículo 165 ter vamos a ocuparnos especialmente de las causas sobre las que se proyecta esta figura delictiva y de su relación con el concepto de discriminación.

b.1. Apología de un acto no delictivo.

El nuevo artículo 165 ter consta de dos párrafos diferenciados. El primero de ellos castiga a quienes "provoquen o inciten, **directamente o mediante la apología** (...) a la discriminación (...)"¹⁴⁷. En el segundo se describe el concepto de apología en los términos "tradicionales" (ensalzar el crimen o enaltecer a su autor) sin mencionarse en este caso las modalidades de la "apología impropia" (justificar, negar...).

El problema más importante se deriva, precisamente, de la coordinación de ambos párrafos, cuyo análisis interpretativo pondrá de manifiesto la peculiaridad de la figura de apología incriminada a que venimos aludiendo. Centrándonos en la conducta de la provocación -o incitación- mediante la apología, el párrafo primero no refiere ésta a la comisión de delito alguno, sino a la "discriminación". El objeto de la conducta típica, también de la conducta de provocación mediante apología, será discriminar, que, por su enorme amplitud conceptual, abarca conductas discriminatorias no necesariamente delictivas. En el párrafo segundo, sin embargo, la definición de apología hace referencia a un delito¹⁴⁸.

Tal evidente¹⁴⁹ falta de coordinación será corregida por una interpretación de conjunto que resulta valorada de forma bien diferente. Según CUERDA ARNAU el hecho de que la apología del delito del artículo 165 ter no se refiera a un delito concreto podría derivar la interpretación del mismo hacia una suerte de "provocación indeterminada". Esto es, la conducta típica sería no ya una provocación dirigida a la comisión de un delito más o menos cercano al elogiado, sino, de forma más mediata, una provocación a "(..)cometer conductas que puedan constituir esa incitación directa a cometer <<delito>>, esto es, cualquier delito". Una tal interpretación nos acercaría, según la autora, a una concepción de la apología confusa y alejada del concepto de provocación, más en la línea, en cualquier caso, de un **delito autónomo de "clima"**¹⁵⁰. Por otra parte, prosigue CUERDA ARNAU, al incriminarse la apología

¹⁴⁷.- El tipo no se refiere a toda discriminación sino, "únicamente" a la que se dirige contra personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, llevada a cabo, eso sí, con publicidad.

¹⁴⁸.- Artículo 165 ter.

2. "(...) por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer **delito**." (subrayado nuestro).

¹⁴⁹.- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 734, hablan de confusión del legislador.

¹⁵⁰.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 113. La autora rechaza un entendimiento tan amplio de la apología estimándola inconstitucional. En este momento, no obstante, interesa destacar que el tenor literal del precepto posibilita una interpretación como la expuesta que incrimina, no ya la conducta apologética de ensalzar o enaltecer como medio de incitación directa al delito elogiado, sino, ampliándose el ámbito punible, una apología de conductas no delictivas -actos de discriminación- en el entendimiento de que tales pueden crear las condiciones para que se cometan delitos contra las personas o grupos discriminados.

de la discriminación se sanciona la difusión pública de ideología, reprochable sin duda, pero ideología al fin y al cabo. Ello sería inconstitucional por limitarse la libertad de expresión afectando al contenido esencial de la misma¹⁵¹.

Contrasta en cierto modo con lo expuesto la valoración realizada por BARQUIN, quien tras afirmar que la apología del artículo 165 ter se puede dirigir tanto a conductas delictivas¹⁵² como no delictivas¹⁵³ y reconocer los problemas de coordinación entre los párrafos primero y segundo de la figura a estudio, asegura, sin embargo, que cabe superar las dificultades expuestas. A su juicio el hecho de que la apología se dirija a actos en sí impunes aunque es discutible no es "disparatada" y argumenta que tal incriminación:

"(...) se puede justificar en la escasa incidencia práctica y la dificultad de perseguir y probar hechos aislados pertenecientes a la esfera privada de las personas como son los actos de particulares que puedan estar inspirados en un sentimiento de racismo u odio político o religioso."¹⁵⁴

Sin duda, cabe convenir en la existencia de eventuales dificultades probatorias y de persecución respecto de conductas de particulares con una motivación xenófoba. Sin embargo, no resulta, a nuestro juicio, tan claro a qué se refiere el autor con "la escasa incidencia práctica" de ese tipo de actos de discriminación no delictivos ni su fuerza argumental. Precisamente uno de los rasgos de la discriminación como concepto diferenciado del principio de igualdad, consiste en que los actos discriminatorios pueden ser llevados a cabo, tanto por parte de los poderes públicos como, y ahí se produce la especialidad, por parte de sujetos particulares. A pesar de que la discriminación se considere como un fenómeno jurídico (afección de derechos), debido a la estrecha relación del mismo con los usos y prácticas de una sociedad, la actuación de particulares resulta ser una de las manifestaciones más flagrantes de la propia discriminación¹⁵⁵.

Desde este punto de vista no cabe negar la importancia e incidencia de las actuaciones de particulares en la esfera privada como parte relevante del fenómeno discriminatorio. Ahora bien, tal aseveración en absoluto implica que sea aconsejable por ello su incriminación.

En otro orden de cosas, BARQUIN también argumenta en la línea de que la incriminación del delito de provocación del artículo 165 ter apuntaría a la idea de que la difusión pública de ideas racistas

¹⁵¹.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, pp. 115 y 116.

¹⁵².- Sería apología de delito la que se dirige a la comisión de actos de discriminación llevados a cabo respecto de prestaciones en el ámbito del servicio público -artículo 165 y 181bis introducidos por la reforma de 1983-. BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 399.

¹⁵³.- Como, por ejemplo, la denegación de un arrendamiento de vivienda a personas de determinada raza o no dirigir la palabra ni mantener ningún tipo de relaciones con un vecino por profesar determinada religión. BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 399.

¹⁵⁴.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 400.

¹⁵⁵.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 158 ss., especialmente, p. 172.

o xenóforas vendría a suponer un "alto riesgo" para la convivencia pacífica entre los ciudadanos¹⁵⁶. Legitimar el tipo a partir de ese riesgo inconcreto, nos acerca, de nuevo, a la lógica de los delitos autónomos de clima, que, siguiendo a CUERDA ARNAU, entendemos incompatible con el principio de intervención mínima¹⁵⁷.

A la luz de lo señalado hasta el momento, cabe concluir que la peculiaridad de describir el tipo del artículo 165 ter como una apología que se proyecta no sobre una actividad delictiva, sino sobre la discriminación misma, se opone a los principios básicos de un derecho penal democrático inspirado en el principio de *ultima ratio* y del "hecho" que ha de excluir el castigo de la actitud interna (*Gesinnung*).

b.2. Las causas de referencia del delito de provocación.

Si atendemos a la Convención de 1965 (discriminación racial), origen y modelo de la figura de la incitación xenófoba en nuestro ámbito de cultura¹⁵⁸, el delito de provocación se presenta como un producto jurídico bien intencionado pero que despierta el recelo ante una posible censura y limitación intolerable de libertades, especialmente, la de expresión. Este problema se ve agudizado en la modalidad de delito de provocación que incorpora el artículo 165 ter en la medida en que, como venimos insistiendo, las causas de referencia de la incitación o provocación a la discriminación, no son, exclusivamente, las propias del universo étnico o xenófobo ni siquiera en sentido amplio ya que, de forma añadida, se incrimina la provocación en el ámbito puramente ideológico, con lo que, en principio, no cabe excluir que pudiera interferir el tipo, por ejemplo, en el libre desarrollo del debate político público, con lo que ello podría suponer desde la perspectiva de una eventual censura estatal.

Ante las enormes cotas de incertidumbre y peligro de afección de libertades que posibilita el tipo en cuestión, no deja de sorprender la valoración positiva que a BARQUIN le merece la nueva redacción típica en este aspecto. A juicio del autor, se trata de un catálogo aparentemente cerrado, pero que "(...) por la **ambigüedad** de su redacción (...)"¹⁵⁹ debe atribuírsele un carácter "comprensivo". Esto es, el precepto, según BARQUIN se vendría a referir:

"(...) a cualquier clase de discriminación basada en circunstancias tanto inherentes al individuo, cuales son las referidas a su origen, cuanto electivas o cuasiselectivas, cuales serían las relativas a sus creencias de cualquier tipo"¹⁶⁰.

La reiteración de causas aparentemente equivalentes obedecería precisamente a la voluntad del legislador de crear una suerte de "ambigüedad comprensiva"¹⁶¹. Pues bien, dicha calculada

¹⁵⁶.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 400.

¹⁵⁷.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 104 ss. y 113.

¹⁵⁸.- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 79 ss., 204.

¹⁵⁹.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 392 (subrayado nuestro).

¹⁶⁰.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 392.

¹⁶¹.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 393.

"ambigüedad" se considera una forma de redacción típica más adecuada -por más omnicompreensiva- que la fórmula empleada por el artículo 165 (denegación discriminatoria de prestación) del Código penal anterior¹⁶².

De igual forma que en la valoración de la doctrina respecto de las causas o razones para denegar la prestación discriminatoria (artículo 165 introducido por la Reforma de 1983)¹⁶³, se aborda esta misma cuestión en el contexto del delito de provocación -artículo 165 ter- a partir del presupuesto de la necesidad de que las leyes penales acojan el mayor conjunto de supuestos "discriminatorios", mejor dicho, de supuestos de trato arbitrario diferente y transgresor del mandato de igualdad. La comparación de BARQUIN con el artículo 165 referido a la denegación de prestación no entra a una valoración material de la necesidad de que se incriminen provocaciones no sólo xenófobas, sino, también, de tipo ideológico e incluso relativas a otras causas como la situación familiar, etc. El autor centra su crítica en la falta de coordinación o coherencia formal del artículo 165 con el 165ter especialmente respecto del "sexo" que aparece en el delito de denegación de prestación pero no en el nuevo 165ter¹⁶⁴.

A nuestro juicio, más allá de una crítica comparativa de tipo formal, es imprescindible, como cuestión previa, un análisis material de cuáles serían en su caso las razones que harían aconsejable incriminar la provocación a la discriminación no ya sólo respecto de la xenofobia sino además en los más variados ámbitos de proyección del principio de igualdad como el ideológico, el sexual, etc. ¿Deberían valorarse como declaraciones provocativas antisemitas de igual gravedad aquéllas que se realicen en Alemania que las llevadas a cabo en España? ¿Debería diferenciarse a la hora de decidir la incriminación entre declaraciones, por ejemplo, antigitanas respecto de manifestaciones de hostilidad frente a los disminuidos físicos o a los divorciados? Retomaremos estas preguntas más adelante. Por el momento, baste con insistir en que la doctrina, a nuestro entender, vuelve a ventilar la crítica de las causas típicas con argumentos de tipo formal y desde el punto de vista de su supuesta "coherencia" con el conjunto del principio de igualdad. Tal planteamiento está, a nuestro juicio, viciado *ab initio* en la medida en que aboca a un tipo penal con un ámbito punible de tal amplitud que supone la práctica incriminación del conjunto de sectores regulativos propios del principio de igualdad con el consiguiente riesgo de paralización de la vida social y con el grave error valorativo de equiparar a efectos punitivos situaciones sociales de discriminación de muy diferente gravedad.

b.3. La discriminación como objeto de la provocación y la discriminación entre particulares.

¹⁶².- No es el momento para abordar el significado preciso de las diferentes causas, pero interesa destacar cómo el autor entiende que los términos "racial" y "étnico" son sustancialmente equivalentes o que no existe diferencia -sólo eventualmente a la luz de las teorías racistas- entre "origen" y "origen nacional", siendo todos ellos reconducibles al concepto genérico de "origen". Respecto de los términos "ideología, religión y creencias" afirma que el término "creencias" englobaría a los otros dos. BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 392 ss.

¹⁶³.- Véase *supra* el apartado 2.1.2.b.2.

¹⁶⁴.- BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, p. 394.

El artículo 165ter sitúa como objeto de la provocación o incitación, incluso mediante la apología, precisamente a la "discriminación" de personas o grupos por motivos de raza, etnia, origen nacional, ideología, religión o creencias. La amplitud de la referencia parece equiparar "discriminación" a la mera diferenciación arbitraria de trato, en la línea de la genérica transgresión del principio de igualdad, y no como comportamiento diferenciado y más grave¹⁶⁵. Sea como fuere, se han desoído las críticas de la doctrina, que ya venían insistiendo en la imprecisión de este concepto de <<discriminación>> con relación a los delitos de denegación de prestación (artículo 165) y al delito de asociación ilícita (artículo 173-4º), introducidos en la Reforma de 1983¹⁶⁶. Imprecisión que posibilita la proyección de la prohibición penal sobre el vasto ámbito de conductas propias de la discriminación social entre particulares.

Desde el punto de vista de la penalización de la discriminación entre particulares existen, sin embargo, algunas limitaciones fruto de la redacción típica. En efecto, el hecho de que la incitación o la provocación deban ser llevadas a cabo "a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad" limita las actuaciones discriminatorias de particulares que pueden ser objeto de castigo. El elemento "publicidad" actuaría así con un efecto restrictivo, esto es, como elemento que puede ayudar a recortar el ámbito típico.

Baste, por el momento, con dejar indicados estos aspectos especialmente críticos que servirán más adelante para contemplar con perspectiva las evoluciones expansivas de la nueva regulación del Código penal de 1995. Pero antes de centrarnos en la agravante genérica introducida por primera vez en nuestro ordenamiento penal mediante esta Ley de 1995, conviene llevar a cabo una valoración global de los aspectos más críticos de la figura de provocación analizada.

b.4. Valoración final.

Del breve estudio del delito de provocación de la Ley de 1995 destacábamos, en primer lugar, la peculiaridad del artículo 165 ter al incriminar la apología como forma de provocación referida no a una conducta delictiva, sino a la discriminación misma. La referencia de la apología tradicional a una conducta no delictiva convertía al precepto en dudosamente constitucional, por cuanto que se estaría invadiendo de forma insoportable para un Estado democrático el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

El problema con relación a la libertad de expresión constituye de alguna manera una cuestión inherente a la clase de prohibición penal que se pretende configurar. Se persigue inicialmente atajar la expansión de ideologías racistas, principalmente neo-nazis, para lo cual se incriminan declaraciones "provocadoras" en este sentido. Ya en la confección de la Convención de 1965 (discriminación racial) se presentó, sin embargo, en toda su crudeza el problema al que el delito de provocación se enfrentaba a la hora de intentar lograr un adecuado equilibrio entre el interés de luchar contra el racismo y no castigar la mera opinión. La necesidad de respetar este equilibrio llevó a una formulación ponderada y flexible del texto concreto que habría de servir de modelo para la tipificación del delito de provocación (artículo 4 de la Convención) que los Estados ratificantes se verían obligados a incorporar a sus ordenamientos

¹⁶⁵ .- Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 85 ss. y 244 ss.

¹⁶⁶ .- Véase *supra* apartados 2.1.2.a.2.; 2.1.2.b.1. y 2.1.3.

internos¹⁶⁷. El artículo 165 ter español, a la postre modalidad concreta de delito de provocación, no hace sino agravar y tensionar al máximo este delicado problema de equilibrio en la medida en que utiliza una técnica descriptiva del tipo excesivamente difusa. Incorpora como modalidad de provocación la apología de un hecho no delictivo y a ello se añade el uso del impreciso término "discriminación" proyectándose el precepto, además, sobre todo un conjunto de causas que nos reenvían a universos conductuales no sólo xenófobos sino también puramente ideológicos como, por otra parte, se deriva de la orientación genérica del tipo a la tutela del principio de igualdad.

Esta alta cota de imprecisión y excesiva amplitud del precepto se combina, por otra parte, con una redacción críptica y confusa que oscurece aún más si cabe el ámbito punitivo. Tal y como BARQUIN acertadamente pone de manifiesto, el legislador "(...) incurre en una especie de verborrea descriptiva que oculta la verdadera esencia del tipo"¹⁶⁸.

En definitiva, si cualquier delito de provocación, aunque sólo se proyecte sobre comportamientos xenófobos, habrá de esforzarse por guardar un difícil equilibrio en la redacción típica que evite incurrir en "delito de opinión", cuando la figura delictiva, como en nuestro país, se amplía desmesuradamente a otros ámbitos de conducta -como el ideológico- y se incurre en una redacción típica difusa, imprecisa y críptica, no podrá extrañar que las sospechas de delito de opinión se conviertan en certeza sobre la incompatibilidad de un tal precepto con un derecho penal democrático y respetuoso de la actitud interna.

Como se puede observar, la crítica referida tanto al delito de provocación (artículo 165 ter) como al delito de apología del genocidio (artículo 137 bis b) nos reenvían al recurrente problema del peligro de incriminación de la opinión, de la legítima libertad de expresión, cuestión central que también va a estar presente en el análisis de la nueva agravante genérica que la Ley de 1995 incorpora.

c. La nueva agravante genérica.

Desde el punto de vista de las tendencias legislativas en derecho comparado puede hablarse de dos modelos básicos de reacción penal frente a los comportamientos racistas y xenófobos más graves: el modelo europeo que articula la respuesta principalmente mediante la figura penal de "provocación" en la línea del artículo 165 ter recién analizado (actual art. 510 CP) y el modelo estadounidense que, por el momento, rechaza la constitucionalidad de semejantes prohibiciones penales y ha optado básicamente por recurrir a agravar la conducta delictiva común cuando ésta obedezca a razones racistas o xenófobas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 96 ss.

¹⁶⁸.- El tipo del artículo 165 ter utiliza una fórmula tetrapartita. A saber, "provocar directamente", "provocar mediante la apología", "incitar directamente" e "incitar mediante la apología", que, sin embargo, son absolutamente equivalentes. BARQUIN SANZ, *Apología de la discriminación*, pp. 394 y 395. El autor llega a referirse a que "(...) el legislador no deja nunca de sorprendernos con sus piruetas normativas" (p. 396).

¹⁶⁹ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 204 ss., donde se describen las tendencias generales y se va enriqueciendo la clasificación de modelos de respuesta penal antixenófoba según los matices que ofrecen los tres ámbitos principales de referencia: a saber, el germánico (Alemania, Austria y Suiza), el anglosajón (Estados Unidos y Reino Unido) y el latino o románico (Francia, Italia y Portugal).

Por tanto el hecho de que se incorpore a nuestro ordenamiento penal una agravación genérica "por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima" (artículo 10-17º del anterior Código penal) **junto a** un delito de provocación supone un hito transcendental. Pareciera como si el legislador español, que durante décadas, a pesar de haber ratificado la Convención de 1965 (discriminación racial), no había dado pasos por tipificar cuando menos la incitación xenófoba, hubiera decidido, de un sólo "golpe" legislativo, recuperar el tiempo perdido y ponerse no sólo a la "altura" de los países de nuestro entorno incriminando el delito de provocación, sino, yendo más allá, situarse a la cabeza de los movimientos legislativos más recientes y expansivos al prever además una circunstancia genérica de agravación para determinados conjuntos delictivos cuando éstos se cometan con base en razones de raza, etnia, etcétera¹⁷⁰.

Bien es cierto que el alcance de la agravante genérica es limitado en la medida en que se proyecta "únicamente" sobre los delitos contra las personas y contra el patrimonio. Desde este punto de vista, supone una situación intermedia, y de transición, entre la primera propuesta -reducida al ámbito de los delitos contra las personas- de una agravante de este tipo en el contexto del Proyecto de Código penal de 1992¹⁷¹, y la definitivamente introducida en el Código penal de 1995 que ya tiene proyección general sobre todo tipo de delitos¹⁷².

Cabe interpretar la inclusión por Ley de 1995 de esta agravante genérica "únicamente" respecto de los delitos **contra las personas y el patrimonio**, así como su ampliación al **ámbito ideológico**, como una "cesión" del grupo socialista respecto de los postulados mantenidos en el Proyecto de Código penal de 1992. Expliquemos detenidamente esta afirmación por cuanto servirá para presentar un breve análisis comparativo de la agravante que aprueba la Ley de 1995 con las propuestas anteriores que la precedieron. Este análisis ilustrará, una vez más, la tendencia "expansiva" y la variabilidad de criterio del legislador en esta materia y, por otra parte, dará pie para presentar algunos de los problemas esenciales de esta nueva regulación.

¹⁷⁰.- Resulta llamativo el hecho de que sean precisamente los países latinos como Francia o Italia –y en menor medida Portugal- los que presentan un modelo de reacción penal antixenófoba más amplio pues llevan a cabo una suerte de síntesis legislativa entre las figuras propias de la Europa occidental y además, de forma acumulada, incorporan la técnica de agravaciones o tipos cualificados más propia de los Estados Unidos. LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 208 ss.

¹⁷¹.- A pesar de que inicialmente el Proyecto no contemplaba una propuesta en este sentido, la enmienda número 466 del Grupo socialista proponía la adición de la siguiente circunstancia agravante que se numeraría como (artículo 21-4 bis: "Cometer cualquiera de los **delitos contra las personas** por motivos referentes al origen étnico o nacional de la víctima". Por otra parte también debe destacarse que las causas se refieren en exclusiva a lo étnico o xenófobo. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7*, p. 245 (subrayado nuestro). Como señalan LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código*, p. 55, esta agravante fue introducida en el Proyecto de 1992 cuando se encontraba en el trámite de Comisión, que no llegó a superar, a raíz del asesinato en Madrid de la joven dominicana Lucrecia Pérez.

¹⁷².- "Artículo 22-4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca". Más adelante volveremos sobre esta nueva agravante pero cabe ya subrayar en la evolución legislativa de esta figura delictiva una progresiva expansión hacia la incriminación del conjunto de causas o ámbitos de regulación propios del vasto principio de igualdad y con proyección sobre todo tipo de delitos sin restricción alguna. Prueba evidente de la tendencia expansiva (*prima ratio*) de los delitos en este ámbito.

Veíamos en el estudio de la génesis legislativa de la Ley de 1995 que la agravante, según su redacción inicial, no se proyectaba sobre el ámbito ideológico, sino que, fruto del acuerdo de los diversos grupos, se procedería más tarde a dicha ampliación en el "Informe de la ponencia". Sin embargo, ya desde la redacción inicial de la enmienda (del grupo socialista) que propone incorporar la agravante, el ámbito de delitos sobre el que ésta se podía proyectar era el de los delitos tanto contra las personas como contra el patrimonio. Por el contrario otra fue la postura mantenida por el grupo socialista en el Proyecto de Código penal de 1992. En aquella ocasión el legislador socialista defendió que la agravante genérica debía poder aplicarse únicamente sobre los delitos **contra las personas**. Precisamente este aspecto fue objeto de dura crítica por los grupos de la oposición en el debate llevado a cabo entonces en la Comisión de Justicia e Interior, reclamándose la ampliación de la agravante a todo tipo de delitos sin restricción alguna¹⁷³.

No obstante, a pesar de la masiva crítica señalada, el proponente socialista hizo una encendida defensa de la citada restricción en los siguientes términos. Según LOPEZ RIAÑO la agravante responde a la sensibilidad social respecto del problema del racismo y se dirige a reforzar el principio de igualdad. Entiende el diputado que su propuesta se ve avalada por sectores progresistas de la doctrina penal, aunque reconoce las reticencias que suscita su eventual inclusión en el Código en otros sectores doctrinales. En definitiva, la restricción -"acotación técnica"- con relación a los delitos contra las personas buscaría la **eficacia técnica** de la misma más allá de la autocomplacencia sentimental o ideológica¹⁷⁴.

Finalmente, en respuesta a la crítica del diputado AZKARRAGA, añade LOPEZ RIAÑO un argumento, a nuestro juicio, de gran interés. Afirma que es propio de un Estado dictatorial aquella forma de legislar caracterizada por despreciar en la redacción de los tipos el componente técnico. Sería más propio de un tal Estado -a diferencia del Estado democrático- una legislación "sin ninguna contemplación" mediante un "acto directo, crudo". La idea que pretende transmitir apela a la necesidad de no dejarse arrastrar por impulsos y sensibilidades irresistibles que desemboquen en productos legislativos no suficientemente aquilatados¹⁷⁵.

Pues bien este planteamiento que se entendía válido para el Proyecto de 1992 cede parcialmente ya en la enmienda que el grupo socialista presenta para la Ley de 1995 -ampliación a

¹⁷³.- En el debate de Comisión todos los grupos intervinientes manifiestan su conformidad con la oportunidad de una agravante "xenófoba" y se muestran favorables a la enmienda del grupo socialista, pero se critica su restricción a los delitos contra las personas. En este sentido destaca la intervención del diputado AZKARRAGA RODERO que acusa a la agravante que propone el grupo socialista de quedarse "(...) en la mitad. ¿Por qué? Porque limitar el hecho, como hacen ustedes en esta enmienda, a los delitos contra las personas no es abarcar globalmente los delitos que se puedan cometer en razón del origen racial de las personas o de las víctimas. ¿Qué ocurre, señor López Riaño, si se destroza un vehículo, se da fuego a una vivienda o se rompe una bicicleta a una persona por ser de raza gitana o africano? ¿Eso no es agravante? ¿Hace falta partírle la cara o pegarle dos tiros a esa persona para que lo consideren como un delito agravante que deba ser introducido en ese artículo 21?" CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 639, p. 19261. En el mismo sentido crítico véanse las manifestaciones de NUÑEZ CASAL (p. 19262), TRIAS DE BES I SERRA (p. 19263) y de PILLADO MONTERO (p. 19264).

¹⁷⁴.- "Una enmienda puede complacernos sentimental o ideológicamente; pero si carece de eficacia técnica, no vamos a introducir factores de clarificación, sino, justamente, todo lo contrario, factores de confusión en su interpretación." LOPEZ RIAÑO en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 639, p. 19259.

¹⁷⁵.- LOPEZ RIAÑO en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 639, p. 19264.

delitos contra el patrimonio, no sólo contra las personas- y, definitivamente, en el Código penal de 1995 como ya tendremos ocasión de comprobar. Podría adelantarse como conclusión provisional, que la historia legislativa en conjunto de la agravante refleja el "triumfo" del empuje ideológico "irresistible" frente a consideraciones de eficacia y oportunidad, que determina una progresiva ampliación de la proyección de la agravante tanto sobre un espectro creciente de delitos como sobre un número cada vez mayor de causas o razones a que viene referida.

Dicho "empuje irresistible" es el que sitúa, como decíamos, la agravante que incorpora la Ley de 1995 en una situación intermedida entre el Proyecto de 1992 y el Código penal de 1995, habida cuenta de que se proyecta sobre delitos contra la persona y el patrimonio así como sobre "motivos" de tipo xenófobo e ideológico.

El artículo 10-17º alude, por otra parte, de forma expresa a la comisión de delitos **por motivos** racistas, antisemitas u otros. La agravante parece depender en consecuencia de una especial motivación. Ahora bien, la alusión directa a la motivación da pie a una interpretación que puede resultar incriminadora de la actitud interna del autor más que de su actuación. En este sentido la agravante puede representar una manifestación del Derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*) próximo a un Derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*) pero incompatible con un derecho penal del hecho irrenunciable para un Estado social y democrático de Derecho¹⁷⁶. A este respecto, CUERDA ARNAU llega a afirmar que la agravante a estudio otorga carta de naturaleza en nuestro ordenamiento al *Gesinnungsstrafrecht*¹⁷⁷.

Baste por el momento con dejar planteada esta cuestión que vuelve a situarnos una vez más ante el problema de la eventual utilización de figuras antixenófobas con una configuración típica que puede llegar a poner en suspenso garantías irrenunciables para un Derecho penal de libertades y, en concreto, que parece abrir la puerta a la intervención ilegítima en la esfera interna del ciudadano. Desde este punto de vista, resultaría ser otra vez la libertad de expresión uno de los derechos fundamentales cuyo legítimo ejercicio podría verse incriminado, en la medida en que el castigo agravado por la motivación derivara a un castigo de la mera opinión del autor al margen del hecho cometido.

d. Valoración global de la Ley de 1995.

1. Los problemas más importantes que presenta la normativa aprobada mediante la Ley de 1995 no son sino el resultado "natural" de la manera en que se planteó el proceso legislativo y del objetivo difuso que éste perseguía en sus inicios. El legislador pretende incriminar no ya la xenofobia,

¹⁷⁶.- MIR PUIG, *Introducción*, p. 259, destaca la aspiración del Derecho penal nacionalsocialista a sustituir el Derecho penal del acto, esto es, el principio de culpabilidad por el hecho cometido, por un Derecho penal de autor que encontraba su justificación en la nueva metodología irracionalista. Véase, también, respecto del concepto y evolución del Derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*), ROXIN, *Strafrecht*, p. 131 ss., con abundante bibliografía. Respecto del Derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*) y su relación con el Derecho penal de autor SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale*, p. 109 ss.

¹⁷⁷.- CUERDA ARNAU, *Observaciones*, p. 88. Véase, también, respecto de la nueva agravante introducida por el Código penal de 1995, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 272, quien se hace eco de las voces que denuncian la proximidad de esta figura con el Derecho penal de autor.

sino la intolerancia, la diferenciación arbitraria contraria al principio de igualdad, como referente simbólico pero sin una conciencia clara ni un conocimiento suficiente respecto de las conductas concretas que se considera que deberían ser objeto de sanción penal. Es por ello que un proceso legislativo dominado por la confusión conceptual, plagado de referencias genéricas a las más diversas instancias (Derecho internacional, instituciones europeas, Constitución...) y progresivamente expansivo respecto del objeto de regulación, no podía sino transmitir dicha imprecisión y generalidad a la redacción típica concreta.

2. El problema más relevante al que de forma común se enfrentan las diversas figuras penales introducidas por la Ley de 1995 consiste en la eventual incriminación de la legítima libertad de expresión. Con otras palabras, tanto el delito de apología del genocidio, como el delito de provocación o la agravante se configurarían como instrumentos penales próximos a un Derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*) que fundamentarían el castigo, no en el comportamiento lesivo o peligroso para bienes jurídicos, sino en la opinión, forma de ser o esfera interna del autor.

Esta cuestión nuclear encuentra su reflejo en cada figura delictiva de formas diferentes. Así en el delito de apología del genocidio (artículo 137 bis b) o en el delito de provocación (artículo 165 ter) era el propio concepto de apología subyacente el que apuntaba hacia una configuración de la intervención penal que rebasaba los límites propios de un Estado social y democrático de Derecho. De forma significativa en ambos supuestos la incriminación de la apología "tradicional", ya de por sí en el límite de la intervención penal legítima, se veía notablemente ampliada por el castigo de la "apología impropia" (negación, justificación...del genocidio) o por venir referida no ya a un delito sino a conductas discriminatorias no necesariamente delictivas (provocación a la discriminación). También la agravante (artículo 10-17º), cuya redacción típica alude literalmente a la motivación, podría resultar interpretada como castigo por la forma de ser, por la opinión o ideología profesada, al margen de la culpabilidad por la actuación concreta del sujeto.

El peligro de incriminación ilegítima de la libertad de expresión se ve además notablemente agravado por dos factores. Por un lado, por el hecho de que los preceptos no se proyectan únicamente sobre el ámbito xenófobo sino también sobre el de tipo puramente ideológico dentro de la lógica expansiva de protección del principio de igualdad. El ámbito potencial sobre el que la censura podría materializarse es así aún mayor. En segundo lugar, la técnica de tipificación adolece de una enorme cota de imprecisión con la utilización profusa de conceptos indeterminados o de una gran amplitud como, por ejemplo, la inclusión del término "discriminación", combinado además con una redacción críptica y circular. Si ya el ámbito potencial de los preceptos es suficientemente extenso, una redacción típica difusa contribuye todavía aún más a ampliar el potencial censor del instrumento penal.

3. Desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia, particularmente las derivadas de la Convención de 1965 (discriminación racial) por fin se introduce en el ordenamiento penal español el delito de provocación tal y como prescribía el artículo 4 de la misma. Ahora bien, la redacción típica concreta que se da al artículo 165 ter revela dos aspectos criticables de gran trascendencia.

3.1. En primer lugar, el cumplimiento del artículo 4 de la Convención de 1965 mediante la introducción del delito de provocación de la Ley de 1995, no lleva a cabo una ponderación adecuada entre el interés de persecución de la xenofobia y el respeto al ejercicio de libertades fundamentales que la confección de la Convención aludida tuvo, sin embargo, muy en cuenta. Debemos recordar que la

Convención de 1965 obliga a incriminar la provocación xenófoba pero siempre "teniendo debidamente en cuenta" (cláusula "*with due regard*") tanto los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como otros derechos fundamentales recogidos en el propio instrumento internacional. Con otras palabras, la obligación de incriminación deja un margen de maniobra a los Estados ratificantes para que adapten el texto propuesto antes de incorporarlo a su ordenamiento interno, de suerte que la figura penal resultante fuera respetuosa con otros derechos fundamentales, particularmente con la libertad de expresión.

A nuestro juicio, el legislador español no aprovecha las posibilidades que se abren¹⁷⁸ por la forma en que se encuentra recogida la obligación de incriminación de la Convención de 1965 -artículo 4- y que permite proceder a "ponderar" los intereses en juego, optándose, por el contrario, por un producto legislativo excesivamente irrespetuoso con la libertad de expresión. Ya destacábamos que en el decurso del trámite parlamentario de la Ley de 1995 no se discutieron los problemas de eventual incriminación ilegítima de la libertad de expresión que este tipo podía acarrear. El análisis del artículo 165 ter, en el que subrayábamos un concepto de apología excesivo y una alta cota de imprecisión, venía a confirmar que el texto finalmente aprobado era irrespetuoso y restrictivo respecto del ejercicio de la libertad de expresión.

3.2. En segundo lugar, en esta ocasión desde el punto de vista de las obligaciones internacionales, volvemos a insistir una vez más que el delito de provocación que se introduce por primera vez en la normativa española de la mano de la Ley de 1995 no se proyecta sin más sobre la "provocación xenófoba" sino que incluye además la "provocación ideológica". Tal ampliación entronca con la "tradición" legislativa ya iniciada en la Reforma de 1983 que tiende a conformar una normativa de protección del principio de igualdad con vocación de generalidad sin diferenciar los diferentes ámbitos sobre los que aquélla se proyecta. Subyace, todavía de forma embrionaria, una auténtica voluntad de política criminal antidiscriminatoria que sin embargo supera de raíz las pretensiones de la Convención de 1965.

4. Desde el punto de vista del Derecho comparado, la inclusión del delito de provocación nos acerca al modelo político-criminal de los países de nuestro ámbito cultural, en concreto, a los países de Europa occidental. Ahora bien, la opción de incorporar además figuras apologéticas (apología del genocidio) o la agravante genérica, así como el mantenimiento de delitos de actos de discriminación (denegación de prestación -artículos 165 y 181bis) sitúan a nuestro país de forma decidida en el modelo de respuesta político-criminal antixenófoba propio del ámbito latino de Europa, esto es, de máxima expansión en la respuesta punitiva.

En efecto, si bien en los países germánicos (Alemania, Austria, Suiza), o en el Reino Unido, el delito de provocación constituye la respuesta principal e incluso única en sede penal frente a las conductas de racismo y xenofobia más graves¹⁷⁹, los países latinos como Francia o Italia, y en menor

¹⁷⁸.- Incluso, según un sector significativo de la doctrina internacionalista, la "posibilidad" de ponderar no sería facultativa sino una auténtica "obligación de ponderación" que el Estado ratificante debería tomar necesariamente en cuenta. Véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 96 ss.

¹⁷⁹.- El Reino Unido es el país que, probablemente, de forma más clara concentra sus esfuerzos antixenófobos en sede penal exclusivamente en torno a la figura de la provocación xenófoba, eso sí, descrita como modalidades diferentes de provocación en función de la vía utilizada para cometer dicha incitación (escrita, oral, etc...). Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 115 ss. Los países germánicos (Alemania, Austria y Suiza), por su parte, con

medida Portugal, incorporan figuras de provocación xenófoba pero también agravantes genéricas o tipos cualificados con base en la motivación xenófoba del autor. E incluso, yendo más allá, desarrollan ciertas líneas legislativas “expansivas” que se concretan en doble tendencia todavía embrionaria: por un lado, la de tipificar como delito determinados actos de discriminación como la denegación de prestaciones y, por otro lado, la de generalizar el castigo de la apología del genocidio no restringido, por tanto, al llevado a cabo por el nacionalsocialismo alemán (“negación de *Auschwitz*”)¹⁸⁰

La normativa penal a partir de la entrada en vigor de la Ley de 1995 refleja así en el contexto descrito las tendencias “expansivas” propias de los países latinos por cuanto se acoge la figura de provocación (complementada además por el castigo penal de su modalidad asociativa –art. 173-4 CP de 1973) junto a una agravante genérica, a la vez que se castiga la apología del genocidio en general y se sigue manteniendo la tipificación de determinados actos de discriminación como la denegación de prestación a la que se tiene derecho. Se dibuja ya un modelo político-criminal amplio que se proyecta además decididamente, y esta es la especificidad propia y única de nuestro país, hacia un sentido de protección no exclusivamente antixenófobo sino, más genérico, de protección del principio de igualdad.

Con todo, por más que este conjunto normativo pueda calificarse como de los más ambiciosos de nuestro ámbito de cultura, el CP de 1995 va a ampliarlo notablemente profundizando en todas las líneas de expansión a que venimos haciendo referencia. Pero antes de iniciar el estudio de la normativa vigente conviene hacer una valoración de la política-criminal desde la perspectiva esta vez de su función respecto del tratamiento jurídico del fenómeno de la inmigración.

2.2.4. Interpretación de la política penal antixenófoba de la Ley de 1995 a la luz del contexto sociológico y jurídico previo.

Cuando analizábamos el contexto jurídico y sociológico inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley de 1995 con relación al fenómeno de la inmigración¹⁸¹, insistíamos en la “construcción” de la imagen como <<enemigo>> del inmigrante y extranjero impulsada desde instancias oficiales y particularmente canalizada a través de la confección y puesta en práctica de la anterior Ley de extranjería. La pertenencia de nuestro país a la Unión Europea determinaba la necesidad de políticas restrictivas que pudieran hacer frente a los crecientes flujos de inmigración “económica” hacia Europa

matices entre ellos, presentan junto al delito de provocación figuras similares de apología referidas básicamente a los acontecimientos relacionados con el holocausto nazi (*op.cit.*, p. 129 ss.). Tanto el Reino Unido como los países germánicos, en cualquier caso, representan una suerte de “modelo europeo restringido” por cuanto no recurren esencialmente a otro tipo de figuras penales para castigar los excesos xenófobos. (*op. cit.*, pp. 204 ss. y 384).

¹⁸⁰ - Es característico de Alemania –y en general de los países germánicos- el castigo como delito *ad hoc* de determinadas conductas apologéticas proximas al “negacionismo”, esto es, a manifestaciones ideológicas filo-nazis que niegan que el holocausto tuviera lugar como forma particular de agitación antisemita y racista. Las obvias razones históricas que pueden ayudar a comprender –que no legitimar- este tipo de figuras no han impedido que hayan saltado su ámbito geográfico “natural” para verse acogidas también en países como Francia o Italia, eso sí, con un tenor típico que las proyecta sobre cualquier genocidio y no exclusivamente sobre el nazi. Para una profundización al respecto véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 129 ss. y 204 ss.; DEL MISMO, *La regulación*, pp. 551 ss. y 575 ss.; con relación al movimiento “negacionista” en particular LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 692 ss.

¹⁸¹.- Véase, *supra*, apartado 2.2.1.

occidental. Pero la sociedad española no manifestaba rechazo social hacia el inmigrante de suerte que fue preciso ir creando las condiciones para que las políticas restrictivas, en particular la de extranjería, pudieran ser presentadas en "clave preventiva", esto es, como un mal menor "inevitable" para neutralizar un eventual tensionamiento social fruto del aumento de inmigrantes y extranjeros. Ahora bien, para ello resultaba imprescindible que la inmigración "económica" fuera percibida en términos de amenaza.

Con el tiempo va ir conformándose y consolidándose esa imagen de enemigo del inmigrante y extranjero pero, a la vez, de forma simultánea, comienzan también a verificarse las primeras muestras de rechazo social frente al mismo. Reacciones también de tipo violento como el asesinato de la dominicana Lucrecia en 1992.

Ante esta situación se perfila un discurso oficial sobre la xenofobia y el racismo que pretende identificar de forma reduccionista estos fenómenos únicamente con sus manifestaciones más graves y extremas. Racismo y xenofobia sería sólo la actuación dirigida a aniquilar y eliminar al inmigrante y al extranjero en un intento de dejar fuera de sospecha la lógica de exclusión que subyace a la propia legislación de extranjería. El reduccionismo, por otra parte, opera también en el sentido de que el problema del racismo y la xenofobia tiende a focalizarse predominantemente en torno al fenómeno de la inmigración "económica" haciéndose menor hincapié en otros fenómenos de exclusión, seculares y de mayor predicamento social, como, por ejemplo, la discriminación antigitana.

Siendo este el contexto general nos interesa conocer hasta qué punto la política criminal antixenófoba, y en particular la Ley de 1995, responde de alguna manera a la lógica del discurso oficial esbozado o, más bien, entra en contradicción radical con el mismo.

Si bien la Ley penal analizada data de 1995, debe tenerse en cuenta que el legislador español, ya en el marco del Proyecto de Código penal de 1992, intentó introducir algunos delitos antixenófobos¹⁸² que, debido a la disolución de las Cortes, no pudieron convertirse finalmente en ley. Pareciera como si el legislador penal, efectivamente preocupado por el "resurgir" del racismo y la xenofobia, reaccionara con prontitud y de manera contundente. Pudiera darse la imagen de que la actuación del legislador en el plano jurídico-penal choca y contradice la lógica de las políticas restrictivas -principalmente de extranjería- y marca la pauta de una actitud diferente de defensa y protección del extranjero e inmigrante y, en general, de rechazo sin ambages del racismo y la xenofobia.

A mi juicio, sin embargo, al margen de la voluntad concreta que guiara al llamado legislador penal, el producto legislativo aprobado, contra las apariencias, encuentra cómodo encaje en el discurso y la lógica oficiales de exclusión del extranjero e inmigrante. Como vamos a exponer, la amplia normativa penal cumple en realidad una función de cobertura ideológica que no hace sino reforzar y consolidar la lógica de exclusión de otras instancias jurídicas sin cuestionarla. Expongamos a continuación algunas consideraciones sobre el discurso interno del legislador durante la tramitación

¹⁸²- Principalmente la agravante de "racismo", introducida en el trámite de enmiendas (artículo 21-4 bis). CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7*, p. 245. Aunque, también, el delito de "discriminación" en el ámbito laboral -artículo 295- con un alcance punitivo amplio referido a una pluralidad de causas "discriminatorias" que, en cualquier caso, incluían, expresamente, la mención a la "raza" o al origen. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, Núm. 102-1*, p. 69.

parlamentaria de la normativa penal para, posteriormente, centrarnos en el análisis de dicha normativa según su tenor literal finalmente aprobado y la función simbólica que despliega.

a. La lógica del legislador.

Del análisis del trámite parlamentario de la Ley de 1995, se derivaba que el legislador reaccionaba ante el "rebrotar" de la ideología nacionalsocialista y para combatirla se proponía un delito de apología del genocidio pensando, principalmente, en las corrientes ideológicas "negacionistas" (negación de *Auschwitz*) que banalizan y justifican el holocausto nazi en todo el mundo occidental. Las posteriores ampliaciones de la ley, hasta su resultado final, eran fruto de un discurso genérico, en el que las redacciones típicas de la agravante o del delito de provocación encontraban consenso -rápido y unánime- a partir de la complacencia, por todos compartida, que generaba el convencimiento de que dichos preceptos redundarían en el refuerzo de la tutela del "principio de igualdad", en el cumplimiento de obligaciones internacionales, o en el hecho de que los preceptos resultaban instrumentos idóneos para plasmar en sede penal valores centrales de la Constitución.

En definitiva, el legislador penal de la Ley de 1995 interpreta la realidad del racismo y la xenofobia tal y como la presenta el discurso oficial. El discurso justificativo de la ley gira esencialmente en torno a manifestaciones del racismo y la xenofobia más de tipo simbólico (nacionalsocialismo) o extranacional (genocidio en la ex-Yugoslavia) que a aquéllas más propias de la realidad española. Sólo en ocasiones aisladas se hace alusión al fenómeno de exclusión de la etnia gitana, o a los problemas de la inmigración "económica"¹⁸³. Sea como fuere, no se parte de una representación de los fenómenos del racismo o la xenofobia mínimamente precisa, hasta el punto de que en el decurso del trámite parlamentario el objeto de regulación se va desplazando por abstracción hacia la voluntad de protección del principio de igualdad.

El hecho de que el legislador parta de una concepción del racismo "simbólico" -más que real- y que dicha concepción se mantenga a lo largo de la tramitación de la ley, contribuye, a nuestro juicio, a reforzar el discurso oficial que pretende identificar de forma reduccionista el racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más extremas y simbólicas.

b. La Ley de 1995 como legislación "simbólica".

La contribución del discurso interno del legislador de cara a reforzar la lógica del discurso oficial respecto de la inmigración "económica" no debe ser, sin embargo, sobrevalorada. Es cierto, como reconocen los propios diputados, que esta ley pasó desapercibida en su tramitación y aprobación¹⁸⁴. También es cierto, que la redacción final de los tipos no refleja estrictamente el discurso justificativo de

¹⁸³.- Véanse a este respecto las manifestaciones de LOPEZ GARRIDO en el debate del Pleno del Congreso quien asegura que: "Todos los días nos encontramos en los medios de comunicación, españoles y no españoles, actos vergonzantemente racistas que llegan hasta la cotidianidad. Cotidianamente se producen actos racistas cuando se le niega, por ejemplo, el alquiler de una casa a alguien por el color de la piel o cuando se producen **redadas por la Policía simplemente en función del color de la piel** (...)". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6684 (subrayado nuestro).

¹⁸⁴.- Así lo reconoce LOPEZ GARRIDO en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria*, Núm. 125, p. 6684.

los mismos sino que, más allá de la idea originaria, despliegan un marco punitivo amplísimo. Podría en consecuencia alegarse que, aunque el discurso del legislador se hubiera movido a un nivel más de tipo simbólico, el resultado final de la ley podría llegar a cumplir una función efectiva de protección y a desmarcarse, en definitiva, del discurso oficial favorecedor de la lógica de exclusión y de una excesiva atención al racismo simbólico.

Por otra parte, como destaca *HASSEMER*, lo relevante a la hora de abordar la caracterización de una legislación como "simbólica" no es la intención del legislador, sino los efectos objetivos que de la ley se derivan. Según el autor, para una determinación conceptual de lo que haya de entenderse por legislación "simbólica", uno de los presupuestos a tener en cuenta es que no deben considerarse tanto las intenciones del legislador, cuanto las condiciones objetivas que permitan un juicio fundado sobre la ley en cuestión. Si la ley determina una contradicción desproporcionada y objetivamente engañosa entre efectos latentes y manifiestos, entre apariencia y realidad, cabe calificarla como "simbólica", al margen de la voluntad particular del legislador. No interesaría tanto el fin perseguido cuanto la función que efectivamente despliega la ley¹⁸⁵.

Pues bien, tampoco desde el punto de vista del producto legislativo finalmente aprobado cabe una valoración positiva de la función efectiva que la normativa penal en esta materia hubiera podido desempeñar. Hemos expuesto, al hilo del análisis de los diferentes preceptos, el peligro de incriminación de sectores del ámbito legítimo de ejercicio de la libertad de expresión y, más en general, la proximidad de los delitos objeto de estudio a un derecho penal de la actitud interna y de autor. Peligro que, por otra parte, hallaba un ámbito potencial de proyección más allá de lo estrictamente xenófobo al venir referidas las distintas figuras penales también al ámbito ideológico de manera expresa. Este peligro, no obstante, se hubiera materializado en el supuesto de que efectivamente se hubiera procedido a aplicar la normativa aprobada. Sin embargo, no parece ni que existiera voluntad efectiva de aplicar la ley ni que, en segundo lugar, se hubiera podido fácilmente aplicar debido a la defectuosa técnica penal utilizada.

Respecto de la voluntad real de aplicación de la normativa, existía el antecedente de los delitos de denegación de prestación discriminatoria de la Reforma de 1983 (artículos 165 y 181 bis) o de la asociación ilícita para promover la discriminación (artículo 173-4º), de los que no consta que nunca fueran objeto de aplicación. La ley de 1995 constituía la continuación de la política criminal de protección del principio de igualdad iniciada en la Reforma de 1983 y, en ese sentido, cabía esperar tan escasa aplicación de los preceptos aprobados como ya venía sucediendo con las figuras aludidas desde 1983. A nuestro juicio, el desconocimiento de este tipo de delitos, agravado en el caso de la Ley de 1995 por la falta de repercusión de su tramitación y aprobación parlamentaria en los medios de comunicación social, los condena al ostracismo¹⁸⁶.

¹⁸⁵.- *HASSEMER*, *Symbolisches Strafrecht*, p. 555 ss.

¹⁸⁶.- A nuestro juicio, el desconocimiento respecto de la nueva normativa es la explicación más verosímil para poder alcanzar a comprender por qué, a modo de ejemplo paradigmático, en los sucesos de Ceuta de octubre de 1995, estando ya en vigor la Ley de 1995, la fiscalía no iniciara, ni nos consta que se planteara, ningún tipo de actuación. El día 11 de octubre se produjo una auténtica "batalla campal" (*EL PAIS*, 12 de octubre de 1995, p. 15) en la que un centenar de inmigrantes "ilegales" asentados en Ceuta, tuvieron serios enfrentamientos con la policía y otros ciudadanos. A pesar de la existencia de actuaciones presuntamente racistas o xenófobas, bien en forma de hechos violentos con dicha motivación, bien en forma de declaraciones provocadoras (Véase *SOS RACISMO*, *El racismo*, p. 221 ss.), no nos consta que en ningún momento se planteara la posibilidad de aplicar los nuevos tipos penales.

Por otro lado, desde el punto de vista de la defectuosa técnica penal empleada, la redacción típica críptica, difusa e indeterminada hubiera provocado casi con toda seguridad la inaplicación efectiva aunque hubiera habido voluntad real de utilizarla. Desde esta segunda perspectiva, la de su no aplicación por indeterminación de los tipos, son además otras las consideraciones que se deben subrayar.

La Ley de 1995, por el amplísimo objeto de regulación, por su indeterminación y por su técnica penal difusa, se puede calificar como típico producto de un derecho penal de corte puramente simbólico, en la medida en que se despliega primordialmente la función de trasladar un "mensaje" a la ciudadanía, más que la de proteger efectivamente determinados bienes jurídicos¹⁸⁷. Tal y como GARCIA-PABLOS señala, este tipo de legislación cumple la función de crear un efecto psicológico tanto en los políticos, como en el legislador o en los electores. Se buscaría generar autocomplacencia y satisfacción en quienes realizan la ley y tranquilidad en los destinatarios de la misma, suscitándose la impresión de que los responsables políticos -concienciados del problema del racismo y la xenofobia- actúan con diligencia y eficacia para atajarlo¹⁸⁸. Sin embargo, la ley se encuentra muy lejos de poder responder a las expectativas generadas, de suerte que la apariencia de efectividad legal es objetivamente hipócrita y engañosa por cuanto las funciones latentes (tranquilización de la población, demostración de fuerza...) superan desproporcionadamente a las manifiestas (efectiva protección y tutela de los bienes jurídicos)¹⁸⁹.

A pesar de que existe todo un entramado jurídico-institucional que excluye al inmigrante económico y que contribuye a generar actitudes de rechazo frente a él, la política penal vendría a desempeñar objetivamente la función de suscitar la impresión de que, por el contrario, los responsables políticos e institucionales luchan contra tal exclusión. La política penal jugaría el papel de cobertura ideológica para con la política jurídica global de la inmigración "económica". La lógica excluyente de las políticas restrictivas para con el inmigrante "económico" quedaría así oscurecida ante la evidencia y contundencia de una amplia política criminal antixenófoba.

Por otro lado, contribuiría a consolidar la identificación del racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más simbólicas y extremas, reforzándose la convicción de que el racismo y la xenofobia han "rebrotado" en el contexto de la creciente inmigración como si no hubiera otros fenómenos seculares de exclusión de colectivos en la sociedad española (como, particularmente, la discriminación gitana). De esta forma, además, se contribuye a reforzar la imagen de la realidad según la cual no quedaría más remedio que recurrir a políticas restrictivas de la inmigración que nos "prevengan" de estos rebrotes¹⁹⁰.

¹⁸⁷.- HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht*, p. 556 ss. Véase también SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 305.

¹⁸⁸.- GARCIA-PABLOS, *Derecho penal*, p. 97 ss.

¹⁸⁹.- HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht*, p. 556 ss.

¹⁹⁰.- Véase DE LUCAS, *Fronteras*, p. 43 ss., especialmente, p. 44, sobre las funciones de legitimación en términos de orden público que puede desempeñar el racismo y la xenofobia.

Pero incluso respecto de las conductas xenófobas más extremas, la defectuosa técnica penal de los preceptos convierte a la ley penal en instrumento inadecuado y difícil de aplicar. La ineffectividad de la ley penal entraña el riesgo de que, a la larga, el sistema penal en su conjunto pierda fiabilidad y caiga en el descrédito¹⁹¹. La reacción penal antixenófoba ha lanzado sin duda el mensaje de que las conductas de esta naturaleza son de enorme gravedad. Pero en la medida en que las figuras delictivas no se apliquen efectivamente, este mensaje inicial llevará a la frustración de comprobar que, a pesar de su consideración delictiva, de hecho los comportamientos racistas y xenófobos permanecen impunes. Los racistas y xenófobos con el paso del tiempo podrán llegar a la conclusión -y con ellos la sociedad entera- de que el racismo, a pesar de su contemplación en el Código penal, no es tomado en serio. En definitiva, la frustración de las expectativas de persecución efectiva de estos comportamientos se convertirán en un "contra-efecto simbólico", en una auténtica "palmada en la espalda" al racismo en forma de impunidad.

A modo de recapitulación, la Ley de 1995 por su configuración objetiva servía tanto a la consolidación del discurso oficial sobre el inmigrante y el extranjero, como a focalizar y tender a identificar el racismo y la xenofobia con una parte extrema y simbólica del mismo. Refuerza además la "lógica preventiva" al consolidar una imagen de rechazo al inmigrante. Por otra parte, en cuanto típico producto de una legislación simbólica, se orienta más a desarrollar una función pedagógica y a trasladar un mensaje de tranquilidad a la sociedad, que a lograr una efectiva aplicación de la misma en aras de una mejor protección de los bienes jurídicos en juego. Pues bien, este análisis de interpretación global de la política criminal antixenófoba en el contexto jurídico general de la inmigración, será igualmente aplicable en sus características esenciales respecto de la normativa del Código penal de 1995. Teniendo en cuenta la perspectiva general esbozada, abordemos, a continuación, la caracterización de la política criminal antixenófoba vigente.

¹⁹¹.- SILVA, *Aproximación*, p. 305 ss.; GARCIA-PABLOS, *Derecho penal*, p. 99.

3. LA NORMATIVA PENAL ANTIXENÓFOBA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

1. Ya avanzábamos desde el principio la enorme amplitud y profusión con que se regula esta materia en el Código penal de 1995. En efecto, y siguiendo el orden de su ubicación sistemática en el CP, 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 (**art. 607-2º**)¹⁹², 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**)¹⁹³.

Ante tan vasto panorama legislativo, nuestro objetivo habrá de restringirse necesariamente a un estudio de conjunto. No interesa tanto un análisis pormenorizado y exhaustivo de todos y cada uno de

¹⁹².- Como ya hemos señalado *supra* apartado 1 "Introducción" (pie de página 8) , el **delito de genocidio** y su problemática específica queda fuera del objeto de estudio de este trabajo por su especificidad y autonomía a pesar de tener relación con el fenómeno discriminatorio general. No obstante, la negación del genocidio (art. 607-2º), por su relación directa con el nacimiento e interpretación del delito de provocación xenófoba, sí que será objeto de análisis. Esta clasificación 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. Volvemos a insistir, por otra parte, en el papel subsidiario que puede jugar el **delito de impedimento de derechos cívicos** -artículo 542 CP- o el **delito de coacciones** –art. 172 CP, especialmente apartado 2º-. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *Impedimento*, p. 351 ss. (especialmente p. 358) y bibliografía correspondiente y *supra* pie de página 15. Por último respecto de los **delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos** –art. 522-526 CP- entendemos que presentan un sentido de tutela específico por más que algunas conductas puedan verse teñidas además por un sesgo claramente xenófobo o antidiscriminatorio, sesgo que, sin embargo, no tiene por qué estar siempre presente y que, por tanto, dificulta una consideración de estos preceptos como específicamente antixenófobos o antidiscriminatorios. Véase también *supra* pie de página 15.

¹⁹³.- 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** 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, presenta esta figura un 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 antixenófoba y antidiscriminatoria orientado esencialmente al estudio de la normativa pensada para **situaciones de "normalidad"**.

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 difusos¹⁹⁴ de lo que se ha venido en denominar la <<normativa antidiscriminatoria>>. De forma simultánea, se irá realizando también un estudio de contraste con la incipiente jurisprudencia.

2. Como veremos, el Código penal de 1995 en materia antixenófoba y antidiscriminatoria es un ejemplo paradigmático de la asunción de un conjunto de diferentes tendencias "expansivas" que se detectan en el proceso legislativo ya desde la Reforma de 1983 y que empatan –superándolas– con las tendencias más decididamente incriminadoras del derecho comparado de nuestro ámbito de cultura, especialmente de los países latinos o románicos. Al hilo del estudio de cada precepto se hará especial hincapié en subrayar cómo –y hasta qué punto– se plasman dichas tendencias expansivas pero conviene hacer, a modo introductorio, un breve esbozo de sus características más destacadas.

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, 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. Debe tenerse en cuenta que es muy diferente desde un punto de vista social el nivel de gravedad y frecuencia de las prácticas de exclusión o discriminación en función de los colectivos: no cabe, por ejemplo, equiparar la situación de la etnia gitana 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

¹⁹⁴ .- 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). 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).

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 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.

No cabe negar que en derecho comparado, así paradigmáticamente en Francia¹⁹⁵, pero también en los Estados Unidos¹⁹⁶, 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 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. 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 graves¹⁹⁷, 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.

¹⁹⁵ .- 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.

¹⁹⁶ .- 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.

¹⁹⁷ .- 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.

B. 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.

Es característico de los países románicos legislar en la materia conforme a una suerte de modelo "acumulativo"¹⁹⁸ 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, Italia¹⁹⁹) o bien en forma de delitos cualificados (como, por ejemplo, Francia²⁰⁰ o Portugal²⁰¹). Se trataría de un modelo "acumulativo" pues se recurre para combatir las conductas más graves de xenofobia a todas las figuras señaladas a diferencia, en primer lugar, de los países germánicos y del Reino Unido que básicamente cuentan con la figura de la provocación xenófoba pero no utilizan, sin embargo, la técnica agravatoria (modelo europeo "restringido")²⁰²; o, en segundo lugar, a diferencia de los Estados Unidos que optan por agravar delitos comunes pero, por el momento, rechazan la constitucionalidad de figuras incitadoras²⁰³.

¹⁹⁸ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 208.

¹⁹⁹ .- 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, aunque más adelante volveremos sobre ello en el marco de la normativa española, 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.

²⁰⁰ .- 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).

²⁰¹ .- 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".

²⁰² .- 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.

La Ley de 1995 al incluir tanto el delito de provocación como la agravante genérica acoge ya las pautas acumulativas principales del modelo latino pero el CP de 1995 va a profundizar aún más en la vía iniciada al ampliar decididamente el ámbito punible de estas figuras pues, como veremos, 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; y, además, extiende el conjunto de causas sobre los que la agravación debe desplegar su eficacia más allá del ámbito xenófobo e incluso ideológico, incriminándose así también el ámbito sexual, de enfermedad, minusvalía, etcétera. Este último aspecto, tal y como venimos insistiendo, resulta además común al delito de provocación del actual art. 510 CP y a la casi totalidad del amplio número de figuras delictivas, en gran parte de nuevo cuño entre nosotros, y que representan a su vez otras tendencias expansivas como la de incriminar conductas de corte apologético con relación al genocidio, particularmente el llevado a cabo por el nacionalsocialismo alemán durante la 2ª Guerra Mundial.

En efecto, 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 germánico²⁰⁴. 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*”²⁰⁵. 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

²⁰³ .- 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.

²⁰⁴ .- 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*, parágrafo 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.

²⁰⁵ .- 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.

negacionista”²⁰⁶. 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 humanidad”²⁰⁷ 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).

Por último también son numerosos los delitos de actos de discriminación que se castigan en el CP de 1995 (delitos de denegación de prestación –art. 511 y 512- o de discriminación laboral –art. 314) y que no hacen sino seguir la senda iniciada por la Reforma de 1983, eso sí, ampliando sustancialmente, también en este caso, el ámbito típico.

Como se ve, al modelo latino acumulativo del delito de provocación y de la agravante genérica, complementado con el castigo de la “negación de *Auschwitz*” (genérica), se suman todo un conjunto de incriminaciones de conductas discriminatorias en el ámbito laboral o en los servicios públicos y actividades profesionales y empresariales, además de otras figuras de las que a continuación nos vamos a ocupar. Si además se ha optado por incriminar decididamente, junto a conductas del ámbito xenófobo, otras propias de la mayoría de los ámbitos que contempla el principio de igualdad (ideología, orientación sexual, etc.) podría llegar a 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 materia.

3. 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). Se persigue así caracterizar el modelo político-criminal subyacente al CP de 1995 pero, a la vez, desde una perspectiva crítica, se buscará subrayar aquéllos aspectos que contribuyan a revelar con claridad cómo éste es producto de la exacerbación de las tendencias más expansivas esbozadas anteriormente.

²⁰⁶ .- 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.

²⁰⁷ .- 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.

Hecha la caracterización del modelo político-criminal (apartado 4) se intentará en un apartado final (apartado 5) presentar también una visión de conjunto de toda la normativa desde la perspectiva intrasistemática y de relación complementaria de unos preceptos con otros que aspira a recoger el sentido de tutela que se irá sugiriendo en el estudio de cada precepto. Con ello se intenta proponer una interpretación orientada a minimizar los peligros de desproporción en el ejercicio del *ius puniendi* y de ilegítima limitación del ámbito de ejercicio de derechos y libertades fundamentales propios de un Estado social y democrático de Derecho.

3.1. 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 del anterior Código penal), 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...) ²⁰⁸.

Por otra parte, en feliz expresión de CANCIO MELIA, se trata del "escalón más bajo de sanción penal" ²⁰⁹ 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 apologéticas del 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

²⁰⁸.- 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.

²⁰⁹.- 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 (...)".

expuesto, ser susceptibles de interpretación como preceptos cuya comprensión y sentido debe buscarse a partir del delito de provocación del artículo 510. A éstos habrá 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.

3.1.1. El “delito de provocación”: la “piedra angular”.

Del delito de provocación a la discriminación, odio y violencia del art. 510 CP, y en particular de su sentido de tutela, nos hemos ocupado extensamente en otro lugar²¹⁰. En esta sede interesa, por tanto, hacer un recorrido por sus antecedentes y génesis legislativa pues resulta muy clarificador de la tensión expansiva a que se ve sometida la labor legislativa, pero también la interpretativa, a la hora de abordar la comprensión en términos penales de esta figura “incitadora”, “provocadora”, al parecer destinada a combatir manifestaciones agitatorias y de propaganda que buscan un envenenamiento del clima social y político contra determinados grupos. Con otras palabras, el recorrido por la historia legislativa de esta figura entre nosotros mostrará la oscilación y progresivo “deslizamiento” del legislador desde una aspiración más en la línea de protección de colectivos étnicos frente a conductas de extrema gravedad (“antesala del holocausto”), hacia una lógica generalizadora de dicha tutela a otros grupos y, simultáneamente, orientada, al parecer, a evitar conductas de menor gravedad en donde surgen dificultades casi insalvables para justificar la pena de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses que el artículo 510 prevé.

El delito de provocación permite, en definitiva, presentar de una forma sintética las dos líneas básicas de precomprensión hermeneútica que se adivinan en todos los modelos político-criminales de reacción antixenófoba: la de tutela de minorías en clave “colectiva”, esto es, atenta preferentemente a prohibir conductas que afectan a las condiciones comunes de todo un colectivo especialmente vulnerable y que, por tanto, hace referencia necesariamente a conductas de enorme gravedad “favorecedoras” del enfrentamiento civil o posibilitadoras del amedrentamiento racista de grupos débiles. Y, como segunda línea básica de interpretación, la que apunta a una voluntad de aseguramiento de derechos en clave más individual, esto es, como vía –penal- de refuerzo del principio de igualdad y de la prohibición antidiscriminatoria más atenta, sin embargo, a la faceta “promocional” del valor igualdad que a una estrategia “defensiva” antigenocida.

El estado de la interpretación de la legislación en Europa occidental se ve anclada, al día de hoy, en el entendimiento de estos preceptos penales –y también, como su núcleo, del delito de provocación- como preceptos protectores de grupos étnicos especialmente vulnerables: esto es, como

²¹⁰ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 215 y ss. De forma más resumida y sintética, al hilo del único supuesto, hasta la fecha, de aplicación jurisprudencial del art. 510 (<<caso Varela>>, sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998), DEL MISMO, *La llamada*, p. 689 ss. Con relación a la futura “praxis” del art. 510 CP resulta ilustrativa de los peligrosos derroteros de “puro delito de opinión” y de envenenamiento del clima político hacia los que puede derivar una aplicación jurisprudencial formalista de esta figura, la noticia de prensa (EL PAIS, 23 de Junio de 2000) con relación a una denuncia presentada contra el presidente de la Xunta de Galicia, Manuel Fraga, y el escritor Juan Luis Beceiro García, por un supuesto delito de negación del Holocausto (art. 607-2º CP). Delito que traería causa al parecer en un libro *La mentira histórica desvelada* (cuyo autor es Beceiro y en el que Fraga escribió el epílogo) que dado que se mueve en el campo de las declaraciones “revisionistas” podría incluirse también en el ámbito de prohibición del delito de provocación si se siguiera la discutible línea interpretativa del <<caso Varela>>.

tutela "adelantada" y complementaria a la dispensada por el delito de genocidio. Sólo en el ámbito latino se detecta, como hemos venido insistiendo, un tímido inicio de "deslizamiento" hacia una lógica más individualista de tutela de derechos individuales frente a conductas transgresoras del principio de igualdad y del mandato antidiscriminatorio. En la lógica del legislador español, sin embargo, late desde el principio una gran confusión conceptual que favorecerá que el "deslizamiento" adquiera tal velocidad que, en apenas 12 años, se pase a un panorama legislativo que parece apuntar claramente a un sentido de tutela antidiscriminatorio. Reflejo particularmente nítido de ese deslizamiento es, sin duda, la evolución legislativa del artículo 510 que pasamos a exponer.

a. El Proyecto de Código penal de 1992 y el delito de provocación xenófoba.

El antecedente inmediato del actual delito de provocación del artículo 510 lo constituye el artículo 165ter del anterior Código penal, introducido por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo. No obstante, con anterioridad debemos hacer una breve referencia al Proyecto de Código penal de 1992 en donde ya aparece en embrión lo que posteriormente daría lugar al actual delito de provocación.

En el marco del Proyecto de 1992²¹¹ no aparecía en un principio regulado el delito de provocación. Se seguían manteniendo los delitos de denegación de prestación discriminatoria en el ámbito del servicio público (artículo 525) e incluso se incorporaba un nuevo delito de discriminación laboral (artículo 295), pero respecto de la provocación xenófoba no se recogía ninguna previsión.

No obstante, la enmienda número 449 del Grupo parlamentario catalán (CiU) propone la adición de un nuevo delito a **continuación del de genocidio** (artículo 587) en los siguientes términos:

"Artículo 587 bis)

El que publicare o distribuyere material impreso o audiovisual que incite a la discriminación, la xenofobia, el odio o la violencia por razones de pertenencia o no a una raza, etnia, religión o nacionalidad, o por razón de nacimiento u origen, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a dos años".²¹²

Interesa destacar que la enmienda transcrita hace ya referencia no sólo a la "discriminación" -o a la xenofobia- como objetos de la incitación, sino también, en términos idénticos al precepto vigente del artículo 510 CP, al "**odio**" y a la "**violencia**". La enmienda referida en el marco del Proyecto de 1992 no prosperó²¹³. Ahora bien, llama la atención la configuración del objeto de la incitación en términos muy similares a los actuales al referirse tanto a la discriminación, como al odio o a la violencia, a diferencia, sin embargo, del delito de provocación aprobado por la Ley de 1995 (artículo 165 ter).

²¹¹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, Núm. 102-1*, p. 1 ss.

²¹².- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7*, p. 241.

²¹³.- La enmienda no se incorporó al Informe de la Ponencia. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 7 de abril de 1993, Núm. 102-10*, p. 568. Tampoco llegó siquiera a ser discutida en Comisión debido a la disolución de las Cortes que dio lugar a la interrupción del trámite parlamentario del conjunto del Proyecto.

Efectivamente, en el marco de la Ley de 1995 -que finalmente dio lugar a la inclusión en el anterior Código penal de la primera tipificación del delito de provocación (artículo 165ter)- no se hizo mención o intención de incluir junto a la incitación a la "discriminación", la provocación al "odio" o a la "violencia". De esta manera la Ley de 1995 incluye un delito de provocación a la "discriminación" exclusivamente.

Podría afirmarse que la enmienda 449 del Proyecto de 1992 no dejó notar su influjo en el proceso legislativo de la Ley de 1995. Ahora bien, sí que parece recuperarse este aspecto esencial de referir el objeto de la incitación tanto a la discriminación, como al odio o la violencia, en el marco del Proyecto de 1994.

Resulta sorprendente, sin embargo, desde nuestro punto de vista, que procesos legislativos que corrieron paralelos en el tiempo como el de la Ley de 1995 y el del Proyecto de 1994²¹⁴, presenten disparidades tan pronunciadas en el mismo ámbito de regulación. Disparidad tanto más inexplicable cuanto que la enmienda número 6 del Grupo Socialista²¹⁵, de la que se derivaría en última instancia el delito de provocación de la Ley de 1995, copia literalmente el artículo 490 del Proyecto de 1994 referido al precepto de provocación xenófoba²¹⁶. Dicho artículo, en consecuencia, fue el punto de partida idéntico tanto para el delito de provocación del artículo 165 ter aprobado por la Ley de 1995, como para el artículo 510 del Código vigente. El propio Grupo Popular, como enseguida vamos a exponer, presenta vía enmiendas en el marco del Proyecto de 1994 la propuesta de ampliación del objeto de provocación al "odio" y a la "violencia"²¹⁷. No así, sin embargo, en el marco de la discusión de la Ley de 1995. Esto es lo que a nuestro juicio resulta realmente sorprendente. El hecho de que procesos legislativos casi superpuestos en el tiempo cuenten con comportamientos tan dispares por parte de los Grupos parlamentarios y, en consecuencia, determinen preceptos con un tenor típico tan diferenciado. Se evidencia, de esta manera, la tantas veces referida "desorientación", "improvisación" y falta de rigor del legislador que denota con claridad la ausencia de un programa político-criminal definido y coherente en el tema que nos ocupa.

Es importante también destacar respecto de la enmienda 449 del Proyecto de 1992 el hecho de que ésta se proponga precisamente en el contexto de la regulación del delito de genocidio, lo cual da una idea del problema que realmente preocupaba al legislador. Tal y como su justificación pone de manifiesto el precepto se dirigiría a:

²¹⁴.- Debe tenerse en cuenta que la iniciativa del Grupo popular respecto de la futura Ley de 1995 encuentra su punto de arranque en la admisión a trámite por la Mesa de la Cámara el día 28 de diciembre de 1993. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1*, p. 1. Es por ello que la discusión de la misma y su tramitación corrió paralela y se vio influida por la discusión respecto del Proyecto de Código penal de 1994.

²¹⁵.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7*, p. 15.

²¹⁶.- Artículo 490. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1*, p. 68.

²¹⁷.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6*, enmienda 494, p. 231.

"Tipificar como delito la publicación o distribución de materiales impresos o audiovisuales de contenido racista o xenófobo, dada su peligrosa repercusión social"²¹⁸.

Este primer intento fallido de configurar un delito de provocación en el marco del Proyecto de 1992 nace como respuesta concreta a problemas más bien de difusión ideológica del racismo y la xenofobia. Esta preocupación se refleja en la propia redacción típica en la medida en que, aunque mantiene un tenor literal relativamente genérico, se restringe exclusivamente -no a provocar o incitar- sino a "publicar o distribuir material impreso o audiovisual" que dé lugar a dicha incitación; y, por otro lado, las causas o ámbitos de referencia se restringen también únicamente al universo xenófobo en sentido amplio (raza, etnia, religión, nacionalidad, origen, nacimiento). También el hecho de que se ubique junto al delito de genocidio parece que apunta a atajar -aunque no se manifieste expresamente- la versión nazi o neonazi del racismo y la xenofobia con su típica ideología de apología del holocausto antisemita.

Como vemos el problema concreto del racismo y la xenofobia filo-nazi lleva, sin embargo, a una redacción típica mucho más genérica. Esto mismo va a suceder en el Proyecto de 1994 pero con unas consecuencias de ampliación del tenor típico mucho más drásticas.

b. El Proyecto de Código penal de 1994 y el delito de provocación xenófoba.

El Proyecto de 1994 introduce una figura delictiva de provocación xenófoba²¹⁹ en los siguientes términos:

"Art. 490. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses."

Se restringe el tipo a la provocación a la discriminación y relativa al universo conductual xenófobo describiendo a tal fin únicamente las causas de raza, etnia u origen nacional. Respecto a aquella enmienda de CiU al Proyecto de 1992 se generaliza aún más la descripción típica en cuanto que ahora se hace referencia a toda provocación pública -incluso mediante la apología- mientras que en aquel caso sólo era punible la provocación llevada a cabo por distribución o publicación de material impreso o audiovisual. Pero, por otra parte, el objeto de la provocación es sólo la discriminación no así el odio, la violencia o la xenofobia.

²¹⁸.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7*, p. 241. Además ha de tenerse en cuenta que la enmienda 449 sigue a otra enmienda (la 448) que preconiza, con idéntica justificación, la apología del genocidio.

²¹⁹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1*, p. 68. No haremos mención al precepto 165 ter (Ley de 1995) cuya discusión se superpone a la del Proyecto de 1994 y que ya ha sido objeto de análisis, *supra*, apartado 2.2.2.

Esta delimitación típica de la "provocación pública xenófoba a la discriminación" en sentido estricto se va a ver profundamente alterada en una primera fase a partir de las enmiendas que presentaron los diversos grupos parlamentarios.

b.1. La ampliación del objeto de la incitación -el odio y la violencia- y la nueva "injuria provocadora".

Al delito de provocación xenófoba se presentaron cinco enmiendas que se pueden agrupar en dos bloques temáticos: tres de ellas (dos del Grupo popular y una del Grupo Vasco y Mixto) en favor de una ampliación del tipo y las otras dos (del Grupo Socialista y del Grupo Federal de IU-IC) solicitando la supresión de la mención expresa a la apología²²⁰.

Respecto de las enmiendas dirigidas a ampliar el tipo, se constata una casi total identidad entre la presentada por el Grupo Vasco (enmienda 205) y las del Grupo Popular (enmiendas 493 y 494) hasta el punto de que su discusión -y aceptación- en Comisión del Congreso se hace de forma conjunta en cuanto que, tal y como JOVER PRESA -representante del Grupo socialista- pone de manifiesto, cabe "(...) suponer que su origen es -digámoslo así- extraparlamentario"²²¹.

Con las citadas enmiendas, en concreto, se pretende un triple objetivo. En primer lugar, incorporar las conductas de "incitación al odio y a la violencia **racial**"²²² además de la de discriminación. Se fundamenta tal ampliación en que las citadas conductas constituyen una amenaza para la seguridad de Europa y en general para la democracia. Además se argumenta que se trata de figuras delictivas ya asumidas por gran parte de las legislaciones europeas a modo de "(...) **instrumento para defender la paz y la convivencia social y contrarrestar la funesta propaganda racista**"²²³. Aunque muy genérica, conviene llamar la atención sobre el sentido de protección que se le quiere imprimir al delito de provocación xenófoba en cuanto medio para asegurar la convivencia pacífica entre grupos y, en particular, como instrumento de choque ante la propaganda ideológica racista y sus funestas consecuencias en los colectivos objeto de la misma. No parece que se esté pensando primordialmente en los derechos individuales de cada miembro aisladamente considerado, sino más bien en la

²²⁰.- Se trata en concreto de las enmiendas 585 y 843. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, pp. 256 y 315. Resulta de difícil comprensión el hecho de que pese a la aprobación de su supresión ya en el mismo "Informe de la Ponencia" (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8, p. 475), reaparece, sin embargo, la mención de la apología en el propio Dictamen elaborado por la Comisión (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de junio, Núm. 77-9, p. 639). Su desaparición definitiva se producirá ya a partir del "Informe de la ponencia" en el Senado. SENADO, *Proyectos de Ley*, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e), p. 453.

²²¹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 516, p. 15.829.

²²².- La justificación tanto de la enmienda 205 del Grupo Vasco como de la 494 del Grupo Popular hacen referencia expresa y exclusiva a la de tipo **racial**. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, pp. 158 y 231. No obstante el tenor típico propuesto hace referencia a diversas causas: "Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso o cualesquiera medios de propaganda" (Enmienda 494).

²²³.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, 77-6, Enmienda num. 494, Justificación, p. 231 (subrayado nuestro).

repercusión colectiva sobre todos los miembros del colectivo y, en definitiva, en el efecto perturbador que para la convivencia social pueda tener.

En segundo lugar, se pretende incriminar la conducta de "manipulación o emisión de informaciones falsas" respecto de personas o grupos en razón de su raza, etnia, etc., por cuanto que constituirían excesos de la libertad de información²²⁴. En contraste con la ampliación a la "incitación al odio y a la violencia" se apunta en este caso a supuestos de injurias, en principio, tanto individuales como colectivas, dándoles un tratamiento punitivo equivalente a la provocación xenófoba.

Y, por último, en tercer lugar, se persigue incluir de forma expresa entre las causas de referencia la "religiosa" para así otorgar una mejor protección a los aspectos relacionados con las creencias de las personas²²⁵.

Este conjunto de propuestas no fue asumido en principio en el "Informe de la Ponencia" del Congreso pero inmediatamente después, en la discusión de la Comisión del Congreso, se aceptan sin mayores objeciones²²⁶ al hilo de un tipo de argumentación que ya anuncia la segunda transformación ampliatoria que el delito de provocación xenófoba iba a experimentar antes de convertirse en el definitivo artículo 510. JOVER PRESA, en este sentido, expresa su voto favorable al grupo de enmiendas del Grupo vasco y Grupo Popular en el entendido de que:

"(...) mejoran el texto, que amplían bastante los problemas que se plantean en relación con la discriminación por razón **de raza, de sexo, de todos los tipos que pueda haber (...)**"²²⁷.

A partir del concepto y de la lógica discriminatoria empieza a desplazarse el punto de vista a otros problemas diferentes de los correspondientes a las tensiones raciales o étnicas y a contemplarse el tipo como un delito genérico antidiscriminatorio en sentido amplio. Esta nueva perspectiva tendrá su

²²⁴.- "Los que manipulen informaciones o emitan informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad." CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6*, Enmienda 494, p. 231.

²²⁵.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6*, Enmienda 493, Justificación, p. 230.

²²⁶.- Contrasta la aceptación "acrítica" de la ampliación con algunas dudas que se suscitaron al paso del precepto por el Senado, precisamente con relación a la idoneidad y legitimidad del derecho penal para incriminar la incitación al "odio". En concreto, debe destacarse que el clima general de consenso y unanimidad que también presidió la configuración definitiva del delito de provocación xenófoba a su paso por el Senado, se vio únicamente alterado en este punto. Se trata de la enmienda 261 del Grupo Mixto con el objetivo de transformar las conductas típicas sobre todo de "incitación al odio" en una suerte de precepto de incitación a la comisión de delitos por razones étnicas, etc. Se argumenta que incitar al odio, por reprochable que pudiera ser, no resulta todavía penalmente relevante "en tanto no genere una proximidad de peligro" [SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, Enmienda 261, Justificación, p. 174]. Fue la única enmienda no aceptada en el Informe de la Ponencia [SENADO, *Proyectos de Ley, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e)*, artículo 502, p. 365]. Tampoco se acepta después de su defensa en los términos expuestos en Comisión. [SENADO, *Comisión de Justicia, Núm. 227*, p. 2]. Sin embargo, a pesar del rechazo unánime y reiterado, incide en uno de los aspectos que resultarán más criticados por la doctrina. Véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 263 ss.

²²⁷.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones, Núm. 516*, p. 15.829 (subrayado nuestro).

reflejo también en nuevas transformaciones que a continuación vamos a abordar. Pero antes de ello vamos a realizar una breve referencia a la cuestión del antisemitismo como causa específica en este delito.

b.2. El "antisemitismo" como causa específica en el delito de provocación.

La única diferencia relevante respecto de las enmiendas de ampliación estudiadas entre la versión del Grupo Vasco y la del Grupo Popular consistía, precisamente, en que este último incluía el "antisemitismo" como causa específica en las conductas de "incitación al odio o a la violencia". Dicha mención expresa obedecería a razones históricas y al hecho de la "aparición en Europa del antisemitismo más manifiesto y virulento desde la Segunda Guerra Mundial"²²⁸. Esta argumentación no acabó de convencer al Grupo Socialista que entiende que el antisemitismo quedaría perfectamente englobado en el concepto de discriminación racial y por tanto sobraba su mención expresa. No obstante, en la medida en que la referencia al antisemitismo se realizaba también en otros preceptos antidiscriminatorios, se aceptó tal formulación de forma provisional y a la espera de que en trámites posteriores se ordenaran y uniformizaran los preceptos en la materia²²⁹.

Finalmente, sin embargo, no se produjo tal revisión en el sentido de suprimir la mención expresa antisemita presentando el texto definitivo -al igual que en la agravante genérica "de racismo" del artículo 22-4º- esta innecesaria reiteración²³⁰.

b.3. Ampliación final del precepto mediante incorporación de nuevas causas no xenófobas: del delito de provocación xenófoba hacia la protección antidiscriminatoria.

Del conjunto de enmiendas presentadas en el Senado va a resultar la segunda y definitiva transformación del delito de provocación xenófoba. A la ampliación del objeto de incitación incluyéndose el odio o la violencia, así como la equiparación de la provocación xenófoba con una suerte de injuria, se viene a sumar la proyección del conjunto de la figura delictiva no ya sobre los ámbitos propios del fenómeno xenófobo, sino, también, sobre otro tipo de universos conductuales en la línea del principio de igualdad genérico.

La gran mayoría de las enmiendas presentadas apuntan en este sentido de ampliación de causas típicas²³¹ y todas ellas resultaron aceptadas en el propio "Informe de la ponencia" del Senado a

²²⁸.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, Enmienda 494, Justificación, p. 231.

²²⁹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 516, p. 15.829.

²³⁰.- Es unánime la crítica de la doctrina en el sentido de entender superflua la mención expresa al "antisemitismo". Véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 248 ss.

²³¹.- En concreto pretendiendo la ampliación del delito al supuesto de "orientación sexual" (enmiendas 91 y 154); al supuesto de "homofobia" (enmiendas 92 y 701); y "sexo" (enmiendas 700 y 702). SENADO, *Proyectos de Ley*, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c), pp. 128, 145, 295 y 296.

partir, esencialmente, del consenso que se logró suscitar en torno a una trascendental enmienda del Grupo Socialista que aspiraba a una completa y definitiva remodelación del precepto²³².

La citada enmienda socialista se ve despojada de su lógica interna precisamente con motivo del diferente tratamiento de que son objeto los párrafos 1º y 2º de la misma en el "Informe de la ponencia". Mientras que la primera parte -referida a la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia- se ve a su vez remodelada mediante una enmienda transaccional unánime, la segunda parte -referida a la "injuria provocadora"- será aprobada unánimemente en los términos propuestos por el Grupo Socialista, manteniendo este tenor hasta su conversión definitiva en el actual artículo 510-2º²³³.

Esta diferencia marcará la descoordinación de causas típicas (raza, etnia, ideología, religión...) que se arrastrará hasta el tenor definitivo actual. Así en las conductas de provocación a la discriminación al odio o a la violencia del párrafo 1º, además de las causas de tipo xenófobo en sentido amplio (etnia, raza, origen nacional o religión), se vienen a añadir causas específicamente ideológicas (creencias e ideología)²³⁴ y, avanzando aún más lejos, se incluyen también el sexo, la orientación sexual, la enfermedad o minusvalía así como, finalmente, **la situación familiar y el antisemitismo**. Precisamente estas dos últimas causas -la situación familiar y el antisemitismo- se omiten en el supuesto de "injuria provocadora" del párrafo 2º en cuanto que la enmienda original de la que proviene no las contemplaba.

Como vemos, con la diferencia de matiz del antisemitismo y de la situación familiar, el delito de provocación en su conjunto deja de ser a estas alturas exclusivamente "antixenófobo", dados los nuevos supuestos sobre los que se proyecta: los ideológicos, los de tipo sexual, así como los de enfermedad. La razón que mueve al legislador a semejante ampliación entra en la lógica de "homogeneizar" y "uniformizar" el conjunto de preceptos antidiscriminatorios²³⁵. De nuevo, el concepto de discriminación y su entendimiento en sentido amplio ha llevado al legislador a olvidar el problema del que partía -la ideología racista, nazi en particular, y su peligro para la convivencia pacífica- y ha desembocado en la reorientación del tenor típico de la provocación xenófoba hacia una figura delictiva más general y omnicompreensiva de corte antidiscriminatorio o, más precisamente, de protección del principio de igualdad²³⁶.

²³².- Se trata de la Enmienda núm. 410 cuyo tenor literal era el siguiente: "Artículo 502. 1. Los que provocaren a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía." SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, p. 219.

²³³.- SENADO, *Proyectos de Ley, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e)*, p. 365 (artículo 502).

²³⁴.- En la línea, por otra parte, de lo ya aceptado en el delito de provocación del artículo 165ter del anterior Código penal en el marco de la Ley de 1995.

²³⁵.- En la enmienda sobre la que se basa la transaccional del párrafo 1º se justifican las transformaciones referentes a las causas en coherencia con la voluntad del legislador de ir hacia una enumeración "más omnicompreensiva". SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, Enmienda 410, Justificación, p. 219.

²³⁶.- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código*, p. 197 hablan así de "conductas contra el derecho a la igualdad".

c. Conclusiones: historia legislativa y orientación interpretativa de *lege lata*.

La propia evolución de la discusión parlamentaria -tanto del Código penal de 1995 como de sus antecedentes- y, correlativamente, los cambios experimentados por el tenor literal del actual artículo 510 reflejan lo que podría denominarse como una suerte de "migración de sentido" en la precomprensión que el legislador mantiene respecto de esta figura desde una orientación inicial de tutela de minorías, centrada principalmente en la protección de grupos étnicos especialmente vulnerables ("minorías raciales") frente a conductas xenófobas graves de repercusión colectiva, hacia una sentido de protección más de carácter antidiscriminatorio individual frente a conductas de menor gravedad y que se proyecta además sobre un amplio elenco de colectivos más allá del estrictamente étnico, como el sexual, de enfermedad, ideológico, etcétera.

El tenor del precepto a lo largo del debate parlamentario terminó siendo cada vez más general y omnicompreensivo hasta ser susceptible de acoger, desde el punto de vista del sentido literal posible, un amplísimo espectro de manifestaciones de hostilidad atentatorias contra el principio de igualdad o de no discriminación, difuminándose de forma progresiva en los términos generales del precepto la originaria voluntad de hacer frente al racismo y a la xenofobia por su peligrosidad para colectivos especialmente vulnerables y para una convivencia social pacífica.

Ahora bien, la "lógica" del legislador, máxime habiendo constatado la dificultad de encontrar una línea coherente de desarrollo de la misma, no determina sin más el sentido de tutela que cabe inferir del tenor literal del precepto. Con otras palabras: el "deslizamiento" que se ha pretendido identificar no lleva a la conclusión inexorable de tener que entender el precepto en clave puramente antidiscriminatoria y razones de índole político-criminal hacen, más bien, aconsejable un punto de partida diferente, mucho más restrictivo, para evitar que los términos tan amplios en que está redactado el tipo permitan una proyección del mismo cercenadora de derechos y libertades fundamentales propios de un Estado social y democrático de Derecho²³⁷.

En efecto, la criticable indefinición del artículo 510 CP al referirse a una conducta de "provocación" apunta hacia una suerte de tutela "adelantada" a la comisión de determinados actos de discriminación, odio o violencia. De esta forma el núcleo del comportamiento injusto habría de buscarse en el acto "que está por venir", en la actuación a que se provoca respecto de la que -preventivamente- se adelantan las barreras de protección. Pues bien es precisamente la "referencia futura" del acto de "provocación" la que, a mi juicio, varía -se "desliza"- en el proceso legislativo y la que, al margen de la voluntad del legislador, resulta decisiva a la hora de realizar cualquier aproximación interpretativa a este precepto. Con otras palabras, la "referencia futura", esto es, la gravedad de las conductas hacia las que tiende la incitación determinará, sin duda, la amplitud del tipo a estudio pues cuanto más generales y difusas sean, mayor será el ámbito potencial de proyección de la prohibición penal.

²³⁷ .- Razones que me llevan a una interpretación "correctora" del artículo 510 CP orientada a preservar de los ataques más intolerables las "condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables" que ya expuse en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 341 ss., y a donde me remito para una consideración más detallada y detenida. De forma más resumida en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, pp. 704 ss. (especialmente 711 ss.).

La doctrina mayoritaria, en línea con la lógica antidiscriminatoria decididamente expansiva de las fases más avanzadas del proceso legislativo, asume, a mi juicio, como “referente futuro” de la conducta de provocación comportamientos transgresores del derecho a la igualdad y no discriminación de los sujetos pertenecientes a los grupos protegidos y de su dignidad humana. El bien jurídico protegido sería así de titularidad individual y de esta forma el mandato normativo se dirigiría en su núcleo a proteger a cada individuo frente a conductas que le fueran a deparar un trato desigual²³⁸. Determinadas conductas “provocadoras” favorecerían la precipitación de conductas discriminatorias, de odio o violencia cuya materialización contradice el mandato de igualdad y no discriminación atentándose así contra la dignidad humana de los sujetos contra los que se dirige la incitación.

Ahora bien, un tal planteamiento se enfrenta a la contradicción valorativa de tener que aceptar que se castiguen conductas que ayuden a preparar comportamientos que, sin embargo, de llevarse a cabo no constituirían necesariamente ilícitos penales. Debe recordarse que, al margen de su desvaloración social o de otras consecuencias jurídicas no penales, no toda transgresión del principio de igualdad o del mandato de no discriminación es constitutiva de delito y menos aún el hecho nudo de odiar. Por ello una parte significativa de la doctrina opta por una interpretación restrictiva que, a pesar del tenor literal, considere solamente típicas las conductas de provocación a “delitos de odio, violencia o discriminación” en el sentido del artículo 18 CP²³⁹. Se quiere así establecer un estándar mínimo de gravedad para las conductas típicas de incitación. El objeto de referencia de la provocación sería ya, según la interpretación expuesta, una conducta delictiva –así, por ejemplo, delitos de actos de discriminación como el de denegación de prestación o la discriminación laboral- cuya gravedad se convierte en el núcleo de referencia a partir del cual se procede también a prohibir conductas “periféricas”, esto es, actos que anuncian y preparan el delito objeto de incitación²⁴⁰.

Sin embargo esta corrección interpretativa no resulta convincente pues no logra, a mi juicio, contener ni enfocar debidamente la proyección de la norma prohibitiva, ni resulta tampoco sistemáticamente defendible. Por más que la conducta a que se provoque sea delictiva, la orientación de tutela que subyace a esta propuesta presenta un sentido de protección marcadamente individual de la igualdad y la no discriminación en defensa de la dignidad humana lo que constituye todavía un referente demasiado vago y general. Parece así colocarse el núcleo del injusto en conductas que afectan a un sujeto individual, al margen de la repercusión de la conducta sobre el grupo, como defensa de sus derechos individuales. Se reforzaría el mandato de igualdad hasta el punto de que no ya el acto de discriminar, sino que su misma provocación puede llegar a ser castigado con hasta 3 años de prisión y multa. Piénsese, por ejemplo, en la figura de la denegación de prestación como delito de discriminación cuya provocación sería objeto de castigo según el artículo 510. Recientes pronunciamientos jurisprudenciales han venido a aplicar el artículo 512 –denegación de prestación en el

²³⁸ .- Véase el estado actual de la discusión en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 218 ss.

²³⁹ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 223 ss.

²⁴⁰ .- Para un análisis crítico de la “lógica de adelantamiento” que subyace a esta corriente interpretativa es fundamental la conocida obra de JAKOBS, *Kriminalisierung*, p. 751 ss. (véase, también la traducción de PEÑARANDA RAMOS en JAKOBS, *Criminalización*, p. 293 ss.). Un análisis respecto de la infiltración de esta lógica en la doctrina de derecho comparado –especialmente en la alemana- con relación al delito de provocación, así como una propuesta que asume y desarrolla los planteamientos de JAKOBS, pueden consultarse, extensamente, en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 255 ss., especialmente pp. 319 ss. y 341 ss. De forma más resumida y centrada en los problemas de los “delitos de clima” en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 697 ss.

ámbito de las actividades profesionales o empresariales- en el caso del dueño de un establecimiento de compraventa de coches que se negó a vender uno de ellos a un súbdito portugués ya que no vendía "(..) a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros"²⁴¹; o en el supuesto de un portero de un pub que denegó el acceso al local a dos individuos de raza negra por razón de su etnia²⁴². Se trata de comportamientos cuya comisión da lugar a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio pero que, según la interpretación analizada, si fueran objeto de provocación podría castigarse con pena de prisión de hasta 3 años y multa de 6 a 12 meses. Realizar el acto discriminatorio de no permitir acceder a un local o no vender un objeto por la pertenencia del potencial comprador a una determinada etnia aparejaría así un pena desproporcionadamente más leve que la incitación a tales comportamientos.

Si se quiere evitar esta contradicción valorativa no cabe una interpretación del delito de provocación como mero adelantamiento de la tutela de bienes jurídicos individuales. A mi juicio, debe abandonarse la lógica antidiscriminatoria en clave de tutela individual como precomprensión del delito a estudio y reorientar el sentido de protección hacia conductas de mucha mayor gravedad que permitan una interpretación más restrictiva del tipo y una coordinación sistemática con los otros preceptos denominados "antidiscriminatorios". Se impone retomar la lógica de protección de minorías especialmente vulnerables –en clave colectiva- para así dar al artículo 510 el sentido de protección de grupos sensibles frente a conductas que, por su gravedad, pongan en tela de juicio la propia existencia del colectivo: el bien jurídico protegido se situaría entonces en una dimensión supraindividual ya que el núcleo del injusto comprendería conductas de repercusión colectiva, conductas que amenazan a todo el grupo. No se trata de reforzar sin más el principio de igualdad y no discriminación, ni tampoco de una tutela indiscriminada de la dignidad humana frente a todo tipo de ataques, sino de prevenir conductas "provocadoras" que afectan a todo un colectivo hasta el extremo de que éste no puede ya racionalmente confiar en que su existencia esté asegurada. Se pretende así neutralizar un tipo de envenenamiento del clima social y de convivencia de tal gravedad que sitúa al colectivo en la "antesala del holocausto".

Como ejemplo del potencial restrictivo de la interpretación esbozada puede traerse a colación el único supuesto de aplicación jurisprudencial de esta figura en el denominado <<caso Varela>> (sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, 16 noviembre 1998)²⁴³ en el que se castiga con nada menos que 5 años de cárcel y 12 meses de multa al dueño de la librería *Europa* por la distribución, venta y difusión de todo tipo de material (libros, publicaciones, cartas, carteles, videos...) que negaban la persecución y genocidio de la comunidad judía durante la segunda guerra mundial y, a la vez, se incitaba a la discriminación y odio contra los judíos al considerárseles "seres inferiores a los que se debe exterminar como <<a las ratas>>". Centrándonos en el delito de provocación del artículo 510 CP deberíamos preguntarnos hasta qué punto ese tipo de propaganda neo-nazi resulta idónea en la sociedad española actual para poner en peligro la seguridad existencial del colectivo en este caso judío. No se trata tanto de intentar constatar si se produce un ataque a la dignidad de alguno o de todos los judíos –que sin duda se produce- sino si este ataque es de tal gravedad que dicho colectivo no puede ya racionalmente confiar en su seguridad existencial. Sólo en una situación de constatada violencia

²⁴¹ .- STS 29 septiembre 1998.

²⁴² .- Audiencia Provincial de Alicante (secc. 1ª), Sentencia 11 junio 1999.

²⁴³ .- Para un comentario crítico de la sentencia véase LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 689 ss. En otro sentido véase, también, GOMEZ NAVAJAS, *Apología*, p. 1 ss.

grave y habitual contra el colectivo judío por parte de grupos organizados con fuerte presencia social sería legítimo interpretar la provocación como una conducta de tal gravedad que despliega un auténtico efecto amenaza (“coactivo”) sobre todo el colectivo a la que no puede ya sustraerse.

Según la interpretación esbozada no debería haberse aplicado el artículo 510 CP en el <<caso Varela>> pues sólo cuando la situación sea auténticamente crítica y el colectivo víctima de la provocación se demuestre, en términos sociales, como especialmente vulnerable, debería entonces poderse desplegar la prohibición penal de propaganda provocadora. El delito de provocación resultaría entonces de *lege lata* un precepto de aplicación excepcional como excepcional será la circunstancia social en que un colectivo étnico, ideológico, religioso, etcétera, se vea en una situación tan crítica que quepa afirmar que no queda lejos el “salto” a su eliminación. Tales situaciones no son, sin embargo, por desgracia, ajenas a nuestra realidad social: piénsese, por ejemplo, en los sucesos de Mancha Real en donde en mayo de 1991 se produjo una pelea entre varios miembros de una familia gitana y otros de familia castellana en la que resultó muerto un vecino de dicha localidad. La reyerta motivó manifestaciones, incluso con la corporación municipal al frente, que acabaron en tumultos violentos contra las propiedades de las personas de etnia gitana que tuvieron que huir precipitadamente del pueblo ante el riesgo que corrían sus vidas e integridad física. Durante los incidentes que se prolongaron a lo largo de varios días se vertieron gran cantidad de soflamas provocadoras y amenazantes contra el colectivo de gitanos residentes en el pueblo de forma pública y en un ambiente de máxima crispación²⁴⁴. Piénsese igualmente en los recientes acontecimientos de El Ejido en donde en un clima también de máxima tensión hubo llamamientos incitadores, presumiblemente de grupos radicales, a través de internet que convocaban a acudir a dicho pueblo para combatir a las razas inferiores y en defensa de la superioridad blanca.

No vamos a extendernos más pero basten los supuestos mencionados para ilustrar el sentido de protección que proponemos y que se orienta hacia una especie de tutela antigenocida adelantada que debido a los riesgos que entraña de eventual censura para el desarrollo de libertades y derechos fundamentales sólo podrá activarse en situaciones de verdadera gravedad y excepcionalidad. En cualquier caso, debe huírse de una aplicación automática y expansiva del artículo 510 como instrumento antidiscriminatorio de refuerzo de derechos individuales y darse prioridad a la repercusión que la conducta puede tener en términos de daño colectivo –grave- contra grupos especialmente vulnerables.

Desde la perspectiva de una interpretación sistemática del artículo 510 en relación con el resto de preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios, entiendo, además, que no cabe prescindir de la lógica de tutela colectiva de minorías gravemente amenazadas que subyace a la misma. Es más, como a continuación se irá revelando en el estudio de las demás figuras, una consideración de estos preceptos en clave exclusivamente antidiscriminatoria daría lugar a problemas sistemáticos insolubles y a dificultades insalvables de coordinación entre el Derecho penal y otras ramas del Derecho (particularmente con relación a la creciente proliferación de ilícitos administrativos en la materia²⁴⁵) y a

²⁴⁴ .- Véase el relato fáctico contenido en la STS de 2 de Julio de 1994 en la que por no haberse aprobado todavía ni la Ley de 1995 ni estar vigente el actual Código penal en ningún momento se planteó, lógicamente, la aplicación de este tipo pero que, a mi juicio, se trata de una situación en la que cabe imaginar que podría encontrar legítima aplicación el precepto a estudio según la interpretación que proponemos.

²⁴⁵ .- Piénsese, a modo únicamente de ejemplo, en los nuevos ilícitos administrativos creados por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en concreto, en el artículo 50 d) –“infracción muy grave”- en relación con el artículo 21, a cuyo tenor se castigarán, entre otras conductas, los actos de

propiciar una práctica aplicativa gravemente quebrantadora de principios político-criminales irrenunciables en un Derecho penal democrático. En definitiva, considero que la interpretación de este conjunto normativo debe partir de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la lógica de tutela colectiva de minorías especialmente vulnerables frente a conductas próximas al estadio de eliminación del grupo y, por otro lado, la lógica (antidiscriminatoria) que preconiza una suerte de protección mucho más “adelantada” y que se traduce en un programa de refuerzo penal en el ejercicio de derechos individuales al margen de la repercusión social de la conducta en el equilibrio y convivencia pacífica entre colectivos sociales. De entre las dos lógicas expuestas deberá darse prioridad, en las figuras que tengan aparejada una pena más grave, a la precomprensión interpretativa que exige un alto nivel de gravedad de la conducta por la repercusión de la misma sobre la seguridad de todo el colectivo.

Desde esta perspectiva el delito de provocación del artículo 510 CP refleja en su evolución legislativa la oscilación en la precomprensión hermeneútica desde la lógica de tutela colectiva de minorías hacia la lógica de protección antidiscriminatoria mucho más extensa y de proyección más claramente individual. La propuesta interpretativa que preconizamos pasa, en definitiva, por invertir los términos de la evolución descrita recuperando de algún modo el sentido inicial que se adivinaba en las primeras fases legislativas, lo que no sólo permite una reorientación del artículo 510 CP sino que abre también las puertas a una armonización sistemática de éste con otras figuras “antidiscriminatorias” como a continuación vamos a poder ir comprobando.

3.1.2. Denegación discriminatoria de prestación.

Ya había sido planteada, tanto en el trámite parlamentario de la Reforma de 1983 como en la posterior discusión doctrinal²⁴⁶, la conveniencia de extender la incriminación de actos de denegación discriminatoria de prestación más allá del ámbito del servicio público. La nueva regulación del artículo 512 CP responde a esta aspiración por cuanto, no sólo los funcionarios o particulares encargados de un servicio público (art. 511 CP), sino ahora también los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren una prestación a la que se tenga derecho, serán objeto de sanción penal²⁴⁷. Tal y como se desprende de la tramitación parlamentaria, se impuso, sin embargo, la versión menos pretenciosa que defendía la incriminación de la denegación discriminatoria de prestación de forma

discriminación llevados a cabo por autoridad, funcionario público o personal encargado de un servicio público en el ejercicio de sus funciones contra extranjeros o por la pertenencia a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad; todos los actos de discriminación que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público o consistentes en “(...) restringir o limitar el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales”, etc. De la mera lectura de los mismos surge de inmediato la pregunta, a la que enseguida habremos de volver, de cuáles habrán de ser los criterios limitadores respecto de los delitos de actos de discriminación como los de denegación de prestación (art. 511 y 512 CP) o de discriminación laboral grave (art. 314 CP).

²⁴⁶.- Véase *supra* apartados 2.1.2.a.2. y 2.1.2.b.1.

²⁴⁷.- Artículo 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la penal de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

limitada a la actuación de particulares en el ámbito concreto de la actividad profesional o empresarial²⁴⁸. No triunfó, en definitiva, la postura que preconizaba la extensión de la punición a denegaciones de prestación llevadas a cabo por cualquier particular sin limitación alguna²⁴⁹.

La nueva situación responde así a una ampliación de la intervención penal que consolida y refuerza la protección del principio de igualdad y de interdicción de la discriminación respecto de la conducta de denegación de prestación. Se consolida la protección porque el nuevo artículo 511²⁵⁰ viene a recoger en su seno las figuras penales ya introducidas por la Reforma de 1983 (artículos 165 y 181 bis) que castigaban al particular encargado de un servicio público y al funcionario que llevara a cabo la denegación típica. La doctrina mayoritaria sigue situando el objeto de tutela del precepto en torno a la igualdad o al interés de evitar la discriminación²⁵¹ y, a pesar de que se reconocen avances en la formulación típica fruto de una redacción "más cuidada"²⁵², son objeto de crítica, en esencia, los mismos problemas de indefinición e inaplicabilidad de esta figura penal que ya se detectaron respecto de su antecedente²⁵³.

²⁴⁸.- En la discusión en Comisión de Justicia e Interior del Congreso, el diputado JOVER PRESA (Grupo socialista) presenta una enmienda *in voce* que pretende ser transaccional para crear un nuevo precepto que penalice las conductas de discriminación entre particulares, pero de forma limitada en atención esencialmente a eventuales dificultades para la aplicación efectiva de una disposición excesivamente amplia. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones, Núm. 516*, pp. 15829 y 15830. Véase, también, LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código*, p. 197 que destacan la "problemática de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros" como elemento clave de la argumentación del diputado socialista. En una línea argumental similar véase la discusión suiza respecto de una figura de denegación de prestación similar a la objeto de atención en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 172.

²⁴⁹.- En tal sentido destaca la intervención, en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, del diputado LOPEZ GARRIDO en defensa de una enmienda (la número 845) para introducir un nuevo precepto que castigue cualquier denegación de prestación en aras de proteger el principio de igualdad y no discriminación de las actuaciones de los particulares, aunque no estén encargados de servicios públicos. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones, Núm. 516*, p. 15828. LOPEZ GARRIDO califica de "tímida" la enmienda transaccional propuesta por el Grupo socialista restringiendo el ámbito punible a la actividad empresarial y profesional (*op. cit.*, p. 15834) aunque la apoyará.

²⁵⁰.- Artículo 511 1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas será aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

²⁵¹.- 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.

²⁵².- Véase, por todos, CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1277. También TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1473 valora positivamente la concreción de las causas con relación al listado contenido en el artículo 14 del texto constitucional.

²⁵³.- TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1475, hace referencia a la dificultad de aplicación de este precepto en la medida en que haya de probarse que la denegación de prestación ha sido llevada a cabo por razón precisamente de las circunstancias o causas típicas. Además, algunas de las causas presentarían problemas serios de falta de taxatividad.

Ahora bien, no sólo se consolida la orientación protectora aludida sino que se refuerza y amplía, como decíamos, con el artículo 512 que abre decididamente la puerta a la intervención penal en el problemático ámbito de la discriminación entre particulares. Desde un punto de visto conceptual, la discriminación proveniente del Estado (discriminación legal) no es más que una manifestación del fenómeno que necesariamente debe añadirse a las acciones discriminatorias protagonizadas por los sujetos particulares (discriminación entre particulares) para poder contemplar en su totalidad esta compleja realidad²⁵⁴. En este sentido, el nuevo artículo 512 parece un corolario lógico y acorde con las diversas manifestaciones de la denegación discriminatoria que vendría a completar los preceptos ya existentes referidos al ámbito del servicio público.

Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta que la discriminación entre particulares comprende una amplitud de conductas tal que no puede sino agravar y tensionar al máximo los problemas de esta figura penal que ya se subrayaban respecto de su versión referida al servicio público. Al suprimirse la referencia al servicio público, se abre la puerta a la intervención penal en una pluralidad de ámbitos de tal variedad como posibilidades hay de denegar prestaciones. La ampliación del ámbito punible a impulsos de la "coherencia" con las distintas manifestaciones en que la discriminación se puede materializar, amenaza así con diluir el principio de *ultima ratio*²⁵⁵.

Ahora bien, la situación se torna aún más compleja si se tiene en cuenta la proliferación de sanciones administrativas dirigidas precisamente a combatir todo tipo de actuaciones discriminatorias. Destacan a este respecto los nuevos ilícitos administrativos creados por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁵⁶. En concreto en dicha ley se define, en amplios términos, qué ha de entenderse por acto de discriminación²⁵⁷ para lo cual se proporciona en primer lugar una definición genérica en la línea de la propuesta realizada por la Convención de 1965 (discriminación racial)²⁵⁸. Dicha definición contiene ya los tres elementos

CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1278, también destaca las dificultades de prueba específicas derivadas de que la denegación haya de ser "por razón de" alguna de las circunstancias típicas. De una forma más general, SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 873, caracteriza a este precepto como excesivamente abierto, confuso y generador de inseguridad jurídica. VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código*, p. 647, en el mismo sentido, llega a calificar el artículo 511 como "(...) repetitivo, farragoso y confuso texto legal, ejemplo de lo no debe ser una norma penal (...)".

²⁵⁴ .- Véase RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 158 ss. Véase, también, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 92-94.

²⁵⁵ .- Alertaba ya de este peligro CARBONELL MATEU, *De los delitos*, p. 1289.

²⁵⁶ .- A partir de ahora referida como LO 4/ 2000.

²⁵⁷ .- Definición que se proporciona en el artículo 21 LO 4/2000 y a la que posteriormente se remite el artículo 50 d) que califica como infracción muy grave "La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 21 de la presente ley" que podrá ser castigada –artículo 51c)- con "multa desde uno hasta diez millones de pesetas".

²⁵⁸ .- La LO 4/2000 define los actos discriminatorios en el artículo 21-1 según el siguiente tenor literal: "A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural." La Convención de 1965 (discriminación racial), en su artículo 1 define la discriminación en términos

clásicos de todo acto discriminatorio, a saber, en primer término, una acción de diferenciación en sus distintos grados (“distinción, exclusión, restricción o preferencia”) que se dirige contra un extranjero pero basada precisamente –segundo elemento- en la raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas y, como tercer elemento, un resultado (“que tenga como fin o efecto” destruir o limitar derechos).

Pero a dicha definición genérica sigue, a modo de listado abierta, toda una serie de definiciones particulares de actos que en cualquier caso habrán de ser tenidos por discriminatorios (artículo 21-2 LO 4/2000) y que se aproximan en sus términos a las figuras delictivas de denegación de prestación²⁵⁹. En concreto el artículo 21-2, en sus apartados “a” y “b”, hace referencia a actos discriminatorios efectuados tanto en el ámbito del servicio público (en la línea del artículo 511 CP)²⁶⁰, como en el de intercambio de bienes o servicios ofrecidos al público (próximo, por tanto, a los comportamientos tipificados en el artículo 512 CP)²⁶¹.

Las dificultades de delimitación entre los ilícitos penales y administrativos en la materia pueden muy bien ilustrarse al hilo de la reciente jurisprudencia. En efecto, la STS de 29 de

similares por cuanto alude también a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” Para un análisis del alcance de esta definición véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 84 ss.

²⁵⁹ .- Aunque también al delito de discriminación laboral (art. 21-2 c, d, e LO 4/2000) como más adelante volveremos a subrayar.

²⁶⁰ .- Art. 21-2 “a” LO 4/2000: “Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.” La redacción es naturalmente más amplia que la del artículo 511 CP por cuanto se refiere tanto a conductas activas como omisivas en contraste con la figura del Código penal que se refiere específicamente a la “denegación de prestación”. Aunque, por otro lado, también tiene una proyección más restringida en la medida en que los preceptos de la LO 4/2000 van destinados a los extranjeros que, sin embargo, de conformidad con el artículo 1, podría también extenderse -a efectos de la aplicación de los ilícitos administrativos- a actos discriminatorios contra los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En tercer lugar, como otra diferencia significativa, debe subrayarse el hecho de que la definición del acto discriminatorio se proyecta sobre un elenco de causas o ámbitos, paradójicamente, más restringido que el de los delitos de denegación del CP (no se hace referencia, por ejemplo, ni al sexo ni a la orientación sexual, ni a la enfermedad o minusvalía...). Estos y otros aspectos merecerían un análisis más detallado que limitaciones del objeto de estudio impiden llevar a término. En cualquier caso, a pesar de las diferencias señaladas, parece evidente que dados los amplios términos en que se define el acto discriminatorio en la LO 4/2000 habrá sectores de conductas secantes con el ámbito de prohibición de la norma penal que obligarán, en consecuencia, a elaborar criterios materiales de diferenciación entre ambos niveles de intervención.

²⁶¹ .- Art. 21-2 “b” LO 4/2000: “Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”. De nuevo hay diferencias notables entre esta definición de la LO 4/2000 y la tipificación del artículo 512 CP que, sin embargo, y tal como ya hemos puesto de manifiesto en el caso de los actos discriminatorios en el ámbito de los servicios públicos, no evitarán posibles constelaciones de casos que se encuentren en el ámbito secante entre ambos niveles de intervención penal y administrativa como, por ejemplo, en el caso de la STS 29 septiembre 1998 (denegación de venta por parte del dueño de un establecimiento abierto al público ante la solicitud de compra de un súbdito portugués debido a que el condenado aseguraba “él no vendía a morenos”), sentencia sobre la que a continuación vamos a ocuparnos.

septiembre de 1998 confirmó la condena de inhabilitación especial de 1 año contra el dueño de un establecimiento abierto al público de compraventa de vehículos que se negó a vender a un potencial comprador portugués porque no vendía a “morenos” como el denunciante ni a “gitanos” ni a “moros”. Entiende el tribunal que dicha conducta constituye un delito de denegación a una persona de una prestación a la que tiene derecho (artículo 512 CP). Si se considera en dicho caso al súbdito portugués como <<extranjero>> a efectos de la LO 4/2000²⁶² sin duda la conducta de denegación de venta constituye un acto discriminatorio en los términos del artículo 21 de dicha ley por lo que en supuestos similares²⁶³ podría plantearse la duda de si no procede, antes que la inhabilitación, la multa de 1 a 10 millones que está prevista para las infracciones muy graves de conformidad con el artículo 50 d) LO 4/2000. Otro tanto podría suceder también en supuestos similares al que determinó la condena, también de inhabilitación especial por 1 año, del portero de un pub por denegar el acceso al local a dos personas de color²⁶⁴.

No vamos a detenernos más en este complejo y creciente problema. En cualquier caso, a nuestro juicio, resulta un “mal menor” que, una vez tomada la decisión de incriminar discriminaciones entre privados, se haya optado por restringirla parcialmente a las actividades profesionales y empresariales rechazándose, en consecuencia, una amplitud aún mayor de la intervención penal, lo que habría deparado aún más problemas de delimitación con los ilícitos administrativos. Por otra parte, también merecen una valoración positiva los incipientes pronunciamientos doctrinales que se han apresurado a intentar una delimitación del ámbito punible de los delitos de denegación mediante una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por “derecho” a recibir una prestación²⁶⁵. La conducta típica supone en efecto denegar una prestación a la que se tenga derecho. Pues bien, la doctrina reclama una interpretación restrictiva del término “derecho” que evite que el instrumento punitivo ahogue la libertad contractual y la autonomía de voluntad²⁶⁶.

²⁶² .- El artículo 1 de la LO 4/2000, apartado 1, afirma: “Se considera extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de nacionalidad española”. Pero en el apartado 2 se añade: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les es de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.” Entendemos que poderse beneficiar de la protección que despliegan los ilícitos administrativos definidos en la Ley puede considerarse como un “aspecto favorable”.

²⁶³ .- Téngase en cuenta que los hechos objeto de enjuiciamiento y condena en la STS referida se remontan al 31 de mayo de 1996, fecha en la que evidentemente no estaba vigente la nueva ley de extranjería (LO 4/2000) por lo que obviamente no cabía plantear en el caso concreto la procedencia de una u otra vía de intervención.

²⁶⁴ .- Sentencia de 11 de junio de 1999, Audiencia Provincial de Alicante (sección 1ª).

²⁶⁵ .- Ya LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código*, p. 197, señalaban esta cuestión de la delimitación de qué se ha de entender por “derecho” como “decisiva” en la interpretación de estos delitos.

²⁶⁶.- CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1280; CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, p. 2006 (en el mismo sentido VIVES ANTON/CARBONELL MATEU, *Parte especial*, p. 816); MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 783; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1476. Respecto del eventual conflicto ente el derecho de admisión y el mandato de no discriminación véase el interesante estudio de CERVELLO DONDERIS/CHAVES PEDRON, *Límites*, p. 419, que se sitúa en los contornos del derecho de admisión con especial atención a la legitimidad o no del uso de la violencia para ejercer dicho derecho. Respecto de la regulación administrativa del derecho de admisión aseguran los autores que, en cualquier caso, “los motivos de exclusión no deben ser discriminatorios y, por tanto, atentatorios contra derechos constitucionales de los espectadores asistentes, cualquier vulneración de estos derechos enervaría la aplicación del derecho a excluir a personas del recinto.” (*op. cit.*, p. 422). Resulta interesante para ilustrar la cuestión la STS de 16 de diciembre de 1993 en la que, desde la óptica de la legitimidad para invocar la legítima defensa, se pretende considerar la denegación de entrada a un bar a un sujeto

Los intentos de interpretación restrictiva que pretenden racionalizar la utilización del derecho penal en este campo chocan, sin embargo, con el problema de raíz que consiste en pretender usar y abusar de la vía penal para desarrollar políticas antidiscriminatorias y de promoción de la igualdad²⁶⁷. Estas políticas, por su propia definición, se proyectan sobre una variedad tal de realidades y ámbitos que convierten en prácticamente imposible una labor eficaz de "contención" del ámbito punible a través de interpretaciones restrictivas. Este problema se manifiesta, por otra parte, con una crudeza aún mayor si se ponen en relación los preceptos estudiados con el delito de provocación del artículo 510.

Si partiéramos de un entendimiento del delito de provocación del artículo 510 como otro instrumento más en contra de la discriminación y en favor del principio de igualdad, y habida cuenta de su carácter de delito de peligro abstracto²⁶⁸ que adelanta la intervención punitiva a estadios previos a los actos -ya consumados- de discriminación (artículos 511 y 512), nos encontraríamos con que, no ya la discriminación entre particulares es punible, sino que incluso su "provocación" se sancionaría penalmente y con una pena, por cierto, mayor que la prevista para los artículos 511 y 512²⁶⁹. Con otras palabras, una consideración sistemática de los delitos de actos de discriminación (artículos 511 y 512) respecto de la incriminación de su "provocación" en el artículo 510, dificulta aún más la justificación de semejantes preceptos en un derecho penal que haga del principio de *ultima ratio* una de sus señas de identidad irrenunciables.

Es por ello, que entendemos que no debe intentarse una comprensión del delito de provocación del artículo 510 a partir de los delitos de denegación discriminatoria de prestación (artículos 511 y 512), sino, por el contrario, debe volverse la mirada en primer lugar al sentido de protección de conductas de incitación al odio, discriminación o violencia (art. 510) que no necesariamente deben contemplarse como un precepto "antidiscriminatorio". Si se parte entonces del delito de provocación como precepto antigénocida "adelantado", esto es, como prohibición penal protectora de minorías especialmente vulnerables, cabe en cierto modo trasladar su lógica interpretativa a los delitos de denegación de prestación. Los artículos 511 y 512 vendrían entonces a ser contemplados **no sólo** como preceptos antidiscriminatorios que tutelan a sujetos individuales frente a conductas arbitrarias de trato diferencial sino que, **además**, requieren –en distintos grados– que la conducta manifieste también su potencial de

de etnia gitana como agresión ilegítima. El Tribunal Supremo, de forma acertada, niega tal pretensión en la medida en que la denegación de acceso al local no estuvo motivada por un ánimo discriminatorio, proclamando al mismo tiempo que de haberlo habido "se debería considerar, sin duda, como una agresión ilegítima" (FD Primero).

²⁶⁷.- Para una regulación que prescinde de la vía penal y opta por una regulación en sede administrativa para combatir las denegaciones discriminatorias de prestación de servicios destinados a la generalidad o el impedimento discriminatorio de acceso a locales abiertos al público, véase el equilibrado diseño normativo de Austria en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 148 ss. (especialmente p. 156).

²⁶⁸.- Véase en tal sentido, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 250 ss. Véase, también, LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 704 ss.

²⁶⁹.- El artículo 510 contempla penas de prisión de 1 a 3 años y multa de seis a doce meses (párrafo 1º) frente a las penas de prisión de 6 meses a 2 años y multa e inhabilitación del artículo 511 o la pena únicamente de inhabilitación en el caso del artículo 512.

daño social para el **colectivo de referencia**²⁷⁰. Con otras palabras, los delitos de denegación serían, desde esta perspectiva, formas atenuadas de “provocación” en la línea del artículo 510 CP pero sin que en su núcleo de injusto predominen los aspectos colectivos de igual manera que en aquél aunque exigiéndose, debe insistirse en ello, un nivel relevante de daño social lo que permitiría trasladar al núcleo del injusto un mínimo de gravedad que posibilitaría una justificación más razonable de su incriminación a la vez que facilitaría una delimitación más practicable respecto de los ilícitos administrativos.

Los delitos de denegación de prestación deberían interpretarse, según lo expuesto, como preceptos antidiscriminatorios pero a la vez protectores de colectivos y minorías especialmente sensibles. El bien jurídico protegido podría en consecuencia ser objeto de una doble articulación: junto a la idea de la no discriminación y la protección del principio de igualdad se tutelarían también las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Este segundo aspecto, más en la línea de la lógica de protección de minorías, jugaría así una función correctora y de restricción del ámbito típico de suerte que permitiría una mejor articulación con los ilícitos administrativos en los que, en general, se podría prescindir de los aspectos de daño colectivo para utilizarse únicamente como instrumentos de garantía y refuerzo del principio de igualdad y no discriminación.

Este planteamiento general, sin embargo, no puede ni debe desplegarse sin matices respecto de los dos delitos de denegación de prestación sino que, atendiendo además a la distinta gravedad de las penas que dichas figuras llevan aparejadas, debe aún precisarse el nivel de exigencia de la repercusión colectiva de las conductas que deben integrar el tipo. El artículo 511 CP se caracteriza por su proyección sobre los servicios públicos²⁷¹ y por imponer una pena de notable gravedad muy similar a la que se prevé en el delito de provocación del artículo 510 CP²⁷² lo que permite elevar considerablemente la exigencia respecto del nivel de daño colectivo que debe producirse para que se integre el tipo. Con otras palabras: el delito de denegación de prestación en el servicio público podría interpretarse como una forma de “provocación mínimamente atenuada” que se castiga no sólo por negar el derecho a la igualdad del sujeto que demanda la prestación sino, **casi en pie de igualdad**, porque dicha conducta lanza un mensaje de incitación y provocación contra el colectivo de pertenencia del sujeto que resulta idóneo para trasladar un mensaje de amenaza de suficiente gravedad como para conmover el sentimiento de seguridad existencial –en su existencia- de todo el colectivo.

Un tal entendimiento no se haya lejos de la interpretación doctrinal ni de la práctica jurisprudencial de algunos países de nuestro ámbito de cultura. En Alemania, por ejemplo, conductas de denegación de prestación o el impedir el acceso a locales abiertos al público han sido objeto de discusión en punto a determinar si eran constitutivas o no de un delito de provocación (parágrafo 130 *Volksverhetzung*). Así prohibir el acceso a un restaurante a los turcos mediante un cartel que se exhibe públicamente en el local se analiza, no principalmente desde su condición de acto discriminatorio, sino

²⁷⁰ .- En cierto modo coincidente BORJA JIMENEZ, *Violencia*, pp. 315 ss., que destaca la doble dimensión de daño que entraña este tipo de conductas tanto en el nivel individual como desde un punto de vista de la repercusión contra todo el colectivo de referencia.

²⁷¹ .- Incide acertadamente en destacar la mayor gravedad de este tipo de conductas cuando se desarrollan en el ámbito de los servicios públicos, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 101.

²⁷² .- De 6 meses a 2 años de prisión (el art. 510 de 1 a 3 años) y multa de 12 a 24 meses (igual que el art. 510) y, además, inhabilitación especial para empleo o cargo público (1 a 3 años para el particular encargado de un servicio público y 2 a 4 años para el funcionario).

en atención a su capacidad “incitadora”²⁷³: esto es, a efectos jurídico-penales interesa esencialmente la repercusión colectiva –sobre el colectivo de referencia, por ejemplo los turcos- de la conducta y dependerá de su idoneidad para afectar a los bienes jurídicos supraindividuales (paz pública²⁷⁴) que el acto discriminatorio demuestre una gravedad mayor como para que se justifique la intervención penal.

Frente al delito de incitación, el artículo 511 podría contemplarse entonces como una especie particular de provocación que se canaliza a través de esos específicos actos de discriminación. Sería un comportamiento provocador *sui generis* que carece del sentido expresamente agitador que pueden presentar las soflamas propagandísticas incitadoras del artículo 510 pero que, según el contexto social y la propia historia del grupo que resulta objeto de la denegación discriminatoria, puede igualmente resultar idóneo para lanzar un mensaje que conmueva la seguridad existencial de dicho colectivo. Al igual, entonces, que ya señalábamos respecto del delito de provocación del artículo 510, resulta de la máxima relevancia el significado social de las conductas discriminatorias a la hora de medir la repercusión en las condiciones de seguridad existencial del grupo correspondiente. Debe caerse en la cuenta de que la “capacidad provocadora” de este tipo de conductas puede comprenderse, por ejemplo, en la sociedad alemana actual respecto de grupos como los judíos, homosexuales...a la luz de los dramáticos acontecimientos históricos que comenzaron con actos de discriminación y boicot que se fueron generalizando hasta desembocar en la “solución final”, esto es, el holocausto genocida llevado a cabo por el nacionalsocialismo. No se nos escapa, por tanto, que en la sociedad española actual sea realmente excepcional poder concluir respecto de conductas discriminatorias que efectivamente son idóneas para conmover las condiciones de seguridad existencial de ningún grupo, ni siquiera el de los gitanos. En consecuencia también este precepto debería seguir siendo letra muerta porque desde luego lo que a mi juicio resultaría desproporcionado es pretender castigar actos puros de discriminación, incluso aunque se desarrollen en el ámbito del servicio público, con penas de cárcel de hasta dos años²⁷⁵.

Quizá precisamente por la gravedad de la pena prevista en el artículo 511 éste no ha encontrado hasta la fecha aplicación y sí, por el contrario, el delito de denegación de prestación en el ámbito de la actividad profesional o empresarial del artículo 512. Esta figura prevé una pena mucho más leve –inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio de 1 a 4 años- que obliga sin duda a matizar las reflexiones expuestas respecto de la figura homónima del delito de denegación en el ámbito del servicio público. En efecto, nos encontramos ante conductas que se libran

²⁷³ .- Favorable a considerar esta conducta como delito de provocación a la vez que un interesante comentario sobre la sentencia relativa a un cartel público prohibiendo la entrada a los turcos (<<*Türken ist der Zutritt verboten*>>) en LOHSE, *Türken*, p. 1677 ss.; también, DEL MISMO, *Werden Gastarbeiter*, p. 1245 ss. La doctrina mayoritaria, por el contrario, defiende que la “pura” discriminación consistente en denegar la entrada a un local público no alcanza el nivel de gravedad suficiente para integrar el tipo de *Volksverhetzung*; véase, por todos, VON BUBNOFF, *Leipziger Kommentar 1996*, parágrafo 130, 25. Para un análisis sobre el problema de fondo y las implicaciones sobre el entendimiento del concepto de dignidad humana y su lesión, véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 276 ss.

²⁷⁴ .- Sobre el estado de la doctrina alemana respecto de las propuestas de bien jurídico protegido en el delito de provocación (*Volksverhetzung*) véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 132 ss., 141 ss., 145 ss.; un análisis mucho más pormenorizado p. 255 ss.

²⁷⁵ .- Parece que ese debería ser, en consecuencia, el ámbito de intervención propio de la vía administrativa y su correlativa pena de multa en cuanto que, a mi juicio, las conductas discriminatorias que no demuestran un daño social supraindividual relevante no deberían pertenecer al derecho penal nuclear y deberían quedar sustraídas a la aplicación de penas privativas de libertad.

en el ámbito de la discriminación entre particulares –y no en el servicio público- lo que dificulta su proyección social en términos de eventual conmoción de las condiciones de seguridad de los grupos más débiles de la sociedad. La pena es en consecuencia mucho más leve y todo ello permite invertir de alguna forma la lógica interpretativa en el sentido de poder afirmar que estamos ante el precepto más antidiscriminatorio, esto es, que de forma más clara debe ser interpretado como instrumento de defensa y garantía del derecho a la igualdad y la no discriminación. Con todo, también debería, a mi juicio, exigirse, aunque de forma mucho más atenuada, cierta repercusión supraindividual de la conducta como elemento clave que permita distinguir el ámbito de intervención penal del administrativo. Si lo comparamos con el delito de provocación del artículo 510 CP la figura de denegación de prestación en el ámbito profesional y empresarial parece así colocarse en el lado opuesto pues el núcleo de tutela tiene una orientación claramente individual de protección del derecho a la igualdad. Predominaría de esta forma lo que hemos venido denominando como lógica antidiscriminatoria: nuestra propuesta añade únicamente que dicha lógica interpretativa no sea la única que presida la precomprensión del tipo y que, aún de forma secundaria y complementaria, se exija para que la conducta integre el tipo un cierto potencial lesivo de las condiciones de seguridad existencial de todo el colectivo que amenace así con profundizar la sistemática marginación del grupo de pertenencia del sujeto a quien se deniega la prestación²⁷⁶.

Recapitemos. La evolución legislativa en nuestro país de los delitos de actos de discriminación –denegación de prestación- se presenta desde sus primeros pasos, tanto en la “lógica” del legislador como en los tenores literales en que se plasma, como parte de un programa difuso y confuso con clara vocación de tutela del principio de igualdad y no discriminación. A diferencia de otros países de nuestro ámbito de cultura estas conductas no adquieren relevancia penal en atención a que pudieran llegar a representar una suerte de derivación del delito genérico de provocación xenófoba (art. 510 CP). En dichos países dichos actos discriminatorios xenófobos eran punibles sólo en la medida en que demostraran su capacidad incitadora o provocadora contra grupos y minorías étnicas. La incriminación de la discriminación y su sentido de tutela se veían así impregnadas no por una “lógica puramente antidiscriminatoria” defensora de derechos estrictamente individuales, sino a partir de su originaria consideración como conductas idóneas para perturbar bienes supraindividuales más en la línea de la protección de minorías especialmente vulnerables.

En la normativa española, por el contrario, el hecho de que cronológicamente se incriminaran, en primer lugar, actos de discriminación en general sin restringirse al ámbito xenófobo (art. 165 y 181 bis -Reforma de 1983-) y sólo posteriormente se incorporara también el delito de provocación (Ley de 1995 y Código vigente) invierte la evolución de los países de nuestro entorno con consecuencias, a nuestro juicio, insatisfactorias. Y es que, desde un principio, se impone la lógica antidiscriminatoria general resultando marginados los aspectos de daño colectivo de estas conductas, de suerte que toda reforma penal en este campo se ha materializado en una incorporación progresiva de comportamientos contrarios al principio de igualdad *in toto*. No se pretende castigar los delitos de actos de discriminación

²⁷⁶ .- Una tal interpretación de *lege lata* no evita sin embargo una valoración muy crítica y negativa de la presencia de tal conducta en el Código penal. Asumiendo los pronunciamientos mayoritarios de la doctrina (véase, por todos, la crítica de BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 102 ss., 111 ss.) la intervención penal en el ámbito de la discriminación entre particulares presenta unos contornos difícilmente coherentes con el principio de *ultima ratio* y de fragmentariedad que debe presidir el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. Sin duda sería, por todo ello, mucho más acertado de *lege ferenda* proceder a la descriminalización de estas figuras y diseñar un elenco coordinado y coherente de ilícitos administrativos como parte de una política antidiscriminatoria más general.

como una mera "derivación expansiva" del delito de provocación, sino que, por el contrario, han marcado la pauta y pueden determinar un entendimiento también de aquél precepto (artículo 510 CP) como instrumento antidiscriminatorio de carácter general.

A mi juicio, sin embargo, al margen de la lógica legislativa y con base en los difusos términos del tenor literal de estas figuras, debe imponerse una interpretación de *lege lata* que animada por consideraciones político-criminales intente una comprensión "correctora" de los delitos de actos de discriminación a la luz del delito de provocación como precepto protector de minorías especialmente vulnerables. Con otras palabras, no deben entenderse los delitos de denegación de prestación exclusivamente como instrumentos de un programa de refuerzo –penal- del principio de igualdad y no discriminación respecto de los que, además, el delito de provocación sería otra figura que adelanta aún más las barreras de protección. Por el contrario, la lógica interpretativa restrictiva que debe presidir el delito de provocación como instrumento de intervención antígenocida "adelantado" y de protección de minorías especialmente vulnerables debe trasladarse –parcial y matizadamente- a la hermeneútica de los artículos 511 y 512²⁷⁷.

Sólo mediante la consideración de los aspectos del daño colectivo que estas conductas entrañan cabe una reordenación sistemática que coloque al delito de provocación como "piedra angular" castigando las conductas más graves y a los delitos de denegación de prestación como figuras subordinadas, como formas de provocación atenuadas en las que convive la lógica interpretativa de la antidiscriminación como programa general y la protección de minorías en su núcleo existencial ("condiciones de seguridad existencial"). De esta forma podrá abordarse con mayores garantías de éxito una adecuación de la intervención penal en el resbaladizo ámbito de la discriminación entre particulares y marcar de forma proporcionada la difusa barrera entre los niveles de intervención penal y administrativo.

3.1.3. Delito de discriminación laboral.

La nueva figura delictiva de discriminación laboral del artículo 314²⁷⁸ debe ponerse necesariamente en relación con las disposiciones ya analizadas relativas a la denegación discriminatoria de prestación (artículos 511 y 512), por cuanto todas ellas pertenecen al mismo género de delitos de actos de discriminación. La doctrina ha destacado este aspecto al subrayar la equivalencia entre la actual redacción del delito de discriminación laboral con la versión del delito de denegación discriminatoria de prestación del anterior Código penal²⁷⁹. El artículo 314 podría verse, en consecuencia,

²⁷⁷.- Al igual que a la práctica totalidad de las figuras llamadas "antidiscriminatorias" como en lo que sigue podrá irse comprobando pero, muy especialmente, al delito de discriminación laboral (art. 314 CP) en cuanto que no es sino otra modalidad más de delito de actos de discriminación junto a los artículos 511 y 512 CP.

²⁷⁸.- Artículo 314 Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

²⁷⁹.- CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1543 (en el mismo sentido CARBONELL

como una "especificación" y adaptación del delito de denegación discriminatoria de prestación al ámbito concreto del mundo laboral.

De la misma manera que respecto a los delitos de denegación, también en este caso la doctrina sitúa el objeto de tutela en torno a la igualdad y la correlativa interdicción de la discriminación²⁸⁰. Ahora bien, algunas voces ponen de manifiesto la peculiaridad con que el artículo 314 CP plasma en el ámbito laboral el mandato del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Carta Magna. CONDE PUMPIDO señalaba ya, en este sentido, la enorme diferencia en el listado de causas discriminatorias que se constata en la figura delictiva de discriminación laboral en comparación con el artículo 14 de la Constitución española y que obedecería a que esta disposición es el resultado de una transposición al campo penal de preceptos laborales²⁸¹.

La conducta típica hace referencia a la producción de una grave discriminación en el empleo tanto público como privado. En el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992 se incorporaba por primera vez esta figura delictiva con una referencia genérica a la producción de discriminación **en el trabajo**²⁸². En el trámite parlamentario, en concreto en el "Informe de la ponencia", aduciéndose razones de técnica jurídica, se añade la expresión "o empleo público"²⁸³. El precepto en cuestión no llegó a ser discutido en Comisión ante la interrupción de la tramitación del Proyecto, pero sin embargo el añadido "técnico-jurídico" sobre el empleo **público** fue incorporado al Proyecto de 1994, de suerte que la conducta típica contenida en la propuesta inicial se restringía a la producción de una grave discriminación únicamente "en el trabajo o empleo público"²⁸⁴. La definitiva ampliación al empleo público

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.

²⁸⁰.- CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1556 (en el mismo sentido CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 615); COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial III*, p. 154; JORDANA DE POZAS, *Código*, p. 3163 ss.; LASCURAIN SANCHEZ, *Comentarios*, p. 901 ss.; MORILLAS CUEVA, *Curso*, pp. 908 y 909; MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 331 ss.; QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, p. 613 ss.; SAINZ RUIZ, *Código*, p. 1461 s.; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, pp. 543 ss.; VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, p. 858 ss. Véase, también, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 125; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 242 y p. 232 ss.

²⁸¹.- En concreto del artículo 17-1 del Estatuto de los Trabajadores. CONDE-PUMPIDO TOURON, *La sanción*, pp. 310 y 311. Véase también, respecto de su relación con la Ley 8/1988 de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social -LISOS-, por todos, SUANCES PEREZ, *Delitos*, p. 137 ss.

²⁸².- Artículo 295 Los que produjeran una grave discriminación en el trabajo, por razón de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español, y no restableciesen la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hubieren derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, Núm. 102-1*, pp. 69 y 70.

²⁸³.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 7 de abril de 1993, Núm. 102-10*, p. 547.

²⁸⁴.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1*, p. 42, artículo 288.

o privado vendrá de la mano de la aceptación de dos enmiendas²⁸⁵ en este sentido que son ya asumidas por el "Informe de la ponencia" del Congreso²⁸⁶.

De forma paralela a lo sucedido en los delitos de denegación de prestación, en el transcurso del trámite parlamentario se arrumban, a nuestro juicio, las razones de técnica jurídica en favor de una ampliación "coherente" del ámbito punible a la discriminación entre privados, en este caso, en el ámbito del empleo. Un sector de la doctrina, no obstante, valora positivamente que se extienda la incriminación también al ámbito de las discriminaciones entre privados, para evitar la impunidad de las transgresiones de la igualdad en la empresa privada²⁸⁷. Sin embargo, a nuestro juicio, la irrupción del instrumento penal en el ámbito de la discriminación entre particulares resulta problemática, también en este caso del empleo, por las mismas razones que ya se exponían respecto de los delitos de denegación de prestación y que se cifran fundamentalmente en la dificultad de armonizar esta clase de preceptos con el principio de *ultima ratio*.

Efectivamente, LASCURAIN SANCHEZ pone de manifiesto que la configuración del delito de discriminación se dirige conscientemente a intentar limitar el carácter expansivo y excesivo de la intervención punitiva en esta materia. Tal intento se vería reflejado en el notable esfuerzo por precisar y restringir el ámbito típico exigiendo que la discriminación sea "grave", detallando minuciosamente las causas discriminatorias y, sobre todo, exigiendo que para integrar el tipo se mantenga o persista la situación de desigualdad tras requerimiento o sanción administrativa²⁸⁸. Pero, aun reconociéndose el esfuerzo del legislador, no parece que el complejo²⁸⁹ tipo resultante sea merecedor de una valoración positiva a la luz de las críticas doctrinales.

En este sentido destaca la dificultad de valoración que entraña el término "grave", fuente generadora de inseguridad jurídica²⁹⁰. Ahora bien, la crítica doctrinal se intensifica al señalarse las dificultades de aplicación que encontrará este precepto que se relacionan, a su vez, con la exigencia típica de que la discriminación persista o se mantenga después del requerimiento o sanción

²⁸⁵.- En concreto la número 397 del Grupo popular y la número 614 del Grupo socialista. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, pp. 207 y 264.

²⁸⁶.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8, p. 465.

²⁸⁷.- Véase, por todos, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal*, p. 113. Véase, también, la valoración positiva –con matices– de BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 132 y 124 ss.; y desde la perspectiva específica del sector regulativo de la discriminación por sexo, aunque, a mi juicio, generalizable, LAURENZO COPELLO, *La discriminación por razón de sexo*, pp. 23 y 18, 23.

²⁸⁸.- LASCURAIN SANCHEZ, *Comentarios*, p. 901. Véase, también, por todos, respecto de la valoración positiva de la exigencia de "requerimiento" o sanción previa en atención a la naturaleza fragmentaria del derecho penal y al principio de *ultima ratio*, COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial III*, p. 154 s.; MORILLAS CUEVA, *Curso*, p. 909; QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, p. 615; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 545. Acertadamente crítico, entre otras razones, por los efectos de inaplicación que se derivarán para esta figura ("letra muerta") véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 129 s., que recoge el parecer mayoritario de los comentaristas de la doctrina.

²⁸⁹.- Por todos, TERRADILLOS BASOCO, *Trabajo*, p. 87; más recientemente, DEL ROSAL BLASCO, *Delitos*, p. 413.

²⁹⁰.- SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 544. Véase, en un intento de delimitación de lo que haya de entenderse por "grave", por todos, FERNANDEZ DOMINGUEZ, *De los delitos*, p. 5; RUIZ VADILLO, *Interdicción*, pp. 30 y 31.

administrativa (“contumacia”). No se entiende que tal requisito se exija respecto del delito de discriminación laboral y no en otros preceptos antidiscriminatorios como los que incriminan la denegación de prestación. Su presencia acerca a esta disposición a un auténtico delito de desobediencia y en la práctica conducirá a su inaplicación²⁹¹.

Reflejo reciente de estas dificultades puede encontrarse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 1ª) de 28 de mayo de 1998 en la que se ventila un supuesto de hecho relativo a un despido declarado nulo por discriminatorio en la vía laboral de la hermana de una de las socias de la empresa. Dicha socia mantenía muy malas relaciones con el acusado, también socio de la entidad, por lo que éste procedió al despido discriminatorio de la hermana de aquélla pero, posteriormente, declara la sentencia, se le repuso en su situación de igualdad pues ante la imposibilidad de continuación de la relación laboral ambas partes acordaron su extinción con la correspondiente indemnización. En definitiva, precisamente por la ausencia de contumacia –que es el punto central de la sentencia absolutoria- se declara la inexistencia de delito y se absuelve al acusado²⁹².

Ahora bien, no acaban aquí las dificultades a que se verá expuesta la eventual aplicación del artículo 314 CP pues, tal y como ya señalábamos respecto de los delitos de denegación de prestación, proliferan nuevos ilícitos administrativos que pueden encontrar aplicación en las actividades relativas al mundo del trabajo y que, en este caso, además, concurren con las medidas de intervención propias del derecho laboral. Una vez más valga como gráfico ejemplo de la nueva situación la referencia específica que la LO 4/2000 contiene en la definición de lo que ha de entenderse por actos discriminatorios a conductas como la imposición ilegítima de condiciones más gravosas que a los españoles o la restricción o limitación del acceso al trabajo; la de impedir, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España; o, por último, la producción por parte del empresario, con sus representantes, de acciones con un efecto perjudicial, discriminando, aun indirectamente, a los trabajadores por su condición de extranjeros, o su pertenencia a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad²⁹³.

²⁹¹.- Así, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO TOURON, *La sanción*, p. 312; FERNANDEZ DOMINGEZ, *De los delitos*, p. 5; MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 332; SUANCES PEREZ, *Delitos*, p. 138 ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal*, p. 114; VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, p. 860.

²⁹².- La sentencia de la Audiencia (Núm. 112/1998), en segunda instancia, conoce del recurso de apelación (Núm. 6/1998) interpuesto contra la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Pamplona (12 noviembre 1997) y toma también en consideración la sentencia de fecha de 23 de septiembre de 1996 dictada por el Juzgado de lo social Núm. 2 de la misma ciudad. En este último fallo judicial se había ya declarado nulo el despido de doña M.ª Teresa, dándose por probado que dicho despido estaba vinculado a un móvil discriminatorio por razón de parentesco con una socia de la empresa (su hermana). A pesar de que se entra en la discusión sobre si, a tenor del artículo 314 CP, deben incluirse en el concepto de “requerimiento o sanción administrativa” (para que se restablezca la situación de igualdad) también las resoluciones o requerimientos de orden judicial, la sentencia de la Audiencia se centra en argumentar que en el caso se había producido efectivamente el restablecimiento de la situación de igualdad reparando los daños económicos. Para ello se alega que aunque en un primer momento, esto es, al procederse a la reincorporación del 18 al 31 de octubre de 1996, no se da efectivamente dicho restablecimiento de la igualdad, éste se produce en definitiva, aunque más tarde, mediante Auto del Juzgado de lo Social de fecha de 11 de diciembre de 1996, en el que se reconoce que estando conformes las partes en que no resultaba posible la reposición de la trabajadora en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido, se declaraba extinguida la relación laboral, condenándose a la empresa al pago de la indemnización correspondiente, restableciéndose con ello sus derechos y reparándole los daños económicos que aquel despido discriminatorio y las dificultades de reincorporación le habían producido (FD Tercero).

²⁹³.- Art. 21 c), d) y e) que definen algunos de los actos discriminatorios cuya comisión se califica como “infracción muy grave” (artículo 50 “d”) sancionada con multa desde uno hasta diez millones de pesetas (art. 51 “c”). Definiciones que,

El nuevo delito del artículo 314 se revela, en definitiva, como una extensión de la intervención penal antidiscriminatoria al campo específico del mundo laboral en la misma línea que los delitos de denegación de discriminación. Y también, como aquéllos, genera las mismas dificultades toda vez que sanciona penalmente discriminaciones en el ámbito laboral tanto público como entre particulares. No resultan convincentes las limitaciones y acotaciones al tipo dirigidas a "contener" la expansión del ámbito punible que la doctrina, acertadamente, apunta de forma mayoritaria, ya que, de nuevo, el problema es de raíz y se cifra en las enormes dificultades a que cualquier intento de intervención penal se verá expuesto si pretende irrumpir en el ámbito de la discriminación entre particulares.

Pues bien, para completar este sombrío panorama, debe añadirse un nuevo factor de inquietud fruto de la contemplación del artículo 314 CP en relación con el delito de provocación (artículo 510 CP). Igual que sucedía con los delitos de denegación discriminatoria, también en este caso urge una clarificación de la relación entre ambos preceptos para intentar despejar la incógnita sobre si la de por sí suficientemente amplia intervención penal antidiscriminatoria en el ámbito laboral se debería de ver reforzada y extendida aún más mediante el castigo de su "provocación". En este sentido es aplicable al artículo 314 CP lo que ya indicábamos respecto de la denegación discriminatoria de prestación, esto es, la necesidad de un entendimiento coordinado entre este precepto contra la discriminación laboral y el delito de provocación que pueda redundar en una interpretación de conjunto tendente a restringir el desmesurado ámbito punible y a embridar la intervención penal respetando equilibradamente el principio de *ultima ratio* y fragmentariedad.

Nuestra propuesta, ceñida en esta contribución a orientar el sentido de tutela y a asegurar la coherencia sistemática, pasa por combinar las dos lógicas interpretativas que cabe identificar en las figuras penales a estudio: la lógica de protección colectiva de minorías y la "puramente" antidiscriminatoria entendida en su proyección de tutela más individual.

A este respecto resulta decisiva la desconcertante sanción que el artículo 314 CP prescribe: prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. Desconcertante por el enorme ámbito de discrecionalidad que permite al aplicador de la ley y también por las dificultades de armonización sistemática que pueden derivarse del efecto atenuatorio, difícil de comprender, respecto de los delitos de denegación de prestación (artículos 511 y 512 CP)²⁹⁴. Partiendo, por tanto, de la imposibilidad de encontrar una propuesta plenamente satisfactoria, cabe al menos sugerir una línea de orientación que permita reproducir los argumentos ya esgrimidos respecto de los delitos de denegación de prestación, pues, debe insistirse una vez más, esta figura de discriminación laboral grave no es sino una especificación de aquellos otros delitos destinada a este sector de actividad pero que se caracteriza por englobar –formalmente– en un solo tipo conductas referidas tanto al empleo público como privado.

como ya veíamos *supra*, siguen a las correspondientes a actos discriminatorios en el ámbito del servicio público o de la libre adquisición de bienes o servicios ofrecidos al público.

²⁹⁴ .- Véase, por todos, VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, p. 864, quienes destacan las dificultades de coordinación entre el artículo 314 y 511 CP. También muestran su "sorpresa" ante la pena prevista en el artículo 314, aunque desde la perspectiva "intrasistemática", al comparar esta sanción con la de otros preceptos del mismo Título (*op. cit.*, p. 864 s.).

A pesar, sin embargo, de la aparente equiparación a efectos punitivos de la discriminación grave en el empleo público y privado, el tenor del precepto –dentro del sentido literal posible- permite una interpretación que posibilite de forma más adecuada político-criminalmente una respuesta penal diferenciada según su diferente gravedad. La formulación alternativa del presupuesto de hecho (empleo público o privado) y de su consecuencia jurídica (prisión o multa)²⁹⁵ debe ser entendida como una reproducción de la estructuración de la respuesta penal frente a la denegación de discriminación discriminatoria, de suerte que puede sugerirse que la pena de prisión corresponde a la discriminación laboral grave en el empleo público mientras que la multa debería aplicarse cuando ésta se produzca en el ámbito del empleo privado. Una tal propuesta, con las limitaciones -de *lege lata* difícilmente superables- de no evitarse el efecto atenuatorio respecto de los artículos 511 y 512 CP, tendría la ventaja de que, de llegar a aplicarse, reduciría considerablemente el amplio arbitrio judicial respecto de la imposición de la pena y, además, facilitaría la interpretación restrictiva fruto de trasladar también en paralelo la necesidad de exigir para integrar el tipo –nuevamente con distintos acentos según la gravedad- la repercusión en términos de daño colectivo sobre la seguridad existencial del colectivo como objeto de tutela complementario del derecho a la igualdad y no discriminación.

La pena de prisión de hasta 2 años de cárcel se anudaría así a una conducta de discriminación grave que, como otra modalidad atenuada de comportamiento provocador, también ha de resultar idónea para conmover el sentimiento de seguridad existencial de todo el colectivo al que pertenece el sujeto individual, por más que sólo sea éste el que es destinatario inmediato de la conducta injustificable de diferenciación. La conducta no se castiga por ser discriminatoria aunque éste sea un requisito *sine qua non*. Debe presentar también una dimensión de lesividad contra el colectivo que parece verse facilitada por el hecho de que es precisamente en el ámbito del empleo público donde se produce el acto de discriminación. En tal contexto es más probable que se puedan llegar a dar las condiciones – excepcionales, por cierto, en la sociedad española actual²⁹⁶- de que además de negarse el derecho individual a la igualdad y no discriminación, se pueda entender la discriminación laboral como un mensaje efectivo que no permita ya al colectivo de referencia confiar en una convivencia pacífica de su grupo de pertenencia debido al clima insostenible de hostilidad.

La discriminación laboral grave en el empleo privado, por el contrario, y de forma paralela a como veíamos respecto del delito de denegación de prestación en el ámbito de las actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP), deberá interpretarse con atención preferente a la dimensión individual de tutela por lo que se erige en un precepto más propiamente antidiscriminatorio pero en el que, de forma aún más atenuada que en el caso del artículo 511, no convendría que se renunciara a exigir una cierta repercusión supraindividual contra las condiciones de seguridad existencial del colectivo afectado. A pesar de encontrarnos en el ámbito de la discriminación entre particulares la levedad de la pena –multa de seis a doce meses- nos aleja del derecho penal nuclear y permite que se recojan en el tipo –como nivel de mínima gravedad en sede penal- conductas con menor potencial de afección colectiva. La ausencia total de idoneidad *ex ante* para conmover el objeto de tutela cifrado en las

²⁹⁵ .- Artículo 314 CP “Los que produzcan una discriminación grave en el empleo, público o privado, (...) serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses” (subrayado nuestro).

²⁹⁶ .- Lo que una vez más debería dar como resultado la no aplicación de este precepto hasta que se den las condiciones de crisis propias de un clima social envenenado y enrarecido en el que, entonces sí, determinados actos de discriminación pueden presentar una lectura social provocadora de enorme gravedad. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 244 ss. y 355 ss.

condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables debería ya dar paso a la intervención jurídica no penal y ser el sector de actividad propio del derecho laboral y administrativo²⁹⁷.

3.1.4. La negación del genocidio ("mentira de *Auschwitz*").

El artículo 607-2 castiga, a continuación de la incriminación del genocidio, la negación o justificación de tal delito o la pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de aquél²⁹⁸. Se trata de la versión española de lo que en el ámbito germánico se había dado en denominar la "mentira de *Auschwitz*"²⁹⁹ o, más precisamente, **negación de Auschwitz**³⁰⁰ y su incorporación al nuevo Código penal de 1995 proviene del transformado delito de apología del genocidio

²⁹⁷.- Véase *supra* apartado anterior en el que la propuesta interpretativa que se sugiere respecto del artículo 512, pero también respecto del 511 CP, es perfectamente trasladable al artículo 314 CP y a la que nos remitimos para un mayor desarrollo argumental. Para una exposición mas detenida y matizada de la propuesta interpretativa de bien jurídico protegido en torno a las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 341 ss. Respecto de la relación entre conductas discriminatorias y comportamientos provocadores o incitadores véase *op. cit.*, p. 244 ss., por cuanto que puede resultar muy clarificador de la necesidad de abordar la dificultosa tarea de diferenciar, a efectos jurídico-penales, dentro del vasto conjunto de actos discriminatorios, aquellos comportamientos también discriminatorios pero más graves por su potencial peligrosidad para hacer quebrar la pacífica convivencia entre colectivos encendiendo la chispa que dé lugar a una auténtica "explosión social".

²⁹⁸.- Artículo 607 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

²⁹⁹.- Véase, por todos, SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, p. 157, quien califica a la figura delictiva como "trasunto español" de la denominada <<*Auschwitzlüge*>>. Véase, también, la masiva crítica de la doctrina, en BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 138 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. 4 ss.

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).

³⁰⁰.- 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.

(artículo 137 bis "b" del anterior Código penal) que había visto la luz unos meses antes por medio de la Ley de 1995.

Si los delitos de actos de discriminación constituían una de las tendencias expansivas de este tipo de legislación (artículos 511, 512 y 314) en cuanto modalidades atenuadas de "incitación", la incriminación de la "negación de *Auschwitz*" representa otra vía de ampliación de figuras delictivas en torno al delito de provocación del artículo 510. Y es que la negación, justificación, etc., del genocidio no deja de ser sino un delito *ad hoc* para una clase específica de comportamientos que, dada su significación social, se les presupone una capacidad "provocadora" tan especial que se procede a su castigo de forma autónoma, adelantando aún más las barreras de intervención punitiva.

En efecto, negar o justificar la existencia de los campos de concentración o del holocausto judío en una sociedad como, por ejemplo, la alemana, resulta particularmente perturbador por obvias razones históricas, máxime cuando **determinadas formas** de negar dicha realidad constituyen una de las corrientes ideológicas filonazis más fuertes del mundo occidental, a saber, el denominado "revisionismo" o, más precisamente, "negacionismo"³⁰¹. En este contexto social nace pues la peculiar prohibición que, sin embargo, en el país que la vio nacer, no alcanza caracteres de generalidad tan amplios como entre nosotros. La negación del holocausto en Alemania, en primer lugar, se ve reducida en su ámbito típico a acontecimientos relacionados con el genocidio llevado a cabo por el nacionalsocialismo durante la segunda guerra mundial³⁰². Y, en segundo lugar, la propia descripción típica y su interpretación jurisprudencial, exige que sea una manifestación que vaya más allá del mero "revisionismo" histórico, esto es, que demuestre su idoneidad para afectar bienes jurídicos supraindividuales como la paz pública³⁰³. No se castiga, con otras palabras, negar hechos históricos sino la significación social de agitación e incitación al enfrentamiento y eliminación de determinados grupos sociales especialmente vulnerables que dichas manifestaciones, sin duda, presentan en la sociedad alemana a la luz de los acontecimientos históricos y de la situación empírica actual de actos xenófobos y, sobre todo, habida cuenta de que cabe una identificación entre este tipo de negación de hechos históricos y los activos grupos organizados violentos de la extrema derecha alemana³⁰⁴.

Debe subrayarse que la denominada negación del holocausto, antes de su expresa inclusión por primera vez en el apartado tercero del párrafo 130 *StGB*³⁰⁵, ya venía siendo castigada como una forma de incitar a la población (*Volksverhetzung*) siempre que se coligiera de las correspondientes

³⁰¹.- Resulta fundamental la prolija exposición de WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 21 ss. Véase también el interesante estudio de RODRIGUEZ JIMENEZ, *La memoria*, p. 51 ss., quien contextualiza los movimientos "revisionistas" (p. 54 ss.) y "negacionistas" (p. 61 ss.) dentro de las diferentes corrientes historiográficas de la República Federal alemana desde la finalización de la 2ª Guerra Mundial. Véase, al hilo del <<caso Varela>>, LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 692 ss.

³⁰².- El artículo 607-2 CP, a diferencia del párrafo 130-3 *StGB*, se proyecta sobre **cualquier** delito de genocidio.

³⁰³.- LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, p. 575 ss.

³⁰⁴.- Para una descripción de la situación actual de la criminalidad racista y xenófoba en Alemania véase BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 120 ss. También LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, p. 559 ss.

³⁰⁵.- Mediante la modificación operada por la <<Ley de Lucha contra la Criminalidad>> (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994. Para un análisis de su alcance véase LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, p. 529 ss., especialmente p. 559 ss.

manifestaciones una identificación clara del autor con la ideología racista nacionalsocialista³⁰⁶. Lo que a partir de 1994 supone la inclusión por primera vez de una negación de Auschwitz específica y expresa (parágrafo 130-3 *StGB*) obedece más a razones político-simbólicas³⁰⁷ que a una ampliación del ámbito punible respecto de la situación anterior³⁰⁸ y, en cualquier caso, requiere igualmente para que se integre el tipo una adecuación de la conducta de negación para incitar a la agresión a sectores de la población proclives a la violencia contra concretos grupos sociales³⁰⁹

El alto contenido simbólico y emotivo de este tipo de manifestaciones ideológicas ha encontrado eco legislativo, sin embargo, no sólo en el ámbito "natural" germánico (Alemania, Austria, Suiza³¹⁰) sino que, gracias también a la iniciativa política de la instituciones europeas, se ha ido extendiendo a otros países, particularmente a los de ámbito latino³¹¹. Por ello debe situarse la nueva figura delictiva del artículo 607-2º del Código penal vigente en el contexto de este movimiento internacional favorable a la incriminación de conductas negadoras, banalizadoras o justificadoras del genocidio³¹². En este sentido debe recordarse que la enmienda que sirvió de base al antecedente de la "negación de *Auschwitz*" (anterior artículo 137 bis b) se inspiraba directamente en una Resolución del Parlamento Europeo³¹³, de la misma manera que su inclusión en el Código penal de 1995 obedeció, asimismo, a una encendida y emotiva defensa de la incriminación que se apoyó destacadamente en las aspiraciones del Consejo de Europa y otras instancias europeas e internacionales³¹⁴.

³⁰⁶.- Véase, por todos, BEISEL, *Die Strafbarkeit*, pp. 998 y 999.

³⁰⁷.- Recientemente, por todos, STEGBAUER, *Der Straftatbestand*, p. 286, con referencias bibliográficas a la literatura en el mismo sentido. También WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 305 reconoce, indirectamente, esa función simbólica.

³⁰⁸.- WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 304 ss., se manifiesta categórico al afirmar que la nueva situación legal tras la modificación de la *Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 1994 no hace sino convertir en derecho positivo lo que ya venían siendo criterios de actuación consolidados en la "sabia" jurisprudencia del alto tribunal (*BGH*) de suerte que sólo cabrá la incriminación de manifestaciones revisionistas o negacionistas según el parágrafo 130, como antes de 1994, cuando se demuestre en el caso concreto su adecuación agitatoria.

³⁰⁹.- Véase, por todos, WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 247 ss., con relación al papel restrictivo que juega el requisito típico según el cual la conducta debe ser adecuada para perturbar la paz pública.

³¹⁰.- Véase, con relación a Alemania, la monografía de WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 134 ss. y 177 ss. y, también LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 143 ss. (para una profundización mayor en los aspectos históricos DEL MISMO, *La regulación*, p. 551 ss. y 575 ss.; y, también, con un análisis político legislativo básicamente coincidente, JAHN, *Strafrechtliche Mittel*, pp. 130 ss.). Con relación a Austria, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 154 s. Con relación a Suiza *op. cit.*, p. 169 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 300 ss.

³¹¹.- Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 187 s., 198 y 208. Aunque no sólo en los países latinos: también en Bélgica, Canadá o Luxemburgo hay preceptos específicos que castigan la negación del holocausto, e incluso en Gran Bretaña hubo en 1997 un Proyecto de Ley relativo a esta figura (*Holocaust Denial Act 1997*) que, sin embargo, no llegó a aprobarse por haberse agotado el periodo legislativo correspondiente. Véase, al respecto, WANDRES, *Die Strafbarkeit*, pp. 143, 144, y 148-150.

³¹².- LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch 1999*, §130, 8a.

³¹³.- La Resolución A3.0127/93, de 21 de abril. Véase *supra*, apartado 2.2.2.b.

³¹⁴.- Véase al respecto la discusión en el Senado de la enmienda número 750 [SENADO, *Proyectos de Ley*, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c), p. 309] tanto en la Comisión de Justicia (SENADO, *Comisión de Justicia*, Núm. 227, p. 16 ss.) como en el Pleno (SENADO, *Sesión del Pleno*, Núm. 94, p. 4880 ss.) en donde, finalmente, se aprueba la enmienda

Ahora bien, la presión político-legislativa para incriminar estas conductas o la constatación de una corriente internacional favorable a aquélla, en absoluto debe entenderse en términos de justificación o legitimación. Por el contrario, ya la doctrina española mostraba su rechazo frente al castigo por Ley de 1995 de su antecedente -la apología del genocidio- (artículo 137 bis b del anterior Código penal) porque se consideraba un auténtico delito de opinión³¹⁵. Tampoco el juicio respecto de la nueva formulación del artículo 607-2º va a resultar, como a continuación vamos a destacar, en modo alguno favorable³¹⁶.

La doctrina ya se ha manifestado de manera prácticamente unánime³¹⁷ negando a este nuevo precepto el carácter de apología como forma de provocación conforme al artículo 18³¹⁸. Con otras palabras, salvo quienes proponen que, precisamente para salvar al precepto de la tacha de inconstitucionalidad, debe interpretarse la "negación de *Auschwitz*" en el sentido técnico de la definición de la apología del artículo 18 como forma de provocación³¹⁹, se reconoce de forma mayoritaria que esta figura delictiva constituye un verdadero tipo autónomo cuyo ámbito punible es algo diferente y más amplio que una mera forma de provocación³²⁰.

transaccional que incorpora el actual párrafo 2º del artículo 607. Sobre la génesis legislativa véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 265 ss.; también debe tenerse en cuenta la aportación de GIL GIL, *Derecho*, p. 331 que subraya oportunamente la eventual relevancia que pudo tener en la decisión legislativa de castigar la negación del genocidio precisamente en el artículo 607-2º CP la STS (sala 3ª) de 1 de abril de 1994 en la que se ventila un supuesto de solicitud de la condición de refugiado por parte de un súbdito austríaco condenado en su país por manifestaciones negacionistas.

³¹⁵.- Véase, con una argumentación sólida y convincente, CUERDA ARNAU, *Observaciones*, pp. 114 y 115.

³¹⁶.- Tal y como ya expusimos en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 709 ss. a donde nos remitimos para completar las ideas que en lo que sigue van a desgranarse.

³¹⁷.- SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 1013, sin embargo, constata únicamente que la doctrina se encuentra dividida al respecto.

³¹⁸.- Para una caracterización crítica de la nueva regulación de la apología en el Código penal de 1995 extendida en amplios sectores de la doctrina véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, *La apología*, p. 85 ss., especialmente p. 88, en donde niega que la regulación de la apología desempeñe función punitiva alguna diferente de la "provocación" y niega, en consecuencia, que se predique sobre ningún ámbito de aplicación propio. Véase, también, en el mismo sentido, GRACIA MARTIN, *El 'Iter criminis'*, pp. 266 y 267, autor que incide en el carácter superfluo de esta regulación con valor meramente "declarativo y redundante".

³¹⁹.- En tal sentido, CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, p. 2161 (en el mismo sentido VIVES ANTON/CARBONELL MATEU, *Parte especial*, p. 885); MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 726; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1682.

³²⁰.- SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, p. 157, a partir de una interpretación sistemática, entiende que el artículo 607-2º vendría a representar no una "apología" según el artículo 18, sino, más bien, una "provocación débil o una apología *stricto sensu*, o **ni siquiera eso**" (subrayado nuestro). En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, *La apología*, p. 762, afirma que se trata de una "apología propiamente dicha o doctrinal, configurada como figura delictiva autónoma". Véase también TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1681, quien asegura que es un delito autónomo "no reconocible como modalidad de la apología ni como acto preparatorio". Niegan, también, la aplicabilidad del artículo 18: ASUA BATARRITA, *Apología*, p. 4; BENEYTES MERINO, *Código penal*, p. 4987; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 138; FEIJOO SANCHEZ, *Comentarios*, p. 1422 ss. (véase, también, más en profundidad, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, p. 4 ss.); GONZALEZ RUS, *Curso*, p. 972; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 266 y 267. Se adhiere también a esta última postura con un completo análisis de la cuestión GIL GIL, *Derecho*, p. 342 ss.

En la medida en que la configuración de la incriminación de la "negación de *Auschwitz*" se demuestra ajena y rebasa manifiestamente los límites generales que el legislador ha determinado para el castigo general de los actos preparatorios³²¹, no podemos menos que compartir la crítica generalizada de la doctrina que rechaza acertadamente el nuevo artículo 607-2º como un auténtico delito que castiga la actitud interna³²². El legislador, siguiendo a LAURENZO COPELLO, se ha demostrado incapaz de una separación de lo éticamente reprochable y lo socialmente dañoso conforme a los principios rectores del Derecho penal³²³ y ha materializado una penalización inaceptable de la libertad de expresión³²⁴.

El legislador no se ha resistido al impulso político dirigido a una transposición de la "solución legislativa" a un problema originaria y socialmente más propio del ámbito germano³²⁵, levantando injustificadamente, por la carga emotiva e ideológica del tema, las cautelas propias de un Estado social y democrático de Derecho. De esta forma se han adelantado las barreras punitivas y, siguiendo a MUÑOZ CONDE, se ha diseñado un precepto paradigmático del <<moderno>> derecho penal, en cuanto se hace descansar el tenor literal en un grado tal de indeterminación que volatiliza inaceptablemente el principio de legalidad³²⁶.

Una vez más, la aceptación acrítica de las tendencias legislativas expansivas latentes en el delito de provocación ha desembocado en un tensionamiento aún mayor de los límites que la intervención punitiva debería respetar en un Derecho penal de libertades. Si ya el delito de provocación se encuentra -si no rebasa- el límite con la incriminación ilegítima de la libertad de expresión, la tipificación autónoma y aún más adelantada de un supuesto "provocador" específico y *ad hoc* ("negación de *Auschwitz*") no podía sino resultar un auténtico delito de opinión, o, con otras palabras, una incriminación de la actitud interna (*Gesinnungsinkriminierung*). Es por ello que ya nos

³²¹.- Véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 266 y, también, GONZALEZ RUS, *Curso*, p. 972.

³²².- Crítica detalladamente expuesta en sus fundamentos en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 698 ss. y 704 ss.

³²³.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 269.

³²⁴.- Véase, por todos, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, p. 4 ss. y, también, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 138 ss.; GIL GIL, *Derecho*, p. 346 ss.

³²⁵.- Aunque también criticado profusamente por la doctrina alemana. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La regulación*, 577 ss. y DEL MISMO, *La intervención*, p. 145 ss. Recientemente destacan los trabajos críticos de JAHN, *Strafrechtliche Mittel*, p. 163 ss. y de STEGBAUER, *Der Straftatbestand*, p. 281 ss. (especialmente p. 286). Un resumen y una valoración sobre la reacción de la doctrina ante la incriminación de esta figura que tida la crítica a la "negación de *Auschwitz*" como moderada puede consultarse en WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 139 ss. Entre nosotros califica también de no especialmente crítica la reacción de la doctrina alemana frente al castigo de la "negación de *Auschwitz*" GIL GIL, *Derecho*, p. 340. A mi juicio, sin embargo, difícilmente cabe hacer todavía una calificación global y definitiva del estado de la doctrina alemana al respecto pero, con matices, sólo en comparación con la masiva crítica que cabe desplegar frente a la versión del artículo 607-2º CP podría hablarse de una crítica <<más>> moderada pero que dista, igualmente, de una valoración positiva de dicho precepto, ni siquiera mayoritaria, tanto dogmática como político-criminalmente. Para ulteriores referencias críticas véase, también, LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, pp. 709 y 710

³²⁶.- Ya destacado tempranamente por MUÑOZ CONDE, *El 'moderno'*, p. 8; véase, también, LANDA GOROSTIZA, *Discriminación*, p. 384 ss., especialmente p. 386, en donde se subraya la indeterminación de los verbos típicos.

manifestábamos *de lege ferenda* por su descriminalización por entender 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-criminal³²⁷.

Ahora bien, si de *lege lata* se quisiera intentar una interpretación restrictiva una vez más deberían quedar al margen conductas de negación, justificación o pretensiones de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas que, a pesar de encajar en el sentido literal posible, no presenten una idoneidad *ex ante* para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del grupo. Grupo que, por cierto, a diferencia de otros preceptos “antidiscriminatorios” se restringe en este caso al de tipo racial, étnico, nacional o religioso, sin que, afortunadamente, se detecte el deslizamiento hacia la tutela indiscriminada de toda clase de colectivos (sexuales, ideológicos...) destinatarios de los mecanismos de protección del principio de igualdad. De forma mucho más evidente a la luz de su ubicación sistemática, se trataría de conductas que de no existir el precepto del artículo 607-2 CP deberían canalizarse claramente hacia el ámbito de prohibición del artículo 510 CP³²⁸ en cuanto tutela adelantada, excepcional, de conductas genocidas.

Una tal interpretación revela con claridad su condición de conducta típica “provocadora” pero que por razones político-simbólicas gana en autonomía y recibe una plasmación independiente separada del delito de provocación del artículo 510 CP. Interpretación que coincide, a mi juicio, en lo esencial, con algunas de las propuestas que la doctrina ya ha sugerido entre nosotros para el caso de que no prospere su descriminalización. En efecto, FEIJOO SANCHEZ entiende la negación del holocausto como una “prohibición de preparar psicológicamente a las masas a favor del genocidio por medio de la propaganda” pues sólo así, asegura el autor, “se puede apreciar un mínimo peligro con respecto a la existencia de un grupo nacional, étnico, racial o religioso”³²⁹. Y en sentido similar LAURENZO COPELLO alude a que “la esencia de la ilicitud de las conductas abarcadas por el artículo 607-2 residiría en el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio” como delito de peligro abstracto de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad en el que habrá de exigirse, al igual que en el delito de provocación del artículo 510, la idoneidad de la conducta para crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado³³⁰.

³²⁷ .- LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 711.

³²⁸ .- Subraya, por todos, la “confusión y solapamiento con los delitos discriminatorios de opinión del art. 510, especialmente con el número 2º”, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 139; también GIL GIL, *Derecho*, p. 351. No compartimos sin embargo la diferencia que apunta BERNAL DEL CASTILLO –e insinúa GIL GIL- entre bienes jurídicos en ambas figuras pues, a nuestro juicio, hay una identidad básica de objeto de tutela. Sin embargo, en otro orden de cosas, resulta acertado señalar el paralelismo de la negación del holocausto precisamente con el párrafo 2º del artículo 510 –“injuria colectiva provocadora”- pues este tipo de manifestaciones negacionistas acogen, en efecto, de forma más adecuada la calificación como delitos contra el honor en sus acepciones de menor potencial agitador. Véase, al respecto, el estudio de WANDRES, *Die Strafbarkeit*, p. 177 ss., pero también la monografía de WEHINGER, *Der strafrechtliche Schutz*, quien sitúa de igual forma –aunque con una proyección más general- el objeto de estudio en el universo de conductas que fluyen entre los contornos típicos de los delitos contra el honor y el delito de incitación a la población (*Volksverhetzung*). Véase también, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 231 ss.

³²⁹ .- FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, p. 5.

³³⁰ .- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 268 y 269. No es este el lugar adecuado para extendernos en un análisis en profundidad de las diferencias de la postura que mantengo respecto de la autora referida, particularmente en relación a la necesidad de una interpretación de la “lesión de la dignidad humana” mucho más exigente que permita

Por todo lo expuesto de *lege lata* proponemos una interpretación en términos básicamente similares a la del artículo 510 que requeriría para poder dar lugar a la aplicación de este precepto de un determinado clima social –contexto de crisis³³¹- en el que hubiera grupos especialmente debilitados y fácilmente identificables susceptibles, por tanto, de ser objeto de agresión a gran escala por otros sectores de la población con demostrada capacidad y disposición a proceder ante este tipo de incitaciones a ataques indiscriminados, a la “cacería humana”, en un ambiente próximo al enfrentamiento civil (<<antesala del holocausto>>). Que un tal contexto se dé actualmente en la sociedad española y, menos aún respecto del grupo judío, es tan ajeno a la realidad como ajena a la práctica forense debería haberse mantenido esta figura del artículo 607-2 CP³³².

Se constata, a modo de recapitulación, que las tendencias expansivas en torno a una ampliación del delito de provocación, tanto hacia la incriminación de actos discriminatorios (artículos 510, 511 y 314), como hacia el castigo de figuras apologéticas como la negación de *Auschwitz*, agudizan el riesgo de castigo ilegítimo de la libertad de expresión y se materializan en configuraciones típicas excesivamente difusas y poco respetuosas con los principios de legalidad y de *ultima ratio* pero que, en cualquier caso, deben adquirir su sentido y coordinación sistemática a partir de la figura central, la “piedra angular”, del artículo 510 CP del que deriva matizadamente su sentido básico de tutela. Para finalizar con este primer conjunto de figuras delictivas que agrupamos en torno al delito de provocación, nos resta, únicamente, una breve mención al delito de asociación ilícita.

3.1.5. El delito asociativo de promoción de la discriminación.

El nuevo artículo 515, en su apartado 5º, declara como asociaciones ilícitas:

"Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello."

Contrasta el largo tenor literal con la brevedad del antecedente inmediato (artículo 173-4º del anterior Código penal) que definía esta clase de asociaciones como ilícitas simplemente cuando promovieran la discriminación únicamente racial o incitaran a ella. Durante la tramitación parlamentaria

distinguir estas conductas de los delitos contra el honor. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 269 ss. (especialmente pp. 271 y 272).

³³¹ .- O, en su caso, que la presencia de jóvenes como instrumentos en manos del provocador permitan un equivalente normativo al contexto de crisis que conecte a la conducta de negación del holocausto ese plus de gravedad que determine un efecto amenaza sobre las condiciones de seguridad existencial del colectivo afectado. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 355 ss. (especialmente p. 358 y su pie 376).

³³² .- Ya FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, p. 12 reconocía que no esperaba que este precepto fuera a tener aplicación mostrando así su sorpresa por la condena en el <<caso Varela>>. También GIL GIL, *Derecho*, p. 345 afirma que la difusión de ideas negacionistas no entrañan peligro para la existencia de los grupos protegidos. Véase también el comentario crítico a la sentencia en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 689 ss.

del Proyecto de Código penal de 1992 se incorporó al "Informe de la ponencia"³³³ una mención a la promoción de la "xenofobia" como "mejora técnica"³³⁴ que se venía a añadir, matizándola, a la referencia a la discriminación de tipo racial. El Proyecto de 1994 partirá por ello de la propuesta de incriminación de la asociación que promoviera tanto a la discriminación racial como xenófoba³³⁵. Sin embargo, como venimos insistiendo de forma reiterada, la lógica expansiva antidiscriminatoria determinará que finalmente, tras el trámite parlamentario, se proyecte el delito asociativo de fomento de la discriminación sobre una enorme pluralidad de ámbitos (junto al xenófobo, el de tipo ideológico, sexual, de enfermedad, etc.)³³⁶.

El precepto responde así, una vez más, a la preocupación de evitar que la intervención punitiva antidiscriminatoria se limitara exclusivamente al ámbito racial, "olvidándose" con ello otras causas aludidas en el artículo 14 de la Carta Magna³³⁷.

Ahora bien, la redacción típica literal es prácticamente idéntica a la incorporada en el delito de provocación del artículo 510³³⁸, de suerte que un sector de la doctrina ha manifestado sus dudas sobre la oportunidad de contar con este supuesto asociativo. Habida cuenta que el actual artículo 515-1º ya considera como ilícitas a las asociaciones que tengan por objeto la comisión de algún delito, la asociación que promoviera o incitara a la discriminación, odio o violencia sería ya ilícita sin necesidad de que el Código penal contemplara ningún supuesto específico al respecto³³⁹.

³³³.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 7 de abril de 1993, Núm. 102-10, p. 564.

³³⁴.- Véase la "Motivación" a la enmienda número 508 del Grupo socialista en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7, p. 257.

³³⁵.- Artículo 494-5º. Las que promuevan la discriminación racial o xenófoba o inciten a ella. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1, p. 69.

³³⁶.- A modo únicamente de ejemplo representativo de la voluntad de "coherencia" y "homogeneización" de causas, véase la enmienda 414 propuesta en el Senado por el Grupo socialista [SENADO, *Proyectos de Ley*, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c), p. 220], en la que se manifiesta con nitidez la intención de ampliar las causas de discriminación en los términos en que se habían tipificado como delictivas en otros preceptos (como los de denegación de prestación o la agravante genérica, etc). Esta enmienda será posteriormente asumida en su espíritu en la medida en que fundamentó el texto transaccional aceptado en el "Informe de la ponencia" [SENADO, *Proyectos de Ley*, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e), p. 365] y que plasmó el precepto en términos prácticamente idénticos a su tenor definitivo.

³³⁷.- TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, p. 1490. Con una valoración parcialmente positiva BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 120.

³³⁸.- Se constatan, con todo, algunas diferencias en las que no vamos a profundizar como: la diferente utilización de verbos típicos ("provocar" en el artículo 510; "promover" en el artículo 515-5º) o formulaciones formalmente divergentes en la descripción de las causas (por ejemplo, ausencia de mención al antisemitismo en el delito de asociación). Por otra parte la conducta típica de provocar (artículo 510) debe dirigirse contra grupos o asociaciones, mientras que la de promover (artículo 515-5º) puede dirigirse además contra personas. Véase, sobre estas cuestiones, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 271.; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 118 ss.

³³⁹.- Véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 118; CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1291; CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, p. 2013 (en el mismo sentido VIVES ANTON/CARBONELL MATEU, *Parte especial*, p. 820); PUYOL MONTERO, *Código*, p. 4542; REIG REIG, *Código*, p. 1865. En el mismo sentido, pero referido a la normativa del anterior Código penal de 1973, GARCIA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas*, pp. 654 y 655.

De todas formas, la similitud de la descripción típica del delito de asociación con el de provocación 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. Por ello, al margen de los problemas comunes a las figuras asociativas y de otras cuestiones específicas³⁴⁰ también en este supuesto asociativo debe hacerse hincapié en la necesidad de una interpretación restrictiva, “correctora”, a partir de la exigencia de la idoneidad de las conductas para conmocionar las condiciones de seguridad existencial de los colectivos especialmente vulnerables³⁴¹.

Con la breve exposición de la figura asociativa damos fin a la presentación de los preceptos del Código penal de 1995 que pueden agruparse en la línea de política-criminal más característica de la Europa occidental que gira sobre la “piedra angular” del delito de provocación del artículo 510. Pero además de este precepto ha podido comprobarse que el legislador español hace suyas también las tendencias legislativas más pretenciosas y expansivas, particularmente extendidas entre los países latinos, al incorporar, por un lado, delitos de actos de discriminación como los de denegación de prestación (art. 511 y 512 CP) o el de discriminación laboral (art. 314) y, por otro lado, castigar de forma expresa –con una formulación genérica- la negación de *Auschwitz* como figura independiente y autónoma. Todas ellas, incluida la modalidad asociativa, y a pesar de su proyección general sobre un conjunto de sectores que rebasan decididamente el fenómeno estrictamente étnico, participan según lo expuesto de un sentido de tutela básico común que matiza según formulaciones más o menos atenuadas la propuesta interpretativa del artículo 510 CP proponiéndose una reducción teleológica de los ámbitos típicos. Reducción que viene animada por consideraciones político-criminales debido al riesgo de cercenar ilegítima e indebidamente derechos y libertades fundamentales pero que aspira a ofrecer los contornos de una interpretación practicable de *lege lata*.

Desde otro punto de vista se opta, dentro del tenor literal posible, por una precomprensión hermeneutica que oriente la interpretación a la dimensión supraindividual del fenómeno racista, xenófobo y discriminatorio frente a la corriente mayoritaria de la doctrina española. Tal opción se fundamenta en las líneas político-criminales sugeridas por los instrumentos internacionales y, particularmente, por las recomendaciones regionales europeas pero se asienta, sobre todo, en la doctrina del derecho comparado –particularmente de cuño germánico-, de larga tradición en este tipo de legislación. También, por último, se informa la opción del análisis comparativo de la propia realidad social de aquéllos países en contraste con la situación de las tensiones interétnicas entre nosotros.

³⁴⁰ .- Para las que nos remitimos, por todos, a BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 115 ss.; y LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 269 ss. 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.

³⁴¹ .- En la línea sugerida también por LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 271 (en el mismo sentido BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 121) aunque sobre la base de la concepción supraindividual del bien jurídico tal y como se viene exponiendo a lo largo del presente estudio. Tal interpretación debería dar lugar, una vez más, a que el artículo 515-5º CP sea <<letra muerta>> como lo fue, por cierto, el antecedente del artículo 173-4º del anterior CP algunas de cuyas dificultades de aplicación pueden comprobarse en la reciente STS de 27 de septiembre de 1998. Sentencia en la que, finalmente, no se aplica la figura asociativa por promover la discriminación racial (173-4 CP 1973) contra una asociación de vecinos que llamó a la movilización, sin ánimo racista ni xenófobo, contra las condiciones inaceptables de un asentamiento de personas de etnia gitana en un barrio de la ciudad de Astorga.

Con todo, este conjunto normativo no representa, pese al amplio espectro que cubre, más que una de las líneas de política-criminal de la llamada normativa "antidiscriminatoria". A continuación vamos, por ello, a abordar el estudio de los preceptos que responden más bien a otros modelos legislativos.

3.2. 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 en torno al cual "giran" otra serie de figuras delictivas que se comprenden a partir de aquél 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 cualificados³⁴².

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)³⁴³. 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 del estudio en particular, 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 refiere, 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

³⁴² .- Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 106 ss. y 204 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 323.

³⁴³ .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 179 s., 184 ss., 193 s., 198 ss. Véase, también, BORJA JIMENEZ, *Violencia*, p. 323 ss.

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., parece más bien que obedece a una lógica propia del ámbito de regulación acorde con las bases regulativas de la Ley de protección de datos³⁴⁴.

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 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", la lógica del ámbito de regulación en que se inscribe, y, en consecuencia, se sitúa al margen, en cierto modo, de la "lógica antidiscriminatoria" que se ha pretendido introducir en los preceptos relativos a esta materia de forma similar a lo que sucede en los tipos cualificados.

Sentadas estas precisiones, iniciemos el estudio de los preceptos correspondientes a esta segunda línea político-criminal con el análisis de la agravante genérica.

3.2.1. La nueva agravante genérica (art. 22-4º).

La agravante genérica del artículo 22-4º³⁴⁵ destaca por su nueva configuración de mucha mayor amplitud que su antecedente inmediato de la Ley de 1995 (art. 10-17º del anterior Código penal). Entre las novedades más importantes debe destacarse, por un lado, la introducción de una referencia directa a la "discriminación" entre las causas o razones por las cuales se agrava la pena. Por otro lado, el número de causas o motivos de agravación se ve, a su vez, sustancialmente ampliado. Finalmente se trata de una agravante con proyección teórica posible sobre todo tipo de delitos sin limitación alguna. Nos encontramos, sin duda, ante la versión más amplia y omnicompreensiva de esta agravante en su breve historia. Conviene pues acercarnos a su génesis legislativa por cuanto que ilustra paradigmáticamente cómo se llega a un escenario final tan amplio a pesar de que el punto de partida del Proyecto de 1994 era en un principio mucho menos pretencioso.

³⁴⁴ .- 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).

³⁴⁵ .- Artículo 22. Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

a. Génesis legislativa del precepto.

La propuesta inicial del Proyecto de 1994 restringía el ámbito de la agravante a los delitos contra las personas y el patrimonio³⁴⁶. Este punto de partida suponía ya una cesión respecto de los planteamientos del Proyecto de 1992, en donde el legislador socialista proponía la agravante únicamente para los delitos contra las personas -frente a la crítica masiva de la oposición que pedía su expansión- precisamente por razones de eficacia técnica que ya aludimos en su momento³⁴⁷. Como bien señala al respecto GONZALEZ CUSSAC, resulta difícil de comprender el por qué de la extensión a los delitos contra el patrimonio³⁴⁸, pero de hecho esta ampliación ya tuvo lugar también desde un principio en la enmienda que introdujo la agravante por primera vez en el marco de la Ley de 1995.

En un principio el Proyecto de 1994 recoge un planteamiento en el que -a la búsqueda de consenso- se integra una propuesta ecléctica cediéndose de esta manera ante las posiciones radicales que exigían una ampliación a todo tipo de delitos.

Desde el punto de vista de las causas o motivos que dan lugar a la agravación, la figura delictiva viene referida en un principio "únicamente" a supuestos de xenofobia en sentido amplio (racismo, antisemitismo, origen étnico, nacional y profesión religiosa de la víctima). El punto de partida es, desde esta perspectiva, una agravante básicamente antixenófoba.

Ya en el "Informe de la ponencia"³⁴⁹ se asumen dos cambios sustanciales: por un lado, se amplía la agravante a todo tipo de delitos³⁵⁰; y, en segundo lugar, las causas experimentan una doble ampliación. Por un lado, y en la misma línea de lo asumido por la Ley de 1995, la referencia a la "profesión religiosa de la víctima" se amplía y sustituye por las causas de tipo ideológico ("ideología, religión o creencias")³⁵¹. Por otro lado, y sin que en ninguna enmienda se hubiera solicitado, se añade la "orientación sexual". Como se puede comprobar, ya antes de la discusión en la Comisión del Congreso, la redacción de la agravante supera tanto en ámbito delictual (todo delito) como en causas (xenófobas, ideológicas y de orientación sexual) la propuesta todavía reciente de la Ley de 1995.

La discusión en la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso se hace eco de las ampliaciones expuestas valorándolas de forma positiva en un clima general de unanimidad. Debe destacarse, no obstante, la invitación a la reflexión por parte del representante del Grupo socialista,

³⁴⁶.- Artículo 23-5º. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1, p. 6.

³⁴⁷.- Véase *supra* apartado 2.2.3.c.

³⁴⁸.- GONZALEZ CUSSAC, *Presente*, p. 40.

³⁴⁹.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8, pp. 453 y 485.

³⁵⁰.- Fruto de la asunción de la enmienda 661 del grupo IU-IC aunque también en la misma línea que la enmienda 901 del Grupo de Coalición Canaria. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, p. 328.

³⁵¹.- Esta ampliación viene a satisfacer igualmente las pretensiones de algunas de las enmiendas presentadas (661 y 901). CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, pp. 275, 276 y 328.

BARRERO LOPEZ, quien manifiesta sus dudas sobre si la agravante no resultará "excesivamente genérica" lo cual redundaría -recuperando así el discurso del Proyecto de 1992- en un precepto ineficaz³⁵². Esta podría calificarse como la última apelación a la limitación del ámbito de proyección delictivo de la agravante. La posterior evolución legislativa demostrará que, lejos de acogerse dicha reflexión, aún se va a ir más allá con otra ampliación sustancial en la redacción típica, aceptada -y propuesta- por el propio Grupo socialista.

En efecto, el "Informe de la ponencia" del Senado introduce una nueva modificación de la agravante a estudio mediante una "transaccional" con base precisamente en una enmienda socialista³⁵³. Esta modificación, aprobada unánimemente, alude expresamente a la "discriminación" a la hora de calificar las actuaciones por los motivos típicos correspondientes y modifica -a la vez que amplía- la redacción de las causas de agravación. De esta forma las motivaciones típicas comprenden las causas xenófobas (etnia, raza -antisemitismo-, nación), ideológicas (ideología, religión o creencias) y se añade a la "orientación sexual" el "sexo" y, también, las causas de "enfermedad" y "minusvalía".

A la luz de la enmienda del Grupo socialista, que dio lugar a la expuesta "transaccional", la razón por la que se da esta nueva redacción a la agravante reside, principalmente, en la voluntad de otorgar un tratamiento "**homogéneo**" a la discriminación en todo el Proyecto, coordinando así esta figura delictiva con otros preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios como el de discriminación laboral, el delito de provocación, etc³⁵⁴.

A nuestro juicio, el análisis de la génesis legislativa de esta agravante en el Proyecto de 1994 pone de manifiesto cómo las cautelas de tipo técnico y el debate sobre la eventual ineficacia de preceptos excesivamente genéricos, cede ante la presión que lleva a ampliar el tipo, tanto en su proyección sobre toda clase de delitos, como con relación a los más diversos motivos o causas típicas. Respecto de estas últimas, de manera gráfica, se impone la lógica de la "coherencia" o de la "homogeneización" de supuestos a partir del referente conceptual del principio de igualdad.

Por otra parte, debe destacarse que además de la desoída llamada a la reflexión con relación a la ineficacia de una agravante tan genérica, en el Senado se llama también la atención sobre otro problema esencial de gran calado que, por desgracia, será orillado sin tenerse debidamente en cuenta. Nos estamos refiriendo a la enmienda del Grupo mixto, en concreto, en relación con el peligro de "delito de pensamiento" que la agravante vendría a representar. Pretende la citada enmienda modificar la redacción típica "objetivizándola"³⁵⁵ para evitar fundamentar la agravación en la mera "motivación" interna. El fundamento no debería ser la motivación interna sino el peligro de imitación de conductas y de incitación al odio que despierta un determinado hecho cuando es reconocido social y objetivamente como acto racista.

³⁵².- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 494, p. 15021.

³⁵³.- SENADO, *Proyectos de Ley*, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e), p. 349.

³⁵⁴.- Enmienda núm. 279 en SENADO, *Proyectos de Ley*, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c), p. 167.

³⁵⁵.- En concreto la enmienda 231 propone el siguiente tenor literal: "Cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de su pertenencia a determinado grupo étnico, cultural, nacional, orientación sexual, ideología o creencias." SENADO, *Proyectos de Ley*, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c), p. 167.

Al margen de la fundamentación concreta apuntada, la enmienda ponía sobre la mesa un problema real -el de la eventual incriminación de la actitud interna (*Gesinnungsinkriminierung*)- que no fue discutido suficientemente. El informe de la ponencia rechazó dicha enmienda³⁵⁶ y su posterior defensa en la Comisión del Senado tampoco suscitó un debate acorde con su importancia. Únicamente el representante del Grupo socialista responde -de manera confusa- que el problema no existe por cuanto que se trata de una agravante, de suerte que la "motivación" no determina el castigo sino sólo lo agrava³⁵⁷. La respuesta es evasiva e insatisfactoria pues el hecho de que fuera una agravante no evita tener que justificar -ahí reside el problema- el *plus* de gravedad de la agravación demostrando que no se castiga por el pensamiento.

En cualquier caso, de nuevo, no se profundiza lo suficiente en esta cuestión que se orilla y que resulta ser, precisamente, la cuestión central: ¿por qué es más grave el delito si lo "motiva" la voluntad discriminatoria? Este problema, que tiene una repercusión directa en el fundamento que se otorgue a la agravante, ha comenzado a ser objeto de atención por la doctrina como a continuación vamos a comprobar.

b. Valoración doctrinal. Toma de postura.

Dentro de los límites de esta contribución, va a intentar realizarse una caracterización de la circunstancia agravante especialmente atenta a consideraciones político-criminales³⁵⁸ y que persigue, en definitiva, sugerir una orientación interpretativa restrictiva que permita su relación armónica con el resto de figuras "antidiscriminatorias". Vamos a centrarnos, por ello, básicamente, en la cuestión del fundamento de la agravante y su relación con el problema de la incriminación de la mera actitud interna. En segundo lugar haremos también una breve mención a los problemas de indeterminación de esta circunstancia a la que seguirá, como contraste ilustrativo, un esbozo crítico de las líneas interpretativas que se derivan de los incipientes pronunciamientos jurisprudenciales. Finalizaremos con una valoración político-criminal de conjunto.

b.1. Fundamento de la agravante y peligro de la incriminación de la actitud interna.

La doctrina se encuentra dividida a la hora de interpretar cuál es el fundamento de esta circunstancia modificativa.

Mayoritariamente se tiende a buscar dicho fundamento en la propia reprochabilidad de los móviles del actuar lo que reconduce el *plus* de gravedad a una mayor culpabilidad³⁵⁹. En esta línea se

³⁵⁶.- SENADO, *Proyectos de Ley*, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e), p. 349.

³⁵⁷.- SENADO, *Comisión de Justicia*, Núm. 225, p. 19.

³⁵⁸.- Para un estudio más en profundidad que se ocupa también de las cuestiones dogmáticas más relevantes véase, sobre todo, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 272 ss.; y, también, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 59 ss.

³⁵⁹.- Véase, por todos, CEREZO MIR, *Derecho penal*, p. 100; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código*, p. 381.

sitúa BERNAL DEL CASTILLO quien partiendo del reconocimiento de la estructura subjetivo-objetiva (predominantemente subjetiva) de los elementos de la agravante, centra el sentido de la circunstancia en torno a la actitud personal contraria a valores, lo que le lleva a orientar la fundamentación hacia el ámbito del juicio personal de reproche en sede de culpabilidad³⁶⁰. CUERDA ARNAU entiende que parece más acertado buscar el fundamento en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar, lo cual determina un mayor desvalor del ánimo y, en definitiva, mayor culpabilidad³⁶¹. De igual manera, RODRIGUEZ MOURULLO fundamenta la agravación en la abyección del móvil³⁶². MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, en tono crítico, reconocen la imposibilidad de encontrar razones que apunten a fundamentar la agravante en un mayor desvalor objetivo de injusto; todo apuntaría, más bien, a buscar el fundamento en los móviles de la actuación del sujeto, en su fuero interno³⁶³³⁶⁴.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, propone como fundamento un mayor contenido de injusto. LAURENZO COPELLO reconoce que se adaptaría mejor, tanto a las intenciones del legislador, como a la letra de la ley, una interpretación de la agravante desde la mayor reprochabilidad de los motivos típicos en sede de culpabilidad³⁶⁵. Sin embargo, debido a los problemas que tal interpretación entrañaría, finalmente, por fundamentar la agravación en el plano del injusto, concretamente, en el **desvalor adicional de resultado** que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro³⁶⁶. También MIR PUIG afirma que la agravante por discriminación supone un incremento de injusto pero, exactamente, un mayor "**injusto subjetivo del hecho**" en la medida en que el delito realizado entraña la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución³⁶⁷.

La pregunta sobre el fundamento de la circunstancia debe ligarse necesariamente con la cuestión de hasta qué punto la agravante supone un castigo del puro pensamiento, una incriminación inaceptable de la actitud interna. Desde este punto de vista, una parte de la doctrina señala, precisamente el peligro de incriminación de la actitud interna o, en definitiva, el peligro de derecho penal

³⁶⁰.- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 65 y 59 ss.

³⁶¹.- CUERDA ARNAU, *Comentarios*, p. 240. En el mismo sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal*, p. 897.

³⁶².- RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, p. 138.

³⁶³.- MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Parte General*, pp. 541 y 542, afirman que "(...) el delito se agrava por algo que pertenece al **fuero interno del autor** como son los móviles de su actuación, lo que impide encontrar aquí razones por las que la gravedad objetiva del delito se ve incrementada; (...)" (subrayado nuestro).

³⁶⁴.- DIAZ ROCA, en una posición más ecléctica, entiende que la agravación revela una mayor antijuricidad pero, a continuación, añade que la referencia a los móviles se conecta directamente con el contenido de la voluntad del agente, es decir, con la culpabilidad de su conducta. DIAZ ROCA, *Derecho penal*, p. 218. Véase, también, como posición ecléctica, aunque en otro sentido, BERISTAIN IPIÑA, *Comentarios*, pp. 972 ss. y 977.

³⁶⁵.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 274 ss. y 277 ss.

³⁶⁶.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 281 ss.

³⁶⁷.- MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 652 (subrayado y entrecorillado nuestro).

de autor, respecto de la nueva agravante por discriminación, pero, sin embargo, optan por una fundamentación de la misma relacionada en definitiva con la "reprochabilidad" del motivo por su abyección u odiosidad³⁶⁸. LAURENZO COPELLO, por su parte, también se hace eco del posible reproche de derecho penal de autor que parte de la doctrina ha comenzado a esgrimir con relación a la agravante³⁶⁹. Pero liga la fundamentación en sede de culpabilidad -por la reprochabilidad de los motivos- con la sospecha de que pueda constituir dicha agravante un castigo por la personalidad del autor, que no por el hecho cometido³⁷⁰.

Adhiriéndome a la propuesta de LAURENZO COPELLO también entiendo que situando el fundamento de la agravante en el **desvalor adicional de resultado** y reconduciéndolo en consecuencia al plano de lo **injusto**³⁷¹ se puede desarrollar una línea interpretativa que neutralice de forma más adecuada los riesgos de incriminación de la actitud interna y de censura ideológica. No obstante, conviene sobre esa base realizar alguna matización sobre el preciso modo de entender ese desvalor adicional de resultado en el sentido de realzar los aspectos supraindividuales del daño que permitirá, por cierto, enlazar con algunas de las tendencias interpretativas que se van consolidando respecto de cómo debe comprenderse a efectos jurídicos la tutela antidiscriminatoria.

En efecto, LAURENZO COPELLO alude al desvalor adicional de resultado que representa la afección del derecho a la igualdad y que viene a sumarse y aumentar el injusto propio del delito cometido. El *plus* de castigo se corresponde con la lesión adicional del bien jurídico protegido en los preceptos antidiscriminatorios que se cifra para la autora en el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro. Ahora bien, si se parte, como así se hace en esta contribución, de que los llamados preceptos "antidiscriminatorios" se configuran en torno a un bien jurídico distinto al genérico del derecho a la igualdad, cabe matizar el correcto planteamiento de la autora. El *plus* de gravedad habría entonces de buscarse en la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito común precisamente "por razones" de raza, etnia, ideología, orientación sexual, etcétera.

De nuevo la perspectiva de enfoque de la cuestión debe dirigirse no al destinatario inmediato de la conducta delictiva correspondiente sino al colectivo de pertenencia o de referencia. Ya que lo realmente decisivo para que pueda justificarse el mayor desvalor de injusto será que la conducta, considerando todas las circunstancias en las que ésta se lleva a cabo, resulte idónea, desde la perspectiva *ex ante* de un espectador imparcial situado en la posición del autor, para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo de referencia. Pero no un "mensaje" cualquiera, sino uno de tal cualidad ("coactiva") que a efectos normativos sea equivalente a una amenaza directa de un mal constitutivo de delitos graves a la que no pueda sustraerse racionalmente un ciudadano medio. Con otras palabras,

³⁶⁸.- Véase, por todos, CUERDA ARNAU, *Comentarios*, p. 240; también, con matices, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 62 ss.

³⁶⁹.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 272.

³⁷⁰.- La autora no entra en la cuestión sino que se limita a dejarla apuntada. LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 277 y 278.

³⁷¹.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 281 (y su pie de página 117); y, en lo que sigue, p. 281 ss.

cuando determinadas conductas delictivas vienen “coloreadas” intersubjetivamente por una “motivación” racista, xenófoba, discriminatoria, homófoba, etcétera, el colectivo racial, étnico, homosexual correspondiente –cada uno de sus miembros- experimenta en términos normativos una amenaza directa de su seguridad existencial a pesar de que no hayan resultado ser los destinatarios inmediatos de la conducta delictiva que se pretende agravar. Pero vayamos por partes.

Comparando las conductas delictivas agravadas con las conductas de provocación a la discriminación, odio o violencia, resulta esencial el hecho de que mientras el contexto del artículo 510 hace referencia a comportamientos de propaganda de agitación, esto es, principalmente manifestaciones “ideológicas” orales o escritas o difundidas por otros medios de comunicación, en el caso de la agravación el “vehículo” del mensaje amenazante es de otra cualidad: es la propia conducta delictiva. Esta es el “**refuerzo fáctico**” que transmite al efecto amenazante para el colectivo un carácter de mayor o menor gravedad y seriedad según la clase de delito de que se trate. Quien mata a homosexuales por serlo y de tal forma que la conducta permite una lectura social intersubjetiva de que, efectivamente, se mata por la condición de ser homosexual, lanza un mensaje en términos sociales de amenaza a todo aquel que sea homosexual. El colectivo homosexual de un barrio, ciudad, país, en que proliferen agresiones contra la integridad física o la vida de sus miembros resultará sin duda intimidado, lo que repercutirá también de forma dramática en una afección grave de las condiciones para poder disfrutar en condiciones de igualdad de los bienes sociales. La conducta delictiva –homicidio, por ejemplo- permite, a diferencia de las puras manifestaciones provocadoras, que el mensaje “indirecto” y genérico de rechazo a un colectivo pueda alcanzar según contextos sociales de menor tensión rasgos de mayor verosimilitud, concreción, inminencia y gravedad que lo conviertan en un instrumento idóneo para conmover la seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable.

Desde este punto de vista la “motivación” subjetiva del autor no resulta relevante sino la peligrosidad objetiva de la conducta. A efectos de aplicación de la agravante no es preciso una investigación motivacional sino la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva y era consciente por tanto de que su actuar iba a ser comprendido, tanto por el colectivo especialmente vulnerable, como por la sociedad en su conjunto, como un “comportamiento expresivo”: esto es, que se proyecta en su realización más allá de la víctima concreta inmediata y despliega una expectativa amenazante sobre todos los sujetos que presentan el mismo elemento común que determinó en términos intersubjetivos la selección de la víctima.

Esta lectura objetivista (intersubjetiva, normativa) de los “motivos” o “razones” del autor enlaza, por otra parte, con la evolución de las líneas de interpretación y comprensión de la acepción jurídica de la discriminación. Los Convenios internacionales específicos antidiscriminatorios dibujan al respecto una línea evolutiva en la que la definición de discriminación tiende a objetivizarse en el sentido de otorgar una atención creciente al resultado que la acción –discriminatoria- produce en detrimento de la importancia o relevancia que se otorgaba al factor intencional. Los “motivos” no harían por ello referencia tanto a una motivación interna, subjetiva, del sujeto que discrimina, sino más bien a un entendimiento de que la conducta se proyecta sobre un determinado ámbito personal –el colectivo homosexual, o asiático, por ejemplo- sobre el que la diferenciación discriminatoria de trato interacciona de forma intersubjetiva³⁷².

³⁷² .- LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 69 y 70.

La comprensión “objetiva” del fenómeno discriminatoria parece así desembocar con naturalidad en una fundamentación de la agravante en sede de injusto como un desvalor adicional de resultado. Y es que este último es el que en definitiva “colorea” la conducta de trato diferencial como más grave, como discriminatoria, poniéndose así las bases para que la conducta despliegue su efecto dañino surraindividual. Siguiendo a RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ es precisamente el propio elemento de “perjuicio” –el daño social añadimos nosotros- el que tipifica la noción de discriminación y determina que lo que no sería más que un trato diferencial arbitrario se convierta en una conducta de mayor gravedad, en una conducta que se dirige “contra” el discriminado³⁷³. Con otras palabras, lo que resulta realmente decisivo a la hora de determinar cuándo una conducta de diferenciación se convierte en algo más “odioso” y grave es la clase de perjuicio que dicho comportamiento entraña y que, en el fenómeno de la discriminación se proyecta de forma especialmente intensa en una negación de la dignidad humana del sujeto discriminado y, a la vez, en un perjuicio sobre el colectivo correspondiente al que le hunde aún más en su situación -histórica y social- de marginación (contradicción del principio de igualdad real)³⁷⁴.

A partir pues de la afección supraindividual que las conductas discriminatorias representan para el principio de igualdad real debería pues entenderse que cuando en el artículo 22-4º CP se alude a los “motivos” racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etcétera, en realidad se pretende señalar cuáles han de ser los colectivos “pacientes” –sujeto pasivo- del daño que entraña el mensaje discriminatorio reforzado fácticamente por la conducta delictiva. Por eso debemos adherirnos también a la propuesta de LAURENZO COPELLO que sugiere que una tal interpretación hubiera resultado más fácil de justificar si, en vez de subrayarse en la redacción típica el aspecto motivacional, se hubieran destacado los efectos sobre la víctima –añadimos colectiva- con una formulación por ejemplo “cometer el delito **contra**³⁷⁵ determinadas personas por razón de...”.

Por ello, según alcanzo a comprender, no parece lo más adecuado para la interpretación propuesta que una vez situado el fundamento de la agravación en el plano del injusto se otorgue relevancia preferente al aspecto motivacional para concluir, como MIR PUIG, que en realidad aumenta el injusto **subjetivo** del hecho al añadir al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad³⁷⁶. A mi juicio, aunque la motivación subjetiva normalmente acompañará a las conductas “coloreadas” por su orientación discriminatoria, no es ésta, insisto, la que determina principalmente que una conducta adquiera una repercusión intersubjetiva como dirigida contra un determinado colectivo. Será más bien el contexto social y, particularmente, las circunstancias de vulnerabilidad en que se

³⁷³ .- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 168, 169 y 84 ss.

³⁷⁴ .- 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.

³⁷⁵ .- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 281, su pie de página 118 (subrayado nuestro). Véase también una propuesta similar pero referida al delito de provocación del artículo 510 CP en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 370 y 371.

³⁷⁶ .- MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 652 (subrayado nuestro).

encuentre el colectivo de referencia³⁷⁷, las que resulten decisivas para considerar que la fuerza y gravedad del efecto amenazante que se “comunica” con el actuar delictivo rebasan el umbral típico y hacen necesaria la intervención penal. Por tanto, entiendo que el acento no ha de ponerse tanto en la negación “expresiva” del principio de igualdad, que sin duda se produce, sino en las consecuencias de daño social que el fenómeno discriminatorio “evoca” en todas sus manifestaciones pero que, en un determinado contexto social (“contexto de crisis”)³⁷⁸, produce una “escalada” de gravedad que convierte a la conducta en idónea para transmitir el mensaje amenazante, para conmovir las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable.

Un tal planteamiento enlaza, por cierto, con la explicación que de forma convincente expuso ya hace algún tiempo STRATENWERTH³⁷⁹ en relación con la función que para el legislador cumple la utilización de “elementos de la actitud interna” (*Gesinnungsmerkmale*). Función que a juicio del citado autor puede clarificarse a partir de la estructura de dichos elementos como “relaciones fácticas convencionales” en las que lo característico y peculiar resulta ser “la variedad de datos relevantes y la muy a menudo intrincada malla de relaciones mutuas en las que dichas *Gesinnungsmerkmale* se insertan” como base fáctica de la valoración a que apuntan. Por ello, por lo intrincado y complejo de la realidad, se renuncia en la ley a una descripción exhaustiva que agote la situación fáctica subyacente sobre la que ha de proyectarse la valoración. Se opta así por formular en la descripción típica un juicio de valor, capitulándose ante la extensa gama de detalles y de posibles variaciones fácticas³⁸⁰.

Transponiendo dichas ideas al tema que nos ocupa, podría contemplarse la formulación típica que se refiere a los “motivos” discriminatorios en la agravante³⁸¹ como un “elemento de la actitud

³⁷⁷ .- Relación proporcional numérica del grupo mayoritario respecto del minoritario, posibilidad de un reconocimiento externo inmediato de los miembros del colectivo objeto de agresión (por el color de la piel, vestimenta, locales que se frecuentan, costumbres identificables...), “coherencia” interna del grupo (autoconciencia), situación histórica del grupo respecto de la sociedad en que se inscribe, situación social actual –nivel de marginación-, estadística de agresiones y gravedad de las mismas (asesinatos, palizas...), repercusión social de éstas, dimensión y organización de los grupos extremistas violentos, nivel de actividad...

³⁷⁸ .- Que entiendo que no tiene por qué ser de tal gravedad como exigía respecto del artículo 510. Ha de tenerse en cuenta que en el delito de provocación la gravedad de la pena –de hasta 3 años de prisión y multa- depende **esencialmente** de la concurrencia del contexto de crisis pero en el caso de la agravante está en juego únicamente un **plus de gravedad** dentro de la pena abstracta. Ello permite deslizar en la interpretación un razonamiento paralelo al del artículo 510 pero “atenuado” en su exigencia respecto de la intensidad y gravedad de los efectos supraindividuales que deben producirse que, en cualquier caso, deben resultar ser de mayor intensidad que los ligados de forma inherente a todo acto de discriminación. Véase respecto de esta última consideración esencial sobre la diferencia de gravedad entre las conductas de “provocación” y discriminación LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 244 ss. Véase también *infra* en el siguiente apartado, el comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10ª) de 13 de marzo de 2000.

³⁷⁹ .- STRATENWERTH, *Zur Funktion*, p. 171 ss.

³⁸⁰ .- STRATENWERTH, *Zur Funktion*, p. 189, lo que le lleva al autor a una actitud muy crítica frente a la utilización de estos “elementos de la actitud interna”. Todo ello en el contexto de la discusión sobre la ubicación sistemática de estos elementos azuzada por la entonces reciente monografía de “habilitación” de SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale*, a la que nos remitimos como obra fundamental en la materia.

³⁸¹ .- Pero no sólo. También en la mayoría de los preceptos “antidiscriminatorios” se alude a la formulación “por motivos” (art. 510) “por razón de” (artículos 511, 512 y 314) o similares, con base en la cual cabe identificar una suerte de elemento común que se cifra en la utilización de elementos de la actitud interna como técnica –inadecuada y

interna³⁸² que en realidad debe ser interpretado como una técnica del legislador que renuncia a una descripción de las situaciones fácticas en las que las conductas de orientación antidiscriminatoria adquieren todo su perfil de peligrosidad para el colectivo de referencia. Se renuncia por la complejidad del contexto a una descripción de la base fáctica y se alude a los “motivos” o “razones” como elementos que en realidad están apuntando, en una valoración anticipada, no a una constatación de la motivación psicológico-subjetiva, sino del contexto social en el que la conducta antidiscriminatoria se entiende – intersubjetivamente- como tal por el colectivo victimizado y por la sociedad en su conjunto.

b.2. El problema añadido de la indeterminación típica. Consecuencias: análisis jurisprudencial.

Junto a los riesgos de que la interpretación derive en un auténtico “delito de pensamiento”, la doctrina identifica asimismo otro problema esencial en la redacción típica de la agravante: su indeterminación. PRATS CANUT señala acertadamente que, en la medida en que la agravación responde más a un “dolo de ímpetu” del legislador que a una adecuada reflexión de su sentido y alcance, la redacción concreta del precepto revela serios problemas con relación al principio de legalidad material y su mandato de taxatividad. La presencia del elemento motivacional agudizará además los problemas de delimitación de lo que haya de ser un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio³⁸³ y posibilitará que sea la propia ideología del juez la que, en definitiva, juegue un papel relevante a la hora de dar por probada su existencia³⁸⁴.

Téngase, por otro lado, en cuenta que el tenor literal no sólo hace un listado repetitivo y farragoso de los distintos “motivos” que deberán agravar la conducta delictiva sino que, además, se incluye una vez más la propia voz “discriminación”³⁸⁵ arrastrando a la agravante hacia los serios problemas de delimitación que dicho término presenta.

A nuestro juicio, la falta de taxatividad y seguridad jurídica agudiza y amplifica, además, el peligro de incriminación de la actitud interna por cuanto que se amplía el ámbito potencial sobre el que éste proyectará sus indeseables consecuencias. Todas las críticas expuestas confluyen, por tanto, en el riesgo de utilización del instrumento punitivo como medio de control ideológico y de invasión del ámbito interno de los ciudadanos, abandonándose el “principio del hecho” y acercándose de esta forma el modelo de intervención penal del denostado <<derecho penal de autor>>. La gravedad de los

peligrosa a mi juicio- para proceder a describir las conductas prohibidas dentro del fenómeno discriminatorio. Limitaciones de la presente contribución obligan, sin embargo, a que la cuestión no quede más que presentada.

³⁸² .- Lo cual enlaza sin dificultad alguna con las reflexiones de un sector de la doctrina que precisamente orienta el estudio y fundamento de la agravante “de racismo” hacia las características de la actitud espiritual o interna. Véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 64 ss.

³⁸³.- Véase, por todos, MANZANARES/CREMADES, *Comentarios*, p. 14. Sobre las dificultades, en general, de determinación de los móviles, DIEZ RIPOLLES, *La atenuante*, pp. 98 ss., 137 y 138.

³⁸⁴.- PRATS CANUT, *Comentarios 1996*, p. 243.

³⁸⁵ .- Igual que en el artículo 510 que hace referencia a la provocación al odio, la violencia o la **discriminación**. Para una propuesta de *lege ferenda* que prescindiera de dicho término véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 371.

problemas aconseja una cautelosa aproximación a algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, todavía de forma difusa e incipiente, parecen confirmar algunos de los peores augurios realizados.

La **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10ª), de 13 de marzo de 2000**³⁸⁶ representa, hasta la fecha, la primera y única aplicación de la agravante por motivos discriminatorios. 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 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).

El ponente de la sentencia, Sr. Planchat Teruel, dedica parte del Fundamento de Derecho Quinto al análisis de la agravante que nos ocupa y se decide desde el principio por la propuesta interpretativa que propugna que la circunstancia tiene un “substrato decididamente subjetivo y responde a un móvil especialmente reprochable”. Se hace eco de algunas críticas doctrinales que censuran este precepto por ser un instrumento de promoción de valores, por descansar en el fuero interno del autor, por su indeterminación o precipitación. Pero tras su mera exposición asegura que se trata de “un ataque frontal a la igualdad y dignidad personales como bienes constitucionales (...) revelador de absoluto desprecio a la libre determinación sexual de una persona” (FD Quinto).

En definitiva, se da por probado que la agresión constitutiva de un delito de lesiones, que se impone en su máximo (3 años de prisión)³⁸⁷, se ha cometido precisamente –motivo determinante– por la condición de homosexual de la víctima (FD Quinto) subrayándose el **aspecto motivacional** como elemento clave dentro de un **sentido de tutela claramente individual** (centrado en torno a la **dignidad** personal y la **igualdad** como eventuales bienes jurídicos –“bienes constitucionales”–) y sobre la base de una fundamentación probablemente en sede de **culpabilidad** a la luz de las alusiones a la reprochabilidad de los móviles y al absoluto desprecio por la libre determinación sexual.

La sentencia parece así confirmar precisamente aquella opción de fundamento de la agravante que en el apartado anterior hemos rechazado por representar una línea interpretativa que no se demuestra tan eficaz a la hora de “contener” el indeterminado tenor de la agravante y su riesgo de utilización como instrumento de censura e invasión de la actitud interna. En el caso que nos ocupa, por

³⁸⁶ .- Puede consultarse en *La Ley*, 9 de mayo de 2000, pp. 14-16 (ponente: Sr. Planchat Teruel).

³⁸⁷ .- Se condena a **3 años de prisión** (con sus accesorias de inhabilitación) al concurrir las agravantes de abuso de superioridad y discriminación que determinaron la imposición de la pena en su mitad superior y, dentro de ésta, **en su máximo** “como así viene interesado por las acusaciones atendiendo fundamentalmente a la patente brutalidad de la agresión, de una inusual impiedad, cuya ferocidad se tradujo en la severa afectación a la integridad física de la víctima hasta el punto de ser inicialmente tributaria de cuidados intensivos como se corresponde a un pronóstico clínico de la gravedad de autos” (FD Sexto).

el contrario, si siguiéramos nuestra propuesta, la argumentación debería desplazarse de la “motivación” a los efectos perjudiciales que tal conducta haya podido deparar al colectivo de referencia. Deberíamos preguntarnos si la paliza propinada –de enorme “ferocidad” y de “inusual impiedad” según la sentencia– resulta idónea por el contexto en que ésta se desarrolló para transmitir un mensaje al colectivo homosexual de dicha localidad que pueda equipararse a una amenaza directa, de suerte que todos y cada uno de sus miembros en el futuro deberán vivir con la expectativa altamente verosímil de ser objeto de delitos de lesiones.

Analicemos el contexto. Se trata de jóvenes que no proceden de círculos de extrema derecha, *skin-heads* o neonazis pero, por otra parte, en los últimos tiempos proliferan actos contra el colectivo homosexual que han adquirido cierta relevancia social y que han colocado a este grupo en el imaginario social como uno de los “colectivos especialmente vulnerables” en el sentido de que se les percibe –y se autoperciben– como uno de los blancos habituales de este tipo de agresiones³⁸⁸. Además parte de este colectivo se caracteriza por ser relativamente identificable a partir de los locales de ambiente homosexual y podría afirmarse que *ad intra* se trata de un grupo con un nivel suficiente de autoconciencia como para que el eventual efecto amenaza pueda ser transmitido con fluidez. Por último la conducta delictiva, el “refuerzo fáctico”, apunta de forma directa al núcleo de la seguridad existencial: la peligrosidad para la integridad física es la que aparece –en forma de una brutal paliza– como referente de gravedad y seriedad de la amenaza que puede permitir que la amenaza tácita, indirecta, pueda ser equiparada a una de tipo directo pues, efectivamente, el colectivo homosexual, desde el punto de vista de un ciudadano medio, debería sentirse amedrentado y tomar en serio el riesgo de agresión³⁸⁹.

Como se ve en el caso sentenciado, por cuanto se podría tildar de supuesto que se sitúa en el <<núcleo>> de tutela, la opción por una fundamentación en sede de injusto como desvalor de resultado adicional con relación a las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables, no haría variar en los resultados la aplicación de la agravante de discriminación. Sin embargo se demuestra, a mi juicio, su mayor potencial restrictivo con relación a otras sentencias, situadas más bien en la <<periferia>> en las que, aunque no se ha producido todavía la aplicación del

³⁸⁸ .- Cabe traer a colación el supuesto en que un grupo de “cabezas rapadas” que merodeaban por un parque de Barcelona decidieron en la madrugada del día 6 de octubre de 1991 ir a “tocar el tambor” propinando con botas de media caña tipo “Ranger” y “Doctor Martins”, con la puntera reforzada de acero, una brutal paliza a dos homosexuales que estaban durmiendo a consecuencia de la cual uno de aquellos falleció. STS de 23 de noviembre de 1996.

³⁸⁹ .- No pretendo agotar la argumentación sino más bien sugerir por dónde deberían discurrir sus líneas maestras para ilustrar las consideraciones realizadas en el apartado anterior. Con todo, quisiera subrayar que quizá se detecte un nivel de exigencia inferior en la “lógica de protección de minorías” pues no se aspira a que se produzca una “antesala de holocausto” contra el colectivo homosexual. En efecto, la exigencia en la gravedad del daño supraindividual no tiene por qué ser equivalente al que se generaría de aceptar la interpretación restrictiva que propongo del artículo 510 lo que vendría avalado por el hecho de que, en el caso de la agravante, está en juego un *plus* de castigo no la decisión esencial de si se debe o no imponer castigo alguno. Por otro lado, de producirse un nivel de gravedad aún mayor por la concurrencia de un contexto de crisis mucho más dramático, no debería descartarse la aplicación del delito de provocación del artículo 510 en concurso con el delito correspondiente, eso sí, sin que éste último puede ser entonces objeto de agravación conforme al artículo 22-4º.

Por todo lo expuesto sigo manteniendo de *lege ferenda* la conveniencia de que el delito de provocación debería proyectarse básicamente sobre colectivos étnicos (véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 369) aunque vuelvo a hacer hincapié en que las circunstancias sociales de los colectivos son las que deben resultar decisivas a la hora de identificar los grupos “especialmente vulnerables” y admito que en las formas “atenuadas” de protección (como, por ejemplo, en la agravante) cabe una mayor amplitud de tutela de grupos.

artículo 22-4º, se deslizan razonamientos y argumentaciones en extremo peligrosas y que pueden encontrar reconducción de acudir a la interpretación que propugnamos.

Nos referimos sobre todo a supuestos en los que se ha pretendido **agravar por discriminación ideológica los delitos de terrorismo**. A este respecto deben comentarse dos sentencias, ambas de la Audiencia Nacional, que aunque coinciden en el resultado de no aplicar la agravante varían, sin embargo, en la argumentación que para ello ofrecen.

La primera de ellas es la **sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo penal, Sección 1ª) de 27 de noviembre de 1997** que, acertadamente, niega categóricamente la concurrencia de la agravante “pues en su actividad criminal están actuando [los autores de los delitos de terrorismo] contra sus vecinos y conciudadanos, y contra toda la sociedad, sin distinción alguna” (FD Quinto). Por el contrario en el tristemente célebre <<caso Ortega Lara>> (**sentencia de la Audiencia Nacional –Sala de lo penal, Sección 1ª- de 29 de junio de 1998**) la acusación popular, a diferencia del Ministerio Fiscal, entiende que en el delito de detención ilegal concurre la agravante por discriminación referente a la ideología (Antecedente Séptimo). Pretensión que el tribunal va a rechazar pero arguyendo que “no se entiende probado que en la elección de la víctima fuera determinante tal índole de pertenencia; porque las declaraciones de los procesados no aludían a esa faceta ideológica, sino cuando ya existía gran conocimiento público sobre la campaña de ETA contra militantes del Partido Popular y sobre la adscripción política del perjudicado” (FJ Octavo).

Aunque no de forma expresa, parece insinuarse que de haberse dado por probado que efectivamente la selección de la víctima obedeciera a su pertenencia a un determinado partido político podría estimarse la concurrencia de la agravante. Si así fuera se estaría pretendiendo justificar una agravación sobre el tipo a su vez ya cualificado por terrorismo lo que, a mi juicio, contradiría de manera frontal el principio de *non bis in idem* pero, lo que es aún más importante desde la perspectiva de estudio que nos ocupa, confirmaría los riesgos de que el juez y los operadores jurídicos en general pueden llegar a disponer de un instrumento cuyo abuso permite canalizar aspiraciones de censura ideológica mediante el expediente de difícil contradicción argumentativa de la “reprochabilidad” de los “motivos” de “discriminación ideológica”. La indeterminación del precepto en combinación con una interpretación subjetivista en sede de culpabilidad sirve, a mi juicio, la vía de entrada menos dificultosa para que se deslicen intervenciones punitivas en el ámbito puramente interno de los ciudadanos³⁹⁰.

Desde el punto de vista de la necesidad de que, según nuestra propuesta, sea necesario constatar un efecto amenaza contra el colectivo de referencia que se transmite mediante el “refuerzo fáctico” del delito que acompaña al mensaje expresivo, podría preguntarse qué efecto amenaza se añade que no sea ya inherente a la propia lógica y sentido de protección de los delitos de terrorismo.

En términos también críticos debe hacerse referencia al <<caso Aitor Zabaleta>> en que se condena a un seguidor de un club de fútbol por asesinato de un aficionado del equipo rival (**sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid –sección 23ª- de 14 de abril de 2000**)³⁹¹. Los hechos se

³⁹⁰ .- Con el riesgo de que se trata además de un expediente de tal generalidad que podría dar lugar a la perversión de que todo delito de terrorismo fuera siempre agravado debido a que siempre podrá encontrarse algún “motivo” de selección de la víctima que pueda encajarse en el prolijo listado del artículo 22-4º.

³⁹¹ .- Puede consultarse en *La Ley* de 18 de mayo de 2000, pp. 13-16.

remontan a la tarde del 8 de diciembre de 1998 cuando Aitor Z. C., encontrándose en las inmediaciones del Estadio Vicente Calderón (Atlético Madrid), recibió una puñalada en el pecho a la altura del corazón, con una navaja de 9 cm. lo que le produjo la muerte en la madrugada del día siguiente (HP Primero). La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de asesinato y solicitó se estimara la agravante del artículo 22-4º ya que los hechos se cometieron “por la condición de vasco de la víctima” (Antecedentes de Hecho Quinto).

De forma escueta en la sentencia se recoge que el Jurado no estimó que se hubiera probado que el acusado eligiera a Aitor debido a su condición de ciudadano vasco (FD Cuarto). De nuevo, como en uno de los supuestos de la Audiencia Nacional referidos, se ventila la cuestión por razones de falta de prueba lo que deja abierta la puerta a pensar que, de darse por probado, debería aplicarse la agravante. Ahora bien, partiendo de que la puñalada hubiera sido asestada por “motivos” relacionados con la condición de vasco de la víctima, entiendo que la estimación de la agravante debe hacerse depender del efecto amenaza sobre todo el colectivo de vascos. Efecto que en este caso es, sin duda, mucho más discutible que en el supuesto del homosexual. Pues el ciudadano vasco es de más difícil identificación y tampoco puede afirmarse que se trate de un grupo que como tal se encuentra de forma preferente ni permanente en el punto de mira de grupos radicales organizados, ni que se pueda constatar una estadística de agresiones graves por la condición de vasco de la víctima. Desde este punto de vista se dificulta, en consecuencia, su consideración como “grupo especialmente vulnerable”. Entiendo además, por otra parte, que aunque desde luego el asesinato lanza un mensaje amenazante, todos los delitos graves lo hacen de igual manera, pero en este caso no concurren las circunstancias contextuales que convertirían a dicho efecto amenaza en suficientemente intenso como para que se pueda afirmar *ex ante* la idoneidad de la conducta para conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo vasco³⁹².

Por ello debemos coincidir con la **sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 7 de julio de 1998** en donde tampoco se aprecia la agravante aunque, una vez más, no podemos compartir sus razonamientos. Se trata de un supuesto en el que el hombre de una pareja separada y con una relación singularmente deteriorada, dispara en una plaza pública con una escopeta de caza contra su antigua compañera. No se aprecia la circunstancia agravante del artículo 22-4º al haber considerado el Jurado que el autor no actuó “motivado principalmente por razones tendentes a **discriminar el sexo femenino**” (FD Cuarto –realce en el original-). Se subraya por tanto el aspecto motivacional apoyándose en la “doctrina científica que más extensamente se ha ocupado del estudio de esta circunstancia” al referirse a que “**para su apreciación es preciso que el autor del ilícito penal haya delinquido por motivos discriminatorios, es decir, precisamente en atención al sexo de la víctima, no siendo apreciable la agravación cuando el móvil de los hechos resulta otro diverso.**” (FD Cuarto –realce en el original). Pero incluso va más allá al invocar como doctrina mayoritaria aquella que permite la estimación de la circunstancia cuando la “intención discriminatoria concurre con otras, pero siempre que aquella sea la motivación consciente más próxima o, si se quiere, predominante”. Concluye por último

³⁹² - Siguiendo a MIR PUIG, *Bien jurídico*, p. 159 ss., el bien jurídico no constituye sino un primer paso a la hora de determinar cuándo aquél debe convertirse en bien jurídico-penal por lo que no basta con la mera lesión de dicho bien sino que ésta deberá ser de una determinada cualidad: esto es, deberá presentar un nivel de daño social relevante como para que se justifique el merecimiento y necesidad de pena. Véase también SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 267 ss.; y HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 113, 114 y 65 ss. No basta pues con cualquier afcción de las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable sino que deberá producirse un efecto amenaza (“coactivo”) de cierta intensidad antes de considerar que la conducta integra el tipo.

con una referencia a la teoría de la <<equivalencia de las motivaciones>> según la cual el aplicador del Derecho debería preguntarse si prescindiendo del móvil discriminatorio (eventualmente existente) el delito se habría cometido igualmente o no (FD Cuarto).

¿Y si se hubieran producido los disparos entre gritos del acusado contra las mujeres y el sexo femenino? Sin duda provocaría un rechazo mayor de desvaloración social por su negación expresa de valores de igualdad, respeto y dignidad pero, entiendo, que no debe traducirse en una mayor pena salvo que se constate el efecto amenaza. Y no parece que por el hecho de que el autor “mate por su odio hacia las mujeres” pueda ser entendido el comportamiento como una acción funcional dentro del sistema de discriminación y marginación del sexo femenino que tienda a su eliminación como colectivo. Sin duda nos encontramos en uno de los ámbitos más característicos de la lucha por la igualdad y contra la discriminación pero ello no convierte a este colectivo en un “grupo especialmente vulnerable” a nivel existencial de suerte que, en las coordenadas sociales actuales, se pueda entender que son objetivo preferente de grupos –organizados o no- dispuestos a matar y agredir de forma extrema a las mujeres por el mero hecho de serlo. Este segundo aspecto, sin embargo, resulta, a mi juicio, fundamental para decidir dar el paso hacia una intervención penal que vaya más allá de los programas antidiscriminatorios jurídicos –no penales- o de tipo socio-educativo³⁹³. Con otras palabras, tampoco en este caso podría constatar el efecto amenaza en la gravedad necesaria para conmover el bien jurídico y por ello no debería aplicarse la agravante. Este razonamiento evitaría incursiones en el arcano de la motivación subjetiva del autor que redundan en una considerable falta de seguridad jurídica y que pueden ser aprovechadas para que el juez u otros operadores jurídicos deslicen en la interpretación sus propias concepciones morales o ideológicas.

En definitiva, a modo de recapitulación, la indeterminación del artículo 22-4º y su proyección general “expansiva” sobre todo ámbito de discriminación precisa de una interpretación restrictiva y “objetiva” que se aleje del aspecto motivacional si no se quiere facilitar que el ejercicio del *ius puniendi* se convierta en un instrumento de configuración de valores y de lucha puramente ideológica que termine por ser campo abonado para el enrarecimiento y envenenamiento del clima político, a la vez que un grave elemento de descrédito del sistema penal. En tal sentido debería reflexionarse de forma seria y detenida sobre los riesgos de que la “lógica antidiscriminatoria”, que en su plasmación legislativa presenta ya suficientes rasgos de legislación excepcional, se infiltre además en los delitos de terrorismo, por definición también derecho de excepción. Tal perspectiva no sólo agravaría en bloque a aquéllos con un endurecimiento injustificado de todos los marcos penales sino que, a la larga, acabaría por crear dinámicas interpretativas que terminarían por invadir el resto de ámbitos discriminatorios y por extender, a todo el sistema, la lógica de excepción o, en palabras de JAKOBS, la lógica de un derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*)³⁹⁴.

b.3. Valoraciones político-criminales.

³⁹³ .- Véase el interesante estudio de LAURENZO COPELLO, *La discriminación por razón de sexo*, especialmente p. 21 ss., en donde concluye la dudosa utilidad del derecho penal en la lucha antidiscriminatoria por razón de sexo.

³⁹⁴ .- JAKOBS, *Kriminalisierung*, p. 751 ss.

Ante los dos problemas esenciales apuntados –riesgo de incriminación de la pura actitud interna y falta manifiesta de taxatividad- sorprende en buena medida la favorable acogida de esta figura delictiva por parte de un sector de la doctrina o la falta de una crítica más radical de la misma. LANDROVE DIAZ, con anterioridad a la aprobación del nuevo Código penal de 1995, ya se manifestaba favorable a una iniciativa de un sector de Jueces para la Democracia en el sentido de proponer una agravante genérica antixenófoba. Reconocía el citado autor que el Derecho penal no es el medio idóneo para combatir el racismo y la xenofobia, pero, no obstante, consideraba positivo su **papel simbólico**³⁹⁵. En la misma línea RUIZ VADILLO entiende que supone un acierto la incorporación de la agravante por el efecto beneficioso y positivo que desde el punto de vista **pedagógico** puede desplegar³⁹⁶.

También PRATS CANUT se inclina finalmente por una valoración positiva con matices. Según este autor esta figura delictiva viene a responder a un "clima" xenófobo y racista con una excesiva vinculación del legislador a la inmediatez de la opinión pública. Advierte, además, del peligro de que el Derecho penal pretenda abordar problemas que desborden sus posibilidades con el riesgo de crear preceptos ineficaces. Por otra parte, recordémoslo de nuevo, insiste en la falta de taxatividad de la agravante. Pues bien, a pesar de lo señalado y aunque no comparte postulados de tipo promocional, entiende el autor que el Derecho penal sí que cumple una función **emblemática** a la hora del asentamiento de valores en la sociedad, por lo que considera positiva la incorporación de la citada agravante³⁹⁷.

LAURENZO COPELLO, acertadamente, critica que el legislador haya extendido la agravación a "cualquier delito". No critica, sin embargo, la incriminación extensiva a los diversos ámbitos de "discriminación". En definitiva, propone la autora, hubiera sido preferible reservar la agravación relacionada con el fenómeno de la discriminación para un restringido grupo de delitos. Es por ello que el legislador "ha ido demasiado lejos" a pesar de sus buenas intenciones³⁹⁸.

A nuestro juicio, la crítica de conjunto deja a un lado un aspecto esencial: al igual que ocurría en las fases anteriores de la Reforma de 1983 o de la Ley de 1995, no parece que se cuestione el conjunto de causas "discriminatorias" que se incriminan. Compartimos la necesidad de no extender la agravante a todos los delitos pero entendemos que **tampoco debería extenderse la incriminación de igual manera a los diferentes ámbitos pertenecientes al sector regulativo propio del vasto principio de igualdad**³⁹⁹. Debe plantearse hasta qué punto tienen un contenido de injusto similar actos discriminatorios referidos a minorías históricamente y efectivamente marginadas -por ejemplo, los judíos

³⁹⁵.- LANDROVE DIAZ, *Racismo*, p. 159.

³⁹⁶.- RUIZ VADILLO, *Interdicción*, p. 26. El autor insiste, no obstante, en la necesidad de que el móvil quede perfectamente acreditado. También, DEL MISMO, *Código*, p. 857.

³⁹⁷.- PRATS CANUT, *Comentarios 1996*, pp. 243 y 244, insiste, por otra parte, en que deberá motivarse convenientemente la sentencia como vía de neutralización de los peligros de inseguridad jurídica derivados particularmente del elemento motivacional.

³⁹⁸.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 286, 287 y 288.

³⁹⁹.- Sentido crítico que también se detecta en general, aunque no de forma expresa respecto de la circunstancia agravante, en un sector de la doctrina. Véase, por todos, LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 246 y DEL MISMO, *La discriminación por razón de sexo*, pp. 17, 18 y especialmente p. 21.

en Alemania o los gitanos en España- frente a otros actos discriminatorios que carecen de dicha historia y realidad (discriminación de un minusválido, de las viudas...). Se echa en falta una crítica más radical que ponga en tela de juicio la necesidad de "coherencia" de la agravante con todos los ámbitos potenciales de proyección del principio de igualdad y no discriminación. Crítica que en su plasmación legislativa debería realizar el esfuerzo de distinguir y clasificar los grupos por su vulnerabilidad para detectar cuáles de ellos deben ser realmente acreedores de la tutela penal según el concreto contexto social.

3.2.2. Tipos cualificados y la figura especial de manipulación genética.

Los tipos cualificados que van a ser objeto de atención son propiamente los referidos al delito de amenazas y al de descubrimiento y revelación de secretos. Ahora bien, como ya indicábamos, añadiremos en último lugar una breve mención al delito de manipulación genética dirigido a la selección de la raza (artículo 161-2º) ya que, a pesar de no tratarse de un tipo cualificado, guarda cierto paralelismo, como veremos, con los dos tipos agravados mencionados en cuanto que todos ellos parecen responder a una lógica en su elaboración parlamentaria y a un sentido de protección **no tan claramente orientada al fenómeno racista, xenófobo y discriminatorio o no, al menos, de forma exclusiva** ni en los términos en que han sido diseñadas e interpretadas las figuras hasta el momento examinadas.

a. Amenazas dirigidas a un grupo étnico o a cualquier otro grupo (art. 170-1 CP).

El artículo 170-1 CP tipifica las amenazas de un mal que constituya delito cuando éstas se dirijan a atemorizar "a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas"⁴⁰⁰. La nueva redacción es fruto de una modificación posterior a la aprobación del Código penal de 1995 que afectó, entre otros aspectos, a una reformulación de la definición del sujeto colectivo destinatario de la amenaza⁴⁰¹.

Esta figura delictiva se corresponde sólo parcialmente con el viejo artículo 496 bis del anterior Código penal de 1973 que hacía referencia a un tipo mixto de amenazas o coacciones con el **propósito de atemorizar** a los habitantes de una población. De conformidad con el Código penal de 1995 se agravaba la amenaza, no sólo cuando se dirigía a atemorizar a los habitantes de una población, sino,

⁴⁰⁰.- Artículo 170-1 Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

⁴⁰¹ .- La reforma fue llevada a cabo por **Ley Orgánica 2/1998. Modifica el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 143, 16 Junio 1998)** –a partir de ahora LO 2/1998-. Su alcance no se restringe a modificar el apartado primero del artículo 170 pues, además, incluye un segundo apartado en dicho artículo y otros apartados y modificaciones en los artículos 514 del CP y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para una visión de conjunto de esta ley véase, por todos, POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 23 ss.

también -y ahí comienza a reformularse la definición del sujeto colectivo destinatario- a algún **grupo étnico** o a un amplio grupo de personas⁴⁰².

Esta primera ampliación del espectro de colectivos a los que debe ir dirigida la amenaza no se encontraba prevista en un principio en el Proyecto de 1994 en los términos expuestos. Sí se aludía, además de a los habitantes de una población, a "un amplio grupo de personas" pero no expresamente al "grupo étnico"⁴⁰³. Será precisamente la aceptación parcial⁴⁰⁴ de la enmienda 1.125 del Grupo catalán (CIU) la que determinará, mediante su incorporación al "Informe de la ponencia"⁴⁰⁵, que el nuevo delito de amenazas presentara una mención expresa a dicho grupo étnico.

La motivación de la citada enmienda no deja lugar a dudas sobre cual es la intención del legislador. La incorporación del "grupo étnico" responde, así, a un afán de proteger a colectivos "que hoy se ven desprotegidos por las amenazas de grupos racistas"⁴⁰⁶. Con razón señala PRATS CANUT que el precepto responde a una línea político-criminal -presente en abundantes figuras delictivas del nuevo Código- según la cual deben entenderse como especialmente graves los comportamientos fundados en motivaciones racistas o xenófobas⁴⁰⁷.

Podría parecer, a la luz de la voluntad del legislador, que se quería orientar el precepto desde un sentido de tutela "antiterrorista" indiscriminado hacia una posible utilización como instrumento más específicamente antixenófobo. Ahora bien la letra de la ley desdice esa apariencia pues aunque subraya especialmente a un grupo protegido -el colectivo étnico- seguía manteniéndose una redacción genérica ("habitantes de una población" "amplio grupo de personas") que permitía su proyección sobre todo tipo de grupos con la única diferencia de que no se mencionaba expresamente su factor de identificación. Por tanto el precepto seguía teniendo una proyección general "antiterrorista" que, por otra parte, era uno de los aspectos que ya había comenzado a destacarse críticamente antes de la reforma por LO 2/1998: en concreto, por la excesiva cota de indeterminación que presentaba la incorporación, entre los colectivos destinatarios de la amenaza, tanto del "grupo étnico" como del "amplio grupo de personas"⁴⁰⁸.

⁴⁰².- Véase, por todos, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 875 (en el mismo sentido CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Parte especial*, pp. 191 y 192); JORGE BARREIRO, *Comentarios*, p. 489.

⁴⁰³.- Artículo 166. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1, p. 27.

⁴⁰⁴.- La citada enmienda pretendía la ampliación del supuesto de amenaza no sólo para el caso en que ésta se dirigiera a un grupo étnico sino, también, a una comunidad. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, p. 384.

⁴⁰⁵.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8, p. 460.

⁴⁰⁶.- Enmienda 1.125. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, p. 384.

⁴⁰⁷.- PRATS CANUT, *Comentarios*, p. 196.

⁴⁰⁸.- Véase, por ejemplo, COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial I*, pp. 133 y 134. El autor se refiere a una ampliación "demagógica"; también, PRATS CANUT, *Comentarios 1996*, p. 834.

Desde el punto de vista de su específica proyección antixenófoba debe destacarse que el legislador del Código penal de 1995 se alejaba en este supuesto de la práctica habitual en los tipos antidiscriminatorios de determinar un listado concreto de diferentes “causas” o “razones” (que, en realidad, determinaban los grupos protegidos) y hacía únicamente una referencia expresa y específica al “grupo étnico”, al que añadía una suerte de cláusula residual -excesivamente general- que, al aludir a un “amplio grupo de personas”, podía dar cabida a todo tipo de grupos o colectivos⁴⁰⁹. Parece, en definitiva, que el legislador, al igual que en otros preceptos, pensaba en un principio en conductas de tipo xenófobo pero que en este caso se olvidó de “homogeneizar” y transformar el tenor típico en aras de lograr una mayor “coherencia” con los supuestos del artículo 14 de la Constitución. Por ello queda plasmada de forma expresa la posibilidad de una tutela orientada más específicamente en sentido antixenófoba, pero no de forma exclusiva ni agotando el sentido más genérico de protección.

Abundando en la misma línea, debe subrayarse que el artículo 170 tampoco aludía exactamente a “razones” o “motivos” de racismo, xenofobia o discriminación sino que descansa sobre una “finalidad” de atemorizar a grupos (“antiterrorismo”) destacándose en la redacción el aspecto cuantitativo del colectivo y no el cualitativo: esto es, no es, en principio tan relevante el factor (cualitativo) de identificación del grupo, sino que basta con que la conducta de amenaza se proyecte sobre una pluralidad de personas. La excepción vendría a ser entonces la mención expresa al grupo étnico que, en realidad, no cumpliría más que la función “declarativo-simbólica” de señalar que tales grupos también son objeto de protección haciéndose así eco el legislador de la preocupación social con relación a conductas xenófobas. Con razón señalaba ya LAURENZO COPELLO el afán desmedido por expresar la desvaloración penal de los comportamientos lesivos de los derechos de las minorías al citarse expresamente al grupo “étnico” de forma, a la postre, supérflua, pues la mención genérica al “amplio grupo de personas” ya incluía a aquel⁴¹⁰.

La nueva regulación tras la LO 2/1998 apenas si modifica la situación en lo que se refiere al colectivo que ha de ser destinatario de la amenaza. En su “Exposición de Motivos” señala que se pretende una “ampliación del ámbito de personas protegidas **frente a las amenazas terroristas**” para lo cual se busca “detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto, especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente”⁴¹¹. A tal efecto la redacción vigente del artículo 170 se refiere a las amenazas dirigidas a atemorizar “**a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional o cualquier otro grupo de personas**”⁴¹². Lo cierto es, sin embargo, que la criticable cláusula final del precepto en su redacción anterior (que literalmente aludía a “un amplio grupo

⁴⁰⁹.- Como señalan PAZ RUBIO/COVIAN REGALES, *Código*, p. 2056, el legislador estaría pensando en las amenazas proferidas por tribus urbanas o grupos políticos radicales contra inmigrantes, minorías sexuales, étnicas, marginales, etc...En el mismo sentido, CARRETERO SANCHEZ, *El delito*, p. 2.

⁴¹⁰.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 229 (especialmente en su pie de página 14).

⁴¹¹.- LO 2/1998, Exposición de Motivos, apartado III c –subrayado nuestro-.

⁴¹².- 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”.

de personas”) era ya de tal generalidad que más que de una nueva <<ampliación>> con mayúsculas, debería hablarse de una nueva mera <<especificación>> declarativo-simbólica de algunos grupos ya antes recogidos de forma no expresa⁴¹³.

Quizás la única ampliación, como indica acertadamente POLAINO NAVARRETE, sea la posible reducción del número exigible de personas para que se despliegue la tutela frente a las amenazas al haberse suprimido de la cláusula genérica final la mención expresa a un <<amplio>> grupo⁴¹⁴. Por tanto la reforma de la LO 2/1998 añade aún si cabe mayor cota de indeterminación al precepto en términos de generalidad de la cláusula final.

Esta nueva referencia aún más genérica a los sujetos pasivos, al igual que ya sucedía con la formulación anterior del Código penal de 1995, dificultará, por otra parte, su aplicación efectiva. Problema, por cierto, presente en esta figura ya desde la versión del anterior Código penal de 1973. No debe olvidarse que el actual artículo 170 proviene del anterior tipo agravado mixto de amenazas y coacciones (art. 496 bis del anterior Código penal) introducido en el marco de la **legislación antiterrorista** y que ya fue objeto de una dura crítica doctrinal y nula aplicación jurisprudencial⁴¹⁵. Si tenemos en cuenta las nuevas dificultades de indeterminación de la versión actual cabe aventurar con COBOS GOMEZ DE LINARES que esta "conducta extravagante" y "peregrina" resultará de "cuasi imposible aplicación"⁴¹⁶.

Resulta sin embargo interesante el fundamento que la doctrina otorga a este tipo cualificado en cuanto que no se alude tanto a la reprochabilidad de los motivos del actuar de cara a justificar el incremento de pena, sino al mayor contenido de injusto. Así DIEZ RIPOLLES, acertadamente a nuestro juicio, sitúa el fundamento de este tipo agravado en un mayor desvalor de acción que se materializa al formular la amenaza de tal forma que se pretende la **extensión del sentimiento de temor entre un grupo significativo de individuos**⁴¹⁷. En sentido similar MUÑOZ CONDE alude al propósito terrorista⁴¹⁸ y CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC reconocen que con la nueva redacción típica puede buscarse el fundamento en la creación de terror en amplios grupos de personas y en el elevado número de afectados⁴¹⁹. También POLAINO NAVARRETE entiende que la finalidad de atemorizar a una colectividad de personas constituye la piedra de toque de la agravación⁴²⁰.

⁴¹³.- Hablan básicamente de "especificación" PRATS CANUT, *Comentarios*, pp. 196 y 197; POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 26.

⁴¹⁴.- POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 26.

⁴¹⁵.- Véase, por todos, DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 806.

⁴¹⁶.- COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial I*, pp. 133 y 134. Sorprende, desde la perspectiva expuesta, la valoración positiva del nuevo precepto y, en especial, de su ampliación al grupo étnico, que realiza CARRETERO SANCHEZ, *El delito*, p. 2. Según el autor se trata de un instrumento válido para hacer frente a la proliferación de ataques racistas, homófobos, a drogadictos, marginados...En cualquier caso, el autor condiciona la eventualidad de alcanzar el fin a que el precepto se dirige, a su efectiva aplicación.

⁴¹⁷.- DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 806 (subrayado nuestro).

⁴¹⁸.- MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 161, que debe complementarse con la atención a la probabilidad objetiva de que las amenazas puedan realizarse ("gravedad necesaria").

⁴¹⁹.- CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, pp. 170 y 171 (en el mismo sentido CARBONELL

Al margen, en consecuencia, de los problemas de indeterminación y consiguiente dificultad de cara a la efectiva aplicación del precepto, sí debe llamarse la atención sobre el hecho de que el legislador, aunque de forma innecesaria y confusa⁴²¹, <<pretende>> incardinar una regulación antixenófoba y antidiscriminatoria⁴²² en un ámbito -el de las amenazas- en el que resulta más fácil comprender e identificar el contenido de injusto ínsito en las manifestaciones del fenómeno xenófobo y discriminatorio que deben encontrar una respuesta en sede penal. Por ello entendemos acertada la fundamentación que la doctrina empieza a esbozar y que se focaliza más en la repercusión "objetiva" de la conducta, en su idoneidad para extender el sentimiento de inseguridad (mayor contenido de injusto), que en argumentos de reprochabilidad de la motivación (mayor culpabilidad).

Ahora bien, desde este punto de vista, se dificulta la delimitación precisa entre esta figura y el delito de provocación del artículo 510 CP y, por otro lado, se hace explícita la confusión y mezcla de los preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios con los de lucha "específicamente"⁴²³ antiterrorista. Fijémonos en ambos aspectos de forma algo más detenida.

a.1. La delimitación entre el delito de "amenaza colectiva" (art. 170) y el delito de "provocación" (art. 510): amenaza "directa" e "indirecta".

Parece que ambas figuras se dirigen a tutelar a determinados colectivos frente a mensajes amenazadores idóneos para conmovir su sentimiento de seguridad existencial. Debemos recordar a tal respecto que en nuestra propuesta interpretativa de delito de provocación resultaba determinante el denominado "efecto amenaza" que debería poder colegirse de las conductas de incitación al odio, discriminación o violencia. Criterio que servía, a la postre, como instrumento que posibilitaba una interpretación restrictiva por cuanto se plasmaba en una exigencia de gravedad de las conductas incitadoras que permitía expulsar del ámbito de prohibición de la norma un conjunto amplio de comportamientos provocadores que no podían, sin embargo, ser equiparados a efectos normativos a

MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Parte especial*, p. 192).

⁴²⁰.- Finalidad que constituiría un elemento subjetivo del injusto. POLAINO NAVARRETE, *Curso*, pp. 252 y 253 y, en el mismo sentido, DEL MISMO, *Addenda*, p. 27.

⁴²¹.- **Innecesaria** por cuanto la mención expresa a grupos de la órbita de protección antixenófoba y antidiscriminatoria no era precisa por verse ya recogida –como venimos insistiendo- en la amplia cláusula general del precepto. Y **confusa** ya que alberga el riesgo de desfigurar y ocultar la verdadera orientación "antiterrorista" indiscriminada de este precepto sobre la que *infra* apartado 3.2.2.a.2. habrá de insistirse.

⁴²².- Hablamos de "pretensión" por cuanto es dudoso, como ahora se aclarará, que estemos ante un precepto "específicamente" ni antixenófobo ni antidiscriminatorio por más que algunas conductas de amenaza colectiva con dicha orientación integren también –aunque no en exclusiva- el tipo. Con otras palabras, es un precepto dirigido contra amenazas colectivas de orientación "antiterrorista" general una de cuyas modalidades puede ser la amenaza colectiva con tintes racistas, xenófobos o discriminatorios. Véase *infra* apartado 3.2.2.a.2.

⁴²³.- Convenimos con POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, pp. 25 y 27, en la crítica a la confusión e incoherencia del legislador que alude a la "violencia callejera" como nueva forma de terrorismo frente a la que deben entenderse el conjunto de reformas que se aprueban en la LO 2/1998 y que, sin embargo, las incardina sistemáticamente al margen de los delitos específicos contra el terrorismo (en el caso que nos ocupa entre los delitos de amenazas).

una amenaza seria y grave de delitos idónea para conmover la seguridad existencial del grupo especialmente vulnerable.

En el artículo 170 se hace referencia, en la misma línea, a amenazas de delitos subrayándose en el propio tenor literal que deben dirigirse a atemorizar al colectivo correspondiente y presentar “la gravedad necesaria para conseguirlo”. Esta mención expresa a la “gravedad necesaria”, aunque supérflua e innecesaria⁴²⁴, no hace sino poner de manifiesto precisamente la necesidad de que la conducta sea idónea para lograr el efecto intimidatorio haciéndose así más patente el paralelismo entre esta figura delictiva y el delito de provocación del artículo 510.

La diferencia entre ambas debería situarse, pues, a mi juicio, no tanto en el sentido básico de tutela sino, en un primer momento, en la **modalidad de ataque** que representa. El artículo 170-1, al igual que el delito de provocación, hace en efecto referencia a una amenaza colectiva, pero **directa** y de un mal **constitutivo de delito** según la relación de conductas criminales que recoge el artículo 169⁴²⁵. La peculiaridad, por contraste, del artículo 510 resulta ser entonces que las conductas de provocación pueden llegar a ser “equivalentes normativamente a una amenaza colectiva directa de delitos graves” pero tal “equivalencia” depende esencialmente de un contexto de crisis que añade y conecta a la conducta intimidatoria **indirecta y genérica** rasgos de concreción y gravedad tal que a efectos del colectivo de referencia despliega los mismos efectos perturbadores que una amenaza colectiva directa de delitos. Piénsese en la quema de una cruz delante de un determinado bloque de viviendas en los Estados Unidos o en la pintada de una esvástica y eslóganes racistas en Alemania, precisamente en la puerta de una vivienda propiedad de personas de raza negra y todo ello en un clima general de episodios habituales de violencia grave –palizas, homicidios, quema de viviendas...- contra grupos minoritarios por parte de miembros de estructuras organizadas como neonazis, *Ku Klux Klan*, etc. El autor no “amenaza directamente” de muerte pero el contexto puede transmitir a una mera conducta “simbólica”, genérica, no necesariamente grave, una fuerza de coacción tal que, siguiendo con el ejemplo, resulte simplemente insoportable normativamente para el conjunto de personas de color que, aunque saben que matar, lesionar, etcétera, está prohibido según las leyes penales, en las circunstancias concretas no pueden ya confiar en que se vayan a evitar dichos delitos contra ellos pues

⁴²⁴ .- Véase, DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 807 y PRATS CANUT, *Comentarios*, p. 196.

⁴²⁵ .- Que recoge un elenco muy prolijo de modalidades delictivas que deben constituir el mal que fundamente la amenaza al enumerar delitos relativos a bienes personales del sujeto como “homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor” pero, también, el “patrimonio y el orden socioeconómico”. Este amplísimo cuadro de comportamientos delictivos, sobre todo por lo que se refiere a la delincuencia socioeconómica, supera en principio una configuración del objeto de tutela que se cifrara –tal y como se hacía en el delito de provocación del artículo 510- en torno a la seguridad <<existencial>> pero, por otra parte, no contempla algunos bienes jurídicos que sí se podrían situar en ese nivel (por ejemplo, con relación a algunas figuras de manipulación genética o de los delitos contra las relaciones familiares...). Ello podría crear contradicciones valorativas, sobre las que enseguida habremos de volver (como que se acabe castigando más duramente –art. 170- amenazas menos graves por no afectar a la seguridad <<existencial>>, sino a la seguridad en general), lo que, a mi juicio, debería obligar a una interpretación restrictiva a la hora de su traslado al artículo 170 corrigiendo posibles irregularidades a través de una consecuente exigencia de que la amenaza presente un nivel de gravedad suficiente (“**idoneidad intimidatoria**”) para que se justifique un castigo algo más severo que el del artículo 510. Para una crítica de dicha enumeración de delitos en el contexto exclusivo de las figuras de amenazas véase, por todos, DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 788 (especialmente su pie de página 52).

se ven sometidos a una elevación del riesgo normal por su adscripción a un grupo especialmente vulnerable⁴²⁶.

No resulta, por tanto, tan relevante el hecho de que, formalmente, pudiera situarse la diferencia entre ambas figuras a partir de que el artículo 170 hace referencia a una amenaza –directa- de un mal **constitutivo de delito** mientras que el delito de provocación, según su tenor literal y la interpretación que sugerimos, no tiene por qué entenderse como una provocación a delitos concretos según el artículo 18 CP⁴²⁷ y prohibiría, entonces, conductas de amenaza colectiva –indirectas- y **no constitutivas de delito**. Y ello porque, debe insistirse en ello, las graves penas del delito de provocación exigen una interpretación restrictiva que pasa por buscar las condiciones en que se pueda dar una equivalencia entre conductas de amenaza colectiva genéricas y no constitutivas de delito y la conducta de amenaza grave de un mal delictivo. El delito de provocación castigaría así conductas de amenaza genérica que **excepcionalmente** son tan graves como una amenaza directa de delitos⁴²⁸.

Debe, con todo, reconocerse que la necesidad de diferenciar según el grado de concreción entre la figura del “delito de amenaza colectiva **directa**” y el delito de provocación –como amenaza colectiva **indirecta**- viene impuesta por el diseño legislativo –impregnado, como enseguida veremos, de un contexto excesivamente politizado y de graves deficiencias técnicas- que ha situado en lugares sistemáticos tan diferenciados figuras tan similares y que de *lege ferenda* deberían unificarse –con las debidas modificaciones- en un solo precepto si es que finalmente se quisiera mantener una prohibición de tales características⁴²⁹.

Por otra parte, se trata de una diferenciación que se va a encontrar en el plano de la práctica con la dificultad de que se vayan a producir conductas de amenaza directa sobre colectivos. Resulta difícil de imaginar, habida cuenta de que el destinatario de la amenaza debe ser una pluralidad de personas, una manifestación intimidatoria tan burda como la amenaza directa de comisión de delitos. MUÑOZ CONDE alude a comportamientos como <<vamos a quemar a todos los negros, a los de este pueblo, o la sinagoga, o la mezquita, o la Iglesia, etc.>>⁴³⁰ lo que enlaza con el sentido de protección que aquí se propone pero que, sin embargo, desde un punto de vista práctico, se trata de manifestaciones ilustrativas pero alejadas de la práctica forense que, probablemente, deberá de enfrentarse en este ámbito de conductas con amenazas colectivas indirectas y soflamas provocadoras más “sofisticadas” propias del artículo 510 CP. Ello explicaría en parte que este precepto o sus

⁴²⁶ .- Véase, más extensamente, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 341 ss. y 319 ss.

⁴²⁷ .- Véase el estado de la cuestión y mi propuesta en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 223 ss.

⁴²⁸ .- Por ello debe convenirse con PRATS CANUT, *Comentarios*, p. 195, en que efectivamente las amenazas colectivas no constitutivas de delitos son menos graves y que resulta “difícil” imaginar que puedan operar con eficacia intimidatoria para grupos de personas (entrecomillado nuestro). Difícil, excepcional, como excepcional resultará el “contexto de crisis” que en nuestra propuesta permite la equiparación normativa entre la amenaza colectiva indirecta no constitutiva de delito del artículo 510 con una amenaza colectiva directa de delitos graves (art. 170).

⁴²⁹ .- Ya me pronuncié en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 373 (especialmente su pie de página 409) sobre la conveniencia de reflexionar sobre la ubicación sistemática del delito de provocación si se parte del presupuesto de que es necesario tal precepto y si se configurara en el sentido que expongo (p. 366 ss.). En tal caso la alternativa sería ubicarlo entre los delitos de amenazas como versión colectiva de los mismos o junto al delito de genocidio.

⁴³⁰ .- MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 161.

antecedentes, como ya hemos indicado, hayan resultado letra muerta y no pueda contarse hasta la fecha con ninguna aplicación jurisprudencial.

El artículo 170 abarcaría teóricamente tanto amenazas condicionales como incondicionales pero es desde estas últimas desde las que cabe una contemplación más precisa y armónica de la relación que de *lege lata* debería establecerse entre este precepto y el delito de provocación del artículo 510⁴³¹. Además, al margen de las dificultades de aplicación del conjunto del precepto, como señala MUÑOZ CONDE, parece que la agravación del artículo 170 se dirige al castigo de supuestos que “normalmente” constituyen una amenaza no condicional⁴³². Pues bien, en la medida en que a la dinámica comisiva del delito de provocación (“amenaza colectiva indirecta”) resulta ajena la posibilidad de tomar en cuenta una amenaza condicional, la frontera entre ambas deberá situarse en el plano de la **amenaza incondicional** y como ya hemos indicado según el grado mayor o menor de concreción de ésta: esto es, reservando para el ámbito punible del artículo 170 las amenazas incondicionales de un mal constitutivo de delito “directas” e incluyendo las “indirectas” en el delito de provocación.

La comparación de las penas abstractas en juego se compadece, no sin algunas dificultades, con la interpretación sugerida por cuanto el artículo 170, al elevar en un grado la pena de las amenazas incondicionales, situaría el castigo entre 2 y 3 años de prisión, mientras que el artículo 510 prevé una pena de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses. Desde el punto de vista del límite inferior de ambas penas la del artículo 170 es más dura, lo que dibujaría una progresión de menor a mayor castigo en función de que la amenaza colectiva sea indirecta, implícita (art. 510) o directa, explícita (art. 170). La dificultad de una separación nítida entre ambos tipos de amenazas (“directa”/“indirecta”) por la necesidad, en cualquier caso, de tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y por la dificultad inherente a este tipo de comportamientos de dependencia extrema del contexto, justificaría a su vez que se produzca una suerte de “banda secante” en la que, según el grado de idoneidad intimidatoria y gravedad de la conducta, podría llegar a castigarse más duramente, según el caso concreto, una amenaza colectiva indirecta que una directa

Lo que, sin embargo, ofrece, a mi juicio, un problema de difícil superación, es el hecho de que en el límite máximo se prevea en abstracto que se castigue de forma algo más grave la amenaza colectiva “indirecta” (3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) frente a la “directa” (<<sólo>> 3 años de prisión, esto es, sin multa). Contradicción que quizás tenga su explicación en que ni el legislador del Código penal de 1995, ni el de la LO 2/1998, parece que tuvieron en cuenta las posibilidades de una eventual aplicación concurrente del delito de provocación y, menos aún, que intentaran una configuración atenta a problemas de delimitación sistemática con aquella. Pero esta consideración nos lleva al problema de la “lógica antiterrorista” que subyace a esta regulación desde la que, además, se podrán iluminar otras diferencias entre ambas figuras.

⁴³¹ - Supera las pretensiones de esta contribución tomar postura en torno a cómo debe configurarse la propuesta interpretativa de bien jurídico en los delitos de amenazas. Con todo, debe subrayarse que también desde la perspectiva de las amenazas incondicionales es a partir de donde cabría concitar un mayor consenso en la similitud del objeto de tutela en ambas figuras ya que es precisamente en dicha clase de amenazas (incondicionales) donde más se destaca el sentimiento de seguridad o la seguridad como bien jurídico protegido, bien que con multitud de matices habida cuenta de que en absoluto es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Una exposición de conjunto, por todos, en DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 778 ss.

⁴³² - MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 161.

a.2. La confusión y solapamiento de la “lógica antidiscriminatoria” y la “lógica antiterrorista”.

La extensa Exposición de Motivos de la LO 2/1998 manifiesta con claridad desde el principio la voluntad del legislador de combatir la “violencia callejera” y da por supuesta la enorme gravedad del fenómeno al que no deja de tildar de “nueva forma de terrorismo”⁴³³. Sin embargo, como acertadamente señala POLAINO NAVARRETE, se cae en la flagrante contradicción de asumir que no resultan aplicables los delitos de terrorismo dirigiendo la reforma sistemáticamente a los delitos de amenazas como si se manejaran –sin aclararlo expresamente– dos conceptos diferentes de terrorismo, uno de “alta” y otro de “baja” intensidad⁴³⁴.

Ya señalábamos con anterioridad que el acudir en este contexto al delito de amenazas del artículo 170 enlaza con su antecedente –el tipo agravado mixto de amenazas y coacciones del artículo 496 bis del Código Penal de 1973– que se introdujo también en el marco de la legislación antiterrorista en 1978 y que había resultado inaplicable y blanco de una dura crítica doctrinal⁴³⁵. Lo que en realidad había resultado “extraño” al precepto fue que al hilo de la discusión del Código penal de 1995 se le hubiese pretendido dar un sesgo de tutela específica antirracista. Ello motivó la expresa mención del grupo étnico entre los colectivos típicamente destinatarios de las amenazas que, sin embargo, no suponía una exclusiva orientación de tutela en clave de protección antixenófoba o antidiscriminatoria. Por el contrario, tal mención específica puede tildarse de auténtico ejercicio de despliegue del instrumento penal en busca de efectos puramente simbólicos pues resultaba superflua.

La especificación de grupos que lleva a cabo la LO 2/1998 tampoco sigue el modelo descriptivo de los preceptos antidiscriminatorios por cuanto se hace referencia a los grupos étnicos y religiosos pero también culturales y a colectivos sociales o profesionales con el añadido de una cláusula general que hace ociosa esa relación: “cualquier otro grupo de personas”. Este dato aleja al precepto de la configuración legislativa de los preceptos antidiscriminatorios y de su lógica de “homogeneización” que, por otra parte, supera por su general proyección sobre grupos que pueden

⁴³³ .- El legislador hace hincapié, a mi juicio de forma desproporcionada y criticable, en **consideraciones estrictamente políticas** dentro del texto de la Exposición de Motivos y particularmente en punto a hacer aparecer la reforma como fruto de un amplio consenso político. Hincapié que no se ve debidamente compensado por una exposición más rigurosa de argumentaciones jurídicas y materiales sobre los fundamentos, oportunidad y alcance de la reforma. Se da por supuesto, por ejemplo: que se trata de una “nueva forma de terrorismo”, que es extraordinariamente grave, que así lo atestiguan “los más diversos foros de reflexión y debate político y social”, que no resultan aplicables las previsiones legales relativas a delitos de terrorismo... (apartados I y II); sin que, sin embargo, se haga suficiente esfuerzo por concretar a qué se refiere exactamente cuando se habla de “violencia callejera” y de “conductas de intimidación” de grupos violentos o su “entorno”. Sobran declaraciones asertivas y grandilocuentes propias del registro lingüístico más puramente político y falta concreción sobre las constelaciones de casos sobre los que exactamente se quiere incidir y que de haberse explicitado habrían podido quizá ofrecer un criterio orientativo para la interpretación de los tipos.

⁴³⁴ .- POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, pp. 25 y 27.

⁴³⁵ .- DIEZ RIPOLLES, *Comentarios*, p. 806.

ser objeto de prácticas xenófobas o discriminatorias, pero también sobre cualquier clase de grupos sea cual sea el factor de identificación de los mismos.

En coherencia con lo expuesto la nueva reforma de la LO 2/1998 en ningún momento hace mención a una eventual vocación antixenófoba o antidiscriminatoria, por lo que tanto la voluntad del legislador como la configuración literal de la ley parecen confirmar, ahora de forma más evidente que en la redacción original del Código vigente, el sesgo más propiamente “antiterrorista” genérico: esto es, de prevención de conductas de amenaza directa dirigidas a atemorizar a grupos.

Podría hablarse así, desde nuestra perspectiva de estudio, de una suerte de delito de **“terrorismo racista, xenófobo y discriminatorio”** con la particularidad de que no se trata de un precepto exclusivamente dirigido contra ese fenómeno, sino que es susceptible de poderse proyectar –incluso ese sería el núcleo principal de conductas para las que estaría pensado⁴³⁶- contra cualquier amenaza colectiva al margen de su “motivación” o proyección intersubjetiva en clave étnica, ideológica, sexual, etcétera . Con otras palabras, si es el propósito “terrorista” –de atemorizar- a todo un colectivo lo que caracteriza al precepto y es suficiente, de concurrir los restantes elementos típicos, para que la conducta sea punible ¿qué función cabe asignar al específico sesgo xenófobo o discriminatorio en el caso de que éste acompañe al amedrentamiento colectivo?

A mi juicio, ninguna, y vamos llegando al núcleo del problema, ya que la lógica antiterrorista supera y absorbe el desvalor propio de la orientación xenófoba o discriminatoria de la conducta por lo que ésta deja de ser relevante a la hora de determinar qué conductas integran el tipo. La contemplación del precepto del artículo 170 desde la perspectiva de su virtualidad antixenófoba y antidiscriminatoria puede resultar, por tanto, engañosa si se llega a interpretar que es precisamente el componente de rechazo de colectivos minoritarios en la línea de defensa de la tutela antidiscriminatoria el que debe constituir el núcleo del injusto. Sin duda el delito de amenazas colectivas puede encontrar aplicación frente a ataques contra grupos definidos por su etnia, religión, ideología, etcétera, pero, según entiendo, ésta no vendría a ser más que una de las posibles constelaciones de casos de suerte que ataques colectivos intimidatorios al margen de una orientación xenófoba y discriminatoria también pueden resultar igualmente típicos si son idóneos para atemorizar al grupo en cuestión.

Lo expuesto en absoluto puede ser entendido como una invitación a explorar las posibilidades de que, ante una amenaza colectiva directa contra un grupo que **además** revele, intersubjetivamente, una orientación específicamente xenófoba o discriminatoria, se deba aplicar **también** la agravante de “racismo” o el delito de provocación del artículo 510. Debe tenerse en cuenta que en el artículo 170 se castiga, permítaseme la expresión, el “efecto amenaza” contra cualquier grupo de suerte que constituiría un flagrante *bis in idem* agravar o pretender una relación concursal con preceptos que exigen precisamente un particular “efecto amenaza”.

Desde esta perspectiva, pues, también cabe insistir en otra diferencia entre el delito de provocación y la figura que nos ocupa: mientras que en artículo 510 la prohibición se refiere a una efecto amenaza “indirecto” **restringido a un espectro de grupos “especialmente sensibles”**, en

⁴³⁶ .- SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 165, afirma que este precepto está dirigido especialmente a las amenazas llevadas a cabo por grupos terroristas.

el artículo 170 estaríamos ante un efecto amenaza “directo” pero con una proyección general teórica **contra todo tipo de grupos**. Esto determina que quepa un conjunto de constelaciones de casos “secantes” en los que haya que intentar diferenciar entre amenazas directas o indirectas sobre dichos grupos vulnerables lo que no debería, sin embargo, oscurecer la posibilidad de que también haya amenazas directas –que no indirectas del artículo 510- contra otra clase de grupos no tan vulnerables⁴³⁷.

a.3. A modo de recapitulación y consideraciones de *lege ferenda*.

La figura del artículo 170 puede llegar a ser instrumentalizada como precepto antixenóforo o antidiscriminatorio sólo en el entendido de que su proyección general “antiterrorista”, esto es, de prevención de amenazas dirigidas a atemorizar a grupos, también puede incluir conductas intimidatorias contra grupos étnicos o tradicionalmente objeto de discriminación como una modalidad de aquéllas. En tal caso el sesgo específicamente xenóforo o discriminatorio de la conducta amenazante queda absorbido y “confundido” en su orientación “terrorista” como una modalidad de aquél. Sin embargo se trata de un precepto **no exclusiva ni específicamente** antixenóforo o antidiscriminatorio que puede desplegar su eficacia al margen del factor cualitativo de identificación del colectivo con base en el dato puramente cuantitativo de que se trata, sin más, de una pluralidad de personas. Por tanto su ámbito de proyección es más genérico que el del delito de provocación por cuanto que se orienta a todo tipo de grupos y no sólo a aquellos que presenten un alto nivel de vulnerabilidad (“grupos sensibles”).

Ahora bien, cuando coincide que el grupo contra el que se dirige la amenaza es un grupo especialmente vulnerable en la línea de tutela de los preceptos antixenóforos y antidiscriminatorios, la diferencia más evidente entre ambas se sitúa en la modalidad de ataque según que la amenaza, por lo general incondicional, sea más o menos implícita: esto es, según que se trate de una amenaza “directa” (art. 170) o “indirecta” (510).

Con todo, debe reconocerse que la dinámica comisiva propia de las conductas de amenaza dificulta en extremo la practicabilidad de las diferencias expuestas ya que la “idoneidad” de la amenaza para intimidar y aterrorizar depende del grupo destinatario y del contexto, de suerte que precisamente los grupos vulnerables serán los que más necesitarán de tutela y los que con más alta probabilidad serán objeto de este tipo de conductas. Por tanto deberá ser a partir de la exigencia de idoneidad desde donde se deba intentar coordinar sistemáticamente las conductas de amenaza directa e indirecta sobre estos “grupos sensibles” para evitar que conductas de mayor gravedad y potencial intimidatorio por su carácter de “amenaza directa” acaben por castigarse de forma más benigna (artículo 170 en su límite máximo: 3 años de prisión) que las “indirectas” (art. 510 en su límite máximo: 3 años de prisión y multa). Se trata con todo de una dificultad agravada por el hecho de que el legislador no fue capaz de prever la coincidencia parcial entre ambas figuras y confundió,

⁴³⁷ .- Diferenciación que en cualquier caso debe relativizarse pues la “idoneidad” de la conducta intimidatoria para aterrorizar dependerá –cómo no- de forma muy significativa de la “vulnerabilidad” del grupo, de suerte que será más probable que concurra la idoneidad en aquellos casos relativos a grupos propios del ámbito de tutela del delito de provocación del artículo 510.

en aras de la consecución de efectos simbólicos y declarativos, el sentido de tutela “antiterrorista” con el “antixenóforo” y “antidiscriminatorio”.

Las consideraciones expuestas debería prevenir, tal y como ya lo señalábamos respecto de la agravante⁴³⁸, de interpretaciones que pretendan “acumular” ambas “lógicas” para acabar castigando de forma más grave conductas “terroristas” –cualquiera que sea su “intensidad”- por su orientación antidiscriminatoria. Pero a la vez revela la proximidad de ambas líneas de intervención que se caracterizan por pretender combatir fenómenos de clara impregnación ideológica mediante adelantamientos excesivos de las barreras punitivas que sitúan la intervención penal en la órbita de un **derecho de excepción**⁴³⁹. Esta proximidad debería por consiguiente ser siempre tenida en cuenta no sólo con relación a la complicada interpretación del artículo 170 o de la agravante genérica, sino como un **riesgo permanente, <<estructural>>**, de posible infiltración en la configuración e interpretación de los instrumentos penales antixenófobos y antidiscriminatorios de aspiraciones de represión puramente ideológica y de cercenamiento inaceptable de derechos y libertades fundamentales de la persona.

De *lege ferenda* nos pronunciamos, por todo lo expuesto, por una descriminalización de las conductas reguladas en el artículo 170⁴⁴⁰ y, en cualquier caso, por una desaparición de la duplicidad regulativa de un delito de amenazas colectivas “antiterrorista” y un delito de “provocación”(art. 510). El hecho de que, a diferencia del artículo 510, se recoja en el precepto a estudio conductas tan peregrinas como una eventual amenaza colectiva directa <<condicional>>⁴⁴¹ o conductas de amenaza directa incondicional contra grupos -especialmente vulnerables o no- no justifica una

⁴³⁸ .- Véase *supra* apartado 3.2.1.b.2.

⁴³⁹ .- Reflejo de ello sería también el segundo párrafo del artículo 170 que aspira, según la propia Exposición de Motivos de la LO 2/1998, nada menos que a “cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología” consistente en “comportamientos genéricos de intimidación”. Esto es, comportamientos de intimidación que no encajan en el apartado primero de amenazas colectivas pero que presentan la misma finalidad, esto es, aterrorizar al colectivo, y gravedad y que, sin embargo, se castigarán únicamente con arresto de fin semana o multa. Limitaciones del objeto de estudio impide que nos podamos detener en este apartado pero, si ya el apartado primero supone un notable adelantamiento al permitir la intervención frente a amenazas directas pero de sujeto pasivo indeterminado, el castigo de la reclamación pública de la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas adelanta todavía más las barreras y, por otra parte, se castiga, paradójicamente, de forma mucho más liviana a pesar de exigirse similar gravedad.

⁴⁴⁰ .- También BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 149 s., califica de supérflua la regulación pero por razones distintas al entender que hubiera bastado para estos supuestos con aplicar la agravante genérica del artículo 22-4º al delito común de amenazas.

⁴⁴¹ .- Podría pensarse, por ejemplo, en situaciones extremas en las que un determinado grupo mafioso domina poblaciones o espacios geográficos de suerte que una amenaza de delitos graves dirigida a amplios grupos de población podría utilizarse como vía de recaudación de fondos (amenaza “condicional”). Pero para que la amenaza “directa” y “colectiva” pueda resultar “idónea” se presupone un estado de descomposición de la autoridad del Estado sobre el territorio concreto y una situación de impunidad tal del sujeto que profiere la amenaza que la hace, al menos hoy por hoy, impensable en una sociedad occidental con un cierto grado de desarrollo. Cuestión distinta sería, sin embargo, que amenazas “relativamente genéricas” en cuanto dirigidas a “colectivos” se plasmen en la dinámica comisiva como auténticos delitos de amenazas directas sobre sujetos perfectamente identificables, aunque pertenecientes a un colectivo, por ejemplo, profesional (empresarios...). Pero en tal caso ya no estamos frente a amenazas “colectivas” sino individuales, perfectamente reconducibles a los delitos contra la libertad.

regulación autónoma –y menos con la generalidad de los términos del artículo 170- pues tales casos son difíciles de imaginar precisamente porque las dinámicas comisivas más plausibles a que se apunta son las de amenazas implícitas, “indirectas”, en la órbita de tutela del delito de provocación. Y en éste deja de tener relevancia que la conducta intimidatoria sea condicional o incondicional y es precisamente el contexto y la vulnerabilidad del grupo la que determinará que la conducta sea idónea para conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo.

b. El tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos relativo a datos de carácter personal (art. 197-5º).

El nuevo artículo 197-5º del Código penal vigente 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, 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."

Si atendemos a la génesis legislativa del precepto, su incorporación al Código se debe a una enmienda transaccional, <<*in voce*>>, que el propio legislador socialista propuso en la Comisión del Congreso. Según dicho texto transaccional se persigue establecer una cualificación de pena cuando los datos que se manipulen, a los que se acceda, se difundan o cedan a terceros...sean datos de carácter personal de los denominados "sensibles". El legislador, de forma expresa, parte de la anterior LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (a partir de ahora LORTAD) y concretamente de la regulación de su artículo 7⁴⁴², que se ocupaba de los datos que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual⁴⁴³.

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*"⁴⁴⁴, 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 reforzado⁴⁴⁵.

⁴⁴².- Actual artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (a partir de ahora LO 15/1999).

⁴⁴³.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Comisiones*, Núm. 510, pp. 15500 y 15501.

⁴⁴⁴.- Véase, por todos, MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 351; DEL MISMO, *Los delitos*, p. 264 ss.

⁴⁴⁵.- El texto punitivo se acomoda en definitiva a la Ley de Protección de Datos y a la propia Constitución. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 1004. En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos*, p. 3. 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.

Por otra parte, el precepto también hace referencia a que la víctima fuera un menor de edad o un incapaz, por lo que se asigna a este tipo agravado un doble fundamento: el ya indicado de protección reforzada del núcleo duro de la *privacy* y, por otro lado, la especial situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo⁴⁴⁶.

A la luz de su génesis legislativa y de la interpretación que la doctrina indica respecto del fundamento de la agravación, parece evidente que este precepto sigue la lógica propia de la regulación específica sobre el tratamiento de datos de la actual Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal. Con otras palabras, el punto de partida del legislador para tipificar la conducta se encuentra en la previa regulación extrapenal y no viene inspirada en la lógica "antidiscriminatoria" que detectábamos en preceptos como, por ejemplo, los de denegación discriminatoria de prestación (artículos 511 y 512) o la agravante genérica (artículo 22-4º), etc. Por ello las causas de referencia utilizadas por el tenor típico para referirse a los "datos sensibles" (ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual) no coinciden con los listados de otros preceptos antidiscriminatorios y se sustraen a la lógica de "homogeneización" y "coherencia" respecto del principio de igualdad del artículo 14 constitucional.

Ahora bien, que la génesis legislativa demuestre que el legislador aborda esta agravación específica a partir de la lógica del campo específico de regulación y no desde la lógica propiamente "antidiscriminatoria", no quiere decir, como acertadamente destaca LAURENZO COPELLO, que dicha agravante nada tenga que ver con la discriminación⁴⁴⁷. Simplemente se pretende subrayar que el legislador no ha sido consciente de este extremo a diferencia de su actuación respecto de las figuras correspondientes al delito de provocación (artículo 510) y algunas figuras relacionadas (artículos 314, 511, 512, 515-5º, 607-2º), así como respecto de la agravante genérica (artículos 22-4º). Este tipo agravado, en definitiva, presenta una redacción típica que puede responder **–aunque no necesariamente–** a comportamientos xenófobos o discriminatorios pero acusa en su formulación una falta de homogeneidad que revela una actuación legiferante carente de perspectiva global sobre la eventual regulación efectivamente antidiscriminatoria que se estaba llevando a cabo y que entronca, desde este punto de vista, con la falta de homogeneidad y "lógica particular" de la que también nos hacíamos eco en el tipo agravado de amenazas.

En un sentido diferente se manifiesta, sin embargo, BERNAL DEL CASTILLO quien manifiesta que la especial cualidad de los datos a que se refiere el precepto determinarían un mayor desvalor de resultado con relación al bien jurídico intimidad como fundamento de la agravación. Por ello asegura que la relación de esta prohibición con el derecho a la no discriminación debería de establecerse a través de la aplicación de la agravante del artículo 22-4º precisamente cuando la difusión de los datos sea por razón discriminatoria. Como alternativa a la aplicación de la agravante tampoco descarta que se pueda producir un concurso, a resolver conforme al artículo 77 CP, entre el tipo agravado del artículo 197-5º y algún otro de los delitos "discriminatorios" (artículos 510, 314...)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶.- 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.

⁴⁴⁷.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 287 y 288 (especialmente su pie de página 131). Véase, también, COBOS GOMEZ DE LINARES, *Parte especial II*, p. 33, quien alude en la explicación de la agravación a la discriminación.

⁴⁴⁸ .- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 150 s.

Una tal interpretación, sin embargo, hubiera debido llevar al autor a no considerar esta previsión como específicamente “antidiscriminatoria” por más que su inclusión en este conjunto normativo se vea matizada por la calificación del precepto como uno de los que despliega una tutela “indirecta” y su agrupación junto al delito de amenaza colectiva del artículo 170 como “figuras delictivas, de naturaleza muy diferente, en las que resulta posible encontrar una conexión con el derecho a la no discriminación”⁴⁴⁹. Ya que, en realidad, viene a asegurar que cuando se afecte al derecho a la discriminación se debe acudir a la agravante genérica que sería la que absorbería en su valoración el sesgo discriminatorio del comportamiento. Pero éste es el mismo proceder que habrá de seguirse, al menos teóricamente, con todos los delitos de la Parte especial por cuanto la agravante no se limita en sus términos literales a ninguna clase de delitos en particular.

Con todo, no le falta en cierto sentido razón al autor cuando concluye materialmente que el artículo 197-5 no agrava con base en la orientación discriminatoria de la conducta. Ya señalaba LAURENZO COPELLO que dentro del tipo agravado había que distinguir entre los casos de acceso ilícito a la intimidad sobre la esfera más sensible de la misma (datos relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual) y el acceso ilícito cuando la víctima fuere un menor de edad o un incapaz. En este último supuesto convenimos con la autora citada en que no cabe relacionar el fundamento de la cualificación de pena con una afección producida en el marco de actuaciones discriminatorias⁴⁵⁰. Se trata en efecto, siguiendo a MORALES PRATS, de accesos ilícitos a la intimidad más graves porque afectan a sujetos particularmente desvalidos y vulnerables sobre los que existe consenso en la necesidad de una tutela reforzada frente a los sofisticados medios de control de la sociedad moderna⁴⁵¹.

Pero respecto de los otros supuestos de acceso ilícito a la esfera sensible de la intimidad resulta mucho más discutible sostener que la agravación nada tiene que ver con una potencial funcionalidad de la conducta con la discriminación sistemática del grupo correspondiente. No cabe duda, como ya lo hemos indicado con anterioridad, que la selección del listado de datos “especialmente sensibles” obedece en su plasmación formal a la transposición de los criterios subyacentes a la Ley de protección de datos pero la pregunta clave es por qué se considera que ha de haber un nivel especial de protección, tanto en el ámbito extrapenal como penal, esto es, en qué se fundamenta la mayor gravedad de las conductas de acceso ilícito que afectan a datos como los del origen racial, ideología, vida sexual, etcétera.

MORALES PRATS señala que las conductas que se dirigen contra el “núcleo duro de la *privacy*” incrementan el menoscabo del bien jurídico intimidad pero en el entendido de que éste es un “bien-jurídico presupuesto del ejercicio pleno y libre de otros derechos y libertades constitucionales del ciudadano”. El sentido de tutela recogería por tanto la evolución doctrinal y jurisprudencial de aproximación hacia la cultura anglosajona de la <<*privacy*>> como bien jurídico positivo que posibilita entroncar con un entendimiento de la intimidad que incluye su “carácter institucional de <<garantía-

⁴⁴⁹ .- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 149.

⁴⁵⁰ .- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 287 (su pie de página 131).

⁴⁵¹ .- MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 352.

presupuesto>> de otros derechos constitucionales (asociación, libertad ideológica, **derecho a la no discriminación**, derecho al trabajo, etc.)⁴⁵². Atendiendo a estas consideraciones cabe precisar algo más el fundamento del tipo agravado del artículo 197-5º en atención al mayor potencial de riesgo que las conductas de acceso ilícito a la intimidad ajena presentan para el normal acceso en condiciones de igualdad a los bienes sociales y al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales por parte de los miembros pertenecientes a grupos “raciales”, religiosos, ideológicos, etcétera.

En este sentido ya se pronunció LAURENZO COPELLO señalando que es precisamente el peligro de que el sujeto pasivo sufra actos de discriminación el que determina el *plus* de gravedad que fundamenta la agravación⁴⁵³, lo que, desde nuestra perspectiva, debe ser matizado orientando la argumentación relativa al riesgo potencial de estas conductas hacia la eventual afección supraindividual de la conducta de acceso ilícito para el conjunto del grupo en cuestión.

Para ello puede resultar fructífero traer a colación la **sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 2ª) de 14 de julio de 1998** en la que se apreció que los hechos eran constitutivos de un delito de descubrimiento de secretos previsto en el artículo 197, apartados 2, 5 y 6. El acusado desarrollaba labores de colaboración como conserje en una asociación de paraplégicos y grandes minusválidos físicos merced a un acuerdo con los servicios de Asistencia Social de la Prisión en que se encontraba cumpliendo condena en régimen abierto. Entre los meses de abril y mayo de 1997 Juan José G.V. accedió a los distintos despachos (abiertos) de dicha Asociación donde se encontraban los ordenadores que contenían datos reservados y confidenciales de la Asociación misma y de sus socios. Estos últimos se referían a datos relativos tanto a la minusvalía y estado de salud de los socios como a información sobre sus domicilios, teléfonos, cuentas bancarias, etc. Se considera probado que el autor sustrajo en una ocasión los disquetes que contenían la citada información y en otras accedió sin autorización alguna a dichos soportes informáticos desde su ordenador personal con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio (para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía) (HP Primero).

Al estar referidas las conductas a datos “especialmente sensibles”, salud en este caso, viene en aplicación el tipo agravado del artículo 197-5⁴⁵⁴ por lo que cabría plantearse cuál es el fundamento en este supuesto para una mayor gravedad. Fundamento que, a mi juicio, debería buscarse no en el mero riesgo de que el sujeto pasivo sufra actos de discriminación sino en la idoneidad de la conducta para que el menoscabo del bien jurídico intimidad redunde además de forma especialmente intensa en las condiciones de igualdad para el colectivo –en este caso paraplégicos y grandes minusválidos físicos- de cara al acceso de los bienes sociales y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Debería considerarse hasta qué punto la proyección de las conductas de acceso ilícito a la intimidad sobre datos “especialmente sensibles” no inciden de manera relevante en un refuerzo significativo del sistema de marginación y discriminación sistemática del colectivo en cuestión.

⁴⁵² .- MORALES PRATS, *Comentarios*, pp. 351, 325 y 326 (subrayado nuestro).

⁴⁵³ .- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, p. 287 (su pie de página 131).

⁴⁵⁴ .- A lo que se añade el hecho de que la conducta se realiza con fines lucrativos por lo que en vez de haberse impuesto la pena prevista en el artículo 197-2 (prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) en su mitad superior (197-5), se le condenó a una pena de prisión de 4 años de prisión de conformidad con el apartado 6 del artículo 197 que prevé para estos casos una pena de 4 a 7 años.

Lo relevante a la hora de justificar la agravación se cifra en la repercusión de la conducta en el **incremento de la vulnerabilidad del grupo**, en el caso que nos ocupa parapléjicos y grandes minusválidos, ya que el factor de identificación del colectivo en cuestión se convierte en criterio al que cabe anudar toda suerte de consecuencias negativas. Consecuencias que en su consideración aislada no se muestran en todo su potencial de daño, pero que desde una perspectiva supraindividual funcionan como “gotas” que “engrasan” todo un sistema de marginación y discriminación de colectivos “raciales”, religiosos, ideológicos, etcétera. Todo ello desemboca, en definitiva, en una contradicción del principio de igualdad material por cuanto dificulta que pueda superarse la situación de desigualdad de los grupos que *de facto* mayores problemas tienen para alcanzar el mismo estándar de posibilidades que les arranque de su situación de postración y marginalidad social.

Entiendo por tanto que resulta adecuada la estimación del tipo agravado al caso que nos ocupa ya que ese incremento de vulnerabilidad del colectivo supone una apreciación valorativa en función de las condiciones del grupo en el contexto social que no debe hacerse depender de un potencial inmediato de posibles conductas ilícitas contra los sujetos miembros del colectivo.

La propuesta esbozada pretende ser, con toda cautela, una tesis interpretativa a desarrollar y madurar a falta de un estudio más en profundidad de la cuestión que busca incitar al debate. Ya que, según lo expuesto, aunque el fundamento de la agravante en estos casos no queda al margen de un cierto reconocimiento del desvalor que entraña el sesgo discriminatorio de la conducta⁴⁵⁵ y, además, sigue incidiendo en los aspectos colectivos del daño contra el grupo, se aleja, sin embargo, de la propuesta interpretativa mucho más restrictiva en su concepción y resultados que cifrábamos en torno a las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Ello confirma, por otra parte, en la misma línea que la agravación del propio artículo 197-5º en atención a la condición de menores o incapaces de las víctimas, que nos encontramos, en cualquier caso, con un precepto sometido a una “lógica interpretativa particular” que la aleja de las figuras más propiamente antixenóforas y antidiscriminatorias. En definitiva, al igual que ya señalábamos respecto del delito de amenaza colectiva del artículo 170, su posible instrumentalización como precepto antidiscriminatorio no implica que siempre y sólo sea ésta la posible orientación interpretativa del mismo.

c. Manipulación genética dirigida a la selección de la “raza” (art. 161-2º).

El artículo 161-2º, en el marco de los delitos relativos a la manipulación genética (Título V), castiga con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años, la creación de seres humanos idénticos por clonación **u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza**.

⁴⁵⁵ Y, por ello, a diferencia de BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 150 s., me pronuncio en contra de que pueda ser compatible la apreciación de la agravante genérica del artículo 22-4º cuando se estime concurrente el tipo cualificado del artículo 197-5º por inherencia. Otro tanto cabría decir en el caso de que se pudiera establecer una relación concursal con otros delitos “antidiscriminatorios”, máxime si se trata del delito de provocación cuya gravedad sin duda absorbe todo el desvalor que se deriva de la idoneidad del sesgo discriminatorio de la conducta para afectar a condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable: por ello, de darse relaciones concursales no cabría apreciar entonces la agravación del apartado 5º del artículo 197.

La mención expresa en el tenor típico a la “selección de la raza” parece situar a este precepto entre aquellos que “específicamente” son concebidos –y susceptibles de interpretar- como antixenófobos y antidiscriminatorios en la línea del delito de provocación (artículo 510) o la agravante genérica (artículo 22-4º) o restantes figuras analizadas. Sin embargo, tal y como ya me pronuncié al respecto en otra ocasión⁴⁵⁶, **no se trata de una figura “específica ni exclusivamente” antidiscriminatoria** en el sentido manejado en esta contribución: su sentido de tutela apunta en una dirección diferente y más concreta por cuanto incide en la protección de la **integridad genética de la especie humana** pero especificándose el objeto de tutela con relación al **aspecto de la diversidad “racial”** en atención a un afán preventivo de prácticas eugenésicas en la órbita de los excesos históricos que se conocieron en Europa con el régimen nazi⁴⁵⁷. Pero vayamos por partes.

Si se parte del presupuesto de que en el artículo 161-2º en realidad son dos las conductas que se prohíben⁴⁵⁸: esto es, por un lado, la creación de seres humanos idénticos por clonación y, por otro lado, la utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza, se puede entonces sugerir una propuesta interpretativa independiente para ésta última que permita matizar -a la luz de la mención específica de la “raza”- el objeto de tutela que se sitúa por la doctrina dominante en torno a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, esto es, el derecho a la propia identidad del ser humano⁴⁵⁹. Matización que debe subrayar la dimensión colectiva del bien jurídico en la línea de lo que sugiere un sector de la doctrina que destaca los aspectos supraindividuales de tutela del conjunto de la especie humana precisamente con relación al inciso del precepto relativo a los procedimientos de selección de la raza⁴⁶⁰.

Ahora bien, el punto verdaderamente determinante para la interpretación adecuada de este precepto se cifra en la perspectiva de protección fragmentaria del objeto de tutela –integridad genética de la especie humana- a que apunta la mención **exclusiva** de una clase de selección: la **selección racial**. A diferencia de otros preceptos antidiscriminatorios el legislador ha renunciado en este caso a un listado de “causas” o “razones” de selección en “coherencia” con las premisas del principio de igualdad.

⁴⁵⁶ .- 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.

⁴⁵⁷ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, pp. 340 y 332 ss.

⁴⁵⁸ .- Sobre las razones para optar por la interpretación que parte de dos conductas diferenciadas y no un único comportamiento básico 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.

⁴⁵⁹.- Véase, por todos, GRACIA MARTIN, *Comentarios*, pp. 689 y 690; GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 834; MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 141; RUIZ VADILLO, *Código*, p. 1949; SUAREZ GONZALEZ, *Comentarios*, p. 457; VALLE MUÑIZ, *Comentarios*, p. 138. Véase, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados*, p. 68; HIGUERA GUIMERA, *El Derecho*, p. 247 ss.; PERIS RIERA, *La regulación*, pp. 180 y 181; ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 130 y 131. 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.

⁴⁶⁰ .- Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 333 ss.

Lejos pues de señalar otros ámbitos de selección, por ejemplo, el del sexo, se restringe exclusivamente a incriminar los procedimientos de selección de la raza⁴⁶¹ lo cual impide, a mi juicio, una configuración del bien jurídico en torno a la idea de la *predeterminación genética artificial* y conduce a buscar en el ámbito específico de la genética de “razas”⁴⁶² las razones que justificarían la insuficiencia de otras respuestas jurídicas, que no sea la penal, por la mayor gravedad y necesidad de pena en dicho sector de actividad.

A favor de una interpretación del artículo 161-2º *in fine* como figura dirigida a la tutela de la **integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial** cabe esgrimir tanto razones atinentes a la especial gravedad del potencial de daño de las conductas de discriminación en dicho ámbito, como, particularmente, razones históricas relativas a la especial relación “privilegiada” de las prácticas eugenésicas y su trasfondo ideológico con los movimientos ideológicos propiamente racistas⁴⁶³. De forma necesariamente sintética, debe subrayarse que la Europa de los años 30 del pasado siglo fue testigo de la dramática confluencia entre el pensamiento eugenésico y la ideología racista y xenófoba del nacionalsocialismo alemán de *Hitler*⁴⁶⁴. Confluencia que, al margen de que ambas corrientes de pensamiento sean autónomas, marcó a fuego en la conciencia de la humanidad el peligroso potencial de legitimación racista y discriminatorio que alberga las aspiraciones eugenésicas de perfeccionamiento y mejora de la especie humana.

Desde la experiencia histórica, por tanto, puede entenderse que la configuración del artículo 161-2º “privilegio” en el diseño preventivo aquellas formas de ataque contra el objeto de tutela que más dañinas se han demostrado en el pasado. Y no debería entonces extrañar que un sector de la doctrina haya sugerido una eventual relación concursal ente ese precepto y el delito de genocidio del artículo 607: con otras palabras, nos encontramos ante una suerte de <<concreción preventiva antigenocida en el sector de actividad propio de la manipulación genética>> dirigida a neutralizar intervenciones que pudieran resultar funcionales a programas de eliminación de colectivos étnicos o de segregación racial⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ .- Lo cual confirma desde la perspectiva del legislador que este precepto no obedece en su confección a la “lógica” que preside los denominados preceptos antidiscriminatorios. Véase al respecto los materiales legislativos CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1*, p. 89; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 26 de junio de 1995, Núm. 77-10*, pp. 663 y 664; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley, 27 de junio de 1995, Núm. 77-11*, pp. 665 y 666. De forma más extensa LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 336 ss.

⁴⁶² .- Para una crítica a la utilización del término “raza” en el artículo 161-2º y sobre la lógica subyacente relativa al racismo de corte pseudo-biologicista, véase, LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, pp. 340-342 y 342 ss. En la misma línea también QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, pp. 53-54, rechaza la utilización del vocablo “raza” prefiriendo utilizar el término “especie”. Sobre las teorías biológico-genéticas como pantalla ideológica del movimiento racista véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 45 ss.

⁴⁶³ .- De forma extensa, también en lo que sigue, LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, pp. 338 ss. (y p. 313 ss. y p. 317 ss.).

⁴⁶⁴ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 322 ss.

⁴⁶⁵ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, pp. 339 y 344 ss.

Según la interpretación propuesta no podría hablarse de un precepto “antidiscriminatorio” en el sentido a que nos venimos refiriendo respecto de otras figuras: en una contemplación de conjunto del artículo 161-2º las conductas de clonación permanecen al margen de la orientación a la selección racial del inciso final y este último, en cuanto que no se proyecta sobre otros factores de selección, podría tildarse en todo caso como propiamente “antirracista”.

Por ello, disintiendo de BERNAL DEL CASTILLO⁴⁶⁶, entiendo que no cabe una compatibilidad del artículo 161-2º con la agravante de “racismo” del artículo 22-4º pues, una vez más, no se trata de una investigación de los motivos que llevaron a actuar o que guiaron el comportamiento, sino de que se pongan en marcha procedimientos que, según una lectura social, intersubjetiva, sean reconocibles *ex ante* por estar dirigidos a la selección de la raza. Tal “dirección” de la acción es la que entraña el potencial daño social de afectar al equilibrio genético (“integridad”) de la especie humana con relación al aspecto racial y la que, en definitiva, alberga el riesgo de que al explicitarse el “factor racial” como criterio de selección se contribuya a ahondar en la estigmatización y marginación de los grupos étnicos más vulnerables. Por lo tanto, según nuestra propuesta interpretativa de la agravante⁴⁶⁷, no cabría aplicar el castigo agravado sin incurrir en un flagrante *ne bis in idem*.

Tampoco podemos compartir la calificación de los artículos 159-1º o 161-1º como preceptos “específicamente” antidiscriminatorios por el hecho de que recojan en la redacción típica una referencia a la finalidad la cual habrá de ser distinta a la de la eliminación de taras o enfermedades graves en el primer caso de manipulación de genes humanos alterando el genotipo (159-1º) y que, en el segundo supuesto mencionado, se cifra en la persecución de un fin distinto a la procreación humana al procederse a la fecundación de óvulos humanos (161-1º). Coincidimos con BERNAL DEL CASTILLO en que se trata de comportamientos que se pueden prestar de forma especialmente acentuada a una utilización que pueda incidir en conductas discriminatorias⁴⁶⁸. Pero el hecho de que la selección típica se opere mediante la especificación de una determinada finalidad no convierte en relevante la finalidad precisamente discriminatoria. Que la conducta de manipulación genética alterando el genotipo sólo pueda llevarse a cabo sin reproche normativo si la preside la finalidad de eliminación de taras o enfermedades graves, deja abierto el tipo frente a cualquier otra finalidad, discriminatoria o no, esto es, a un abanico tal de conductas que no permite, sin más, deducir que es precisamente su potencial discriminatorio el que determina que la manipulación genética ha de ser típica. Sin duda el ámbito de prohibición de la norma podrá acoger comportamientos con un sesgo discriminatorio, en cuyo caso deberá acudir a la circunstancia agravante⁴⁶⁹, como, por cierto, en cualquier delito de la Parte especial que muestre además del injusto específico un *plus* de desvalor. Ahora bien ese *plus* no integra por

⁴⁶⁶ .- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 147-148 asegura que el artículo 161-2 “establece la conexión de la conducta típica con el derecho fundamental a no ser discriminado, sin que quepa duda alguna sobre la finalidad discriminatoria de las conductas descritas” (p. 148) haciendo depender la estimación de la agravante de que la actitud subjetiva presente “matices discriminatorios” lo que le convertiría en elemento esencial del tipo subjetivo configurador del dolo del sujeto (no cabe su estimación); o de que la finalidad principalmente perseguible por el sujeto sea distinta a la discriminatoria y los motivos discriminatorios sean secundarios (cabe su apreciación).

⁴⁶⁷ .- Véase *supra* apartado 3.2.1.b.

⁴⁶⁸ .- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 147.

⁴⁶⁹ .- O al expediente concursal con el delito de provocación (artículo 510) u otras figuras protectoras de minorías.

definición el injusto del delito que resulta agravado, cuya configuración típica, por tanto, no puede presentar la especificidad propia de una disposición preventiva antidiscriminatoria⁴⁷⁰.

La interpretación de *lege lata* del artículo 161-2º *in fine* no debe, sin embargo, entenderse como una valoración positiva o acrítica con respecto al modo en que se ha intervenido en la materia. Ya el hecho de que, desde un punto de vista gramatical, no pueda saberse si el artículo 161-2º se refiere a una o a dos conductas diferentes⁴⁷¹, o la inclusión del término “raza” con los enormes problemas de interpretación a que puede dar lugar⁴⁷², son buena muestra de la falta de rigor y reflejo evidente de una técnica muy deficiente en la configuración del precepto. Pero al margen de cuestiones gramaticales, la crítica más relevante, desde nuestra perspectiva de estudio, debe dirigirse contra los referentes tanto históricos como sociológicos que al parecer han movido al diseño de esta figura delictiva⁴⁷³.

Desde el punto de vista histórico se detecta una excesiva fijación en las corrientes de pensamiento eugenésico que desde el siglo XIX y hasta los años treinta resultaron funcionales a los movimientos ideológicos racistas que desembocaron en el horror nazi. La actual disposición preventiva respecto de procedimientos de selección de la “raza” resultaría así lastrada en exceso por la identificación que habitualmente se lleva a cabo entre la eugenesia y el racismo y entre ambos fenómenos y su versión nazi. Por tanto partiría de un modelo de racismo de corte excesivamente biologicista lo que le habría llevado al legislador a situar esta específica figura “antirracista” en el seno de las conductas de manipulación genética.

Sin embargo una contemplación de la eugenesia en su fase histórica actual (“neoeugenesia”⁴⁷⁴) y más atenta, no a referentes simbólicos como el de la experiencia nazi, sino a la matriz cultural e ideológica subyacente al fenómeno de la xenofobia en la sociedad occidental –y española-contemporánea (“racismo cultural”), debería canalizar la intervención preventiva hacia otro tipo de preceptos como el delito de provocación del artículo 510 o la propia agravante. De *lege ferenda* convendría separar la labor preventiva frente a las manifestaciones **ideológicas** de la “selección racial” del campo de los delitos relativos a la manipulación genética, pues así se contribuiría a ubicar el problema en el plano cultural y a alejarlo de resonancias biológico-genéticas que contribuyen a reforzar la base pseudocientífica del racismo⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ .- Otro tanto podría decirse respecto de la conducta de fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana o de otros preceptos que, como el propio BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 148, reconoce, pueden ser objeto de agravación aunque no se exija ninguna finalidad específica en el sujeto (por ejemplo, artículo 162-1). Pero eso no supone más que el reconocimiento de la proyección general de la agravante del art. 22-4º.

⁴⁷¹ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 128 ss. subraya la deplorable técnica de descripción típica que atenta contra los principios de taxatividad y seguridad jurídica.

⁴⁷² .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 340 ss.

⁴⁷³ .- LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 342 ss., también en lo que sigue.

⁴⁷⁴ .- En tal sentido, por todos, ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 111.

⁴⁷⁵ .- Para un desarrollo más detallado de esta propuesta de *lege ferenda* véase, LANDA GOROSTIZA, *Prácticas eugenésicas*, p. 340 ss.

4. CONCLUSIONES FINALES (I). VALORACIÓN DE LA INCORPORACIÓN ACUMULATIVA Y EXPANSIVA DE LAS DIVERSOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES.

1. Según muestra la evolución legislativa en la materia, desde la misma Reforma de 1983 (y su antecedente de 1976) los instrumentos penales que se incorporan en nuestro país no son preceptos exclusivamente antixenófobos, sino que se configuran en términos de mayor generalidad. La vocación de tutela antixenófoba se encuentra "diluida" y "confundida" como una parte del que parece ser principal objeto de tutela constituido, en realidad, por el principio de igualdad en su conjunto. Este punto de partida -una política criminal que aspira a proteger el principio de igualdad en un amplísimo elenco de ámbitos y no sólo el étnico- marcará una significativa diferencia en la normativa de nuestro país respecto de la evolución general observada en el derecho comparado.

En derecho comparado se comienza por un movimiento legislativo específica y únicamente antixenófobo, esto es, restringido a incriminar comportamientos propios del universo conceptual étnico, y sólo con el paso del tiempo se detectan ciertas tendencias, todavía muy incipientes, que apuntan hacia una expansión hacia la protección antidiscriminatoria más general. Esto último se manifiesta, principalmente, mediante la introducción de figuras delictivas contra actos de discriminación que en algún país se proyectan, además, sobre otros ámbitos diferentes del étnico, como, por ejemplo, el ideológico, el sexual, etc. En nuestro país, por el contrario, no se produce esta evolución y al aspirarse desde un principio al refuerzo de la tutela del mandato genérico de igualdad se comienza precisamente en la primera regulación específica en la materia por incorporar delitos de actos de discriminación (denegación de prestación -artículos 165 y 181 bis CP 1973) y un supuesto de asociación ilícita cuando se promueva la discriminación racial (artículo 173-4º CP 1973). De esta forma, salvo la excepción del delito de asociación restringido en su tenor literal al supuesto "racial", se marca una tendencia a la generalización y a la comprensión del tratamiento penal antixenófobo como una subespecie propia del refuerzo y protección del principio de igualdad. Este último se convierte así en el fundamental objeto que inspira la regulación punitiva en la materia.

Con este punto de partida, cuando con el tiempo se manifieste una voluntad legislativa más definida dirigida a hacer frente a comportamientos racistas y xenófobos, terminará por reforzarse, sin embargo, una protección mucho más amplia. Así sucedió en la Ley de 1995 que, si bien al principio del trámite parlamentario mostraba una clara vocación exclusivamente antixenófoba, acaba por incorporar una serie de preceptos antixenófobos y antiideológicos que se orientan, según su descripción típica, a desplegar su tutela sobre ámbitos propios del principio de igualdad.

Finalmente, el Código penal de 1995 completará la evolución descrita, en cuanto que, a resultados del trámite parlamentario, las figuras delictivas se van progresivamente orientando a una proyección "homogénea" y "coherente" con el artículo 14 de la Constitución que se extiende más allá de universo conceptual étnico. Lo que se podrían considerar preceptos específicamente antixenófobos terminan por configurarse como instrumentos de una política criminal "antidiscriminatoria" entendida en un sentido amplio, ampliándose profusamente el número de "causas" o "razones" que indican los ámbitos sobre los que el derecho penal debe intervenir.

En definitiva, el hecho de que el legislador optara desde el primer momento por el principio de igualdad como objeto de regulación, determinará que los posteriores movimientos legislativos con vocación inicialmente antixenófoba, se reconduzcan progresivamente por abstracción a la incorporación de figuras penales orientadas a una tutela antidiscriminatoria general, esto es, por razón de la raza o etnia, pero también por otros motivos como la ideología, el sexo, la salud, etc.

2. La contemplación de los preceptos protectores del principio de igualdad en el Código penal de 1995 a partir de los modelos de política criminal antixenófoba en el derecho comparado de nuestro ámbito de cultura constituye una perspectiva imprescindible para poder caracterizar y valorar las opciones político-criminales del legislador español y señalar a su vez criterios de interpretación y orientación sistemática del vasto elenco normativo.

La amplísima normativa "antidiscriminatoria" del CP 1995 representa paradigmáticamente la asunción progresiva a lo largo de las diferentes reformas (Reforma de 1983, Ley de 1995) de las tendencias más expansivas que se detectan en los países de nuestro entorno cultural y particularmente se erige en ejemplo extremo de síntesis "latina" acumulativa de preceptos correspondientes a los diversos modelos legislativos y a las figuras delictivas más variadas. El hecho de comenzar a legislar en esta materia (Reforma de 1983) con la vista puesta en el principio de igualdad y básicamente mediante la tipificación de "actos de discriminación", supone una diferencia relevante respecto del derecho comparado europeo. Los países germánicos, Gran Bretaña o incluso los países latinos, inician la configuración político-criminal antixenófoba, por el contrario, situando al "delito de provocación" como figura primera y central según los dictados de la Convención de 1965 (discriminación racial) y restringida al universo conceptual étnico. Sólo con el tiempo algunos países, latinos principalmente, irán ampliando tendencialmente la política antixenófoba hacia la tutela del principio de igualdad, incorporando delitos de actos de discriminación y proyectando sus efectos sobre otros ámbitos de discriminación.

En nuestro país, el segundo paso legislativo después de la Reforma de 1983, esto es, la Ley de 1995, ya dibuja las líneas de un "modelo político-criminal europeo expandido" por cuanto acumula junto a los delitos de actos de discriminación, un delito de provocación, una figura apologética del genocidio y una agravante genérica. Con esta ley, en consecuencia, el delito de provocación (artículo 165 ter CP 1973) ocupa ya el centro del sistema penal antixenófobo, centro en torno al cual se identificarían el resto de figuras delictivas como materializaciones de sus tendencias "expansivas". Así tanto los delitos de actos de discriminación (denegación de prestación -artículos 165 y 181 bis CP 1973-) como la figura apologética específica ("negación de *Auschwitz*"- artículo 137 bis b CP 1973-) tendrían una lectura lógica y sistemática como derivaciones del delito de provocación. Por otra parte, la aparición de una agravante genérica (artículo 10-17º CP 1973), aunque todavía limitada a delitos contra las personas y el patrimonio, caracteriza el acercamiento "latino" al modelo político-criminal estadounidense.

El cambio desde 1983 a la Ley de 1995, vino a "corregir" un diseño inusual de política-criminal antixenófoba en el ámbito jurídico europeo, pero perfilando ahora el instrumento penal hacia un escenario normativo de máxima expansión en figuras delictivas y ámbitos de proyección de las mismas. En figuras delictivas por cuanto se acumulan preceptos propios de los distintos modelos legislativos de Europa occidental y de los Estados Unidos. Y también de máxima expansión en ámbitos, porque, haber iniciado en 1983 la labor legislativa con la mirada puesta en el principio de igualdad, lastrará todo diseño y evolución posterior hacia instrumentos generales antidiscriminatorios y no sólo antixenófobos. En este sentido, ya la Ley de 1995 es antixenófoba y hace, además, una referencia expresa a la "causa" de "ideología" en sentido amplio (ideología, religión o creencias).

El Código penal de 1995 no hace sino llevar al extremo las líneas ya dibujadas en la Ley de 1995 y su amplísimo elenco de figuras penales reflejan paradigmáticamente la fusión acumulativa de dos modelos legislativos: el europeo y el estadounidense.

2.1. Desde el punto de vista del modelo europeo articulado sobre el delito de provocación –art. 510 CP-, la normativa española cuenta además con preceptos que incriminan directamente actos de discriminación (denegación discriminatoria de prestación –art. 511 y 512 CP y discriminación laboral –art. 314 CP-), así como la figura “apologética” más característica, a saber, el equivalente a la denominada “negación de *Auschwitz*” -art. 607-2º CP-. Además el delito de asociación se configura con un tenor típico prácticamente idéntico al del delito de provocación –art. 515-5º CP-.

La normativa española se ha situado así en el máximo nivel expansivo de figuras que, además, más allá que cualquier país de nuestro entorno, se proyecta sobre todo un elenco de ámbitos propios del principio de igualdad y amplía peligrosamente la incriminación hacia la denominada “discriminación entre particulares”.

2.2. Desde el punto de vista del modelo estadounidense, también responde a la tendencia de los países latinos a “implantar” la técnica de agravación de delitos básicos o de utilización de agravantes genéricas. Pero, también en esta ocasión, la variedad y amplitud de figuras es manifiesta, como se demuestra de forma especialmente destacable en la agravante genérica de posible aplicación teórica a toda clase de delitos y proyectada sobre igual elenco de ámbitos de discriminación que las figuras penales del modelo europeo.

En la línea del modelo de los Estados Unidos también se incorporan tipos cualificados (delito de amenaza colectiva –art. 170-1º CP- y delitos de descubrimiento y revelación de datos de carácter personal “sensibles”–art. 197-5º CP-) pero con un peculiar sentido de protección y un diseño legislativo no exactamente acorde con las figuras anteriores. En el mismo sentido, aunque sin configurarse como tipo cualificado, también se cuenta con una figura específicamente antirracista en el ámbito de los llamados delitos de manipulación genética.

2.3. Ahora bien, valorados en su conjunto todos los preceptos, el resultado final arroja una falta de homogeneidad en la redacción típica respecto de la descripción concreta de su proyección antidiscriminatoria (causas). Sorprende una formulación típica muy similar en términos literales tanto en las figuras del modelo europeo (delito de provocación, denegación discriminatoria de prestación...) como a la hora de configurar la agravante genérica, en contraste con la redacción del tenor de los tipos cualificados que, aunque se proyectan no exclusivamente sobre el ámbito xenófobo, sí que manifiestan peculiaridades que acentúan en un caso su vocación de tutela general “antiterrorista” (delito de amenazas –art. 170-1º CP-) o apuntan a una protección matizada desde la lógica particular del ámbito de regulación (tipo agravado con relación a datos de carácter personal –art. 197-5º CP-). De igual manera presenta peculiaridades el delito de manipulación genética cuya mención literal a la selección de la “raza” priva a este precepto de una eventual proyección antidiscriminatoria general y lo convierte en una suerte de concreción antigénocida en el ámbito de los delitos de manipulación genética.

Estas peculiaridades dan pie a afirmar que, si bien las líneas del modelo legislativo europeo se han incorporado de forma completa y forzando al máximo sus posibilidades de expansión, los tipos agravados, sin embargo, parecen haber sido fruto de una regulación *ad hoc* sin tenerse en cuenta su

potencial de tutela respecto a conductas de transgresión del principio de igualdad y no discriminación. Esta falta de sintonía redundará en descripciones típicas no homogéneas que dificultarán, sin duda, la interpretación sistemática.

3. La política criminal protectora del principio de igualdad se caracteriza en su concreción positiva por una extraordinaria amplitud del ámbito potencial de prohibición que tensiona hasta el extremo los límites y principios de la intervención punitiva según el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

Desde los primeros movimientos legislativos con la Reforma de 1983 se detecta una "huida hacia el derecho penal" que amenaza con arruinar el principio de *ultima ratio* y con criminalizar amplios espacios de actividad social. La manifestación más evidente de este peligro se localiza en los preceptos que tienden a extender la incriminación a la denominada "discriminación entre particulares" (delitos de actos de discriminación), ya que perturban de forma inadmisiblemente el libre ejercicio de la autonomía de voluntad y el principio de la libertad contractual.

La tendencia de que el instrumento penal en esta materia aspire a convertirse en <<*prima ratio*>> cobra un cariz más preocupante ante el riesgo de que además opere como auténtica censura de la libertad de expresión e ideológica, incriminando la mera opinión y la pura actitud interna de los ciudadanos (*Gesinnungsinkriminierung*) dentro de la lógica de un derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*). Esta amenaza se ve además amplificada por la altísima cota de indeterminación y grave falta de taxatividad que caracteriza al tenor de las distintas figuras penales.

Los problemas expuestos, de enorme gravedad, fundamentan una valoración del conjunto de preceptos antidiscriminatorios muy negativa. Ahora bien, la crítica valoración de conjunto podrá verse matizada en función del entendimiento e interpretación que se realice del precepto regulador del delito de provocación del artículo 510. Su carácter de "piedra angular" del sistema se debe al hecho de que, al constituir el "escalón" más adelantado en la intervención penal en esta materia, esto es, al suponer un adelantamiento de barreras aún mayor que el resto de figuras, tensa al máximo los problemas ya apuntados, agudizando hasta el extremo el riesgo de incriminación de la actitud interna y de la libertad de expresión. Por otra parte, su carácter de figura de "provocación", podría dar lugar a una interpretación que conduciría al castigo de actos preparatorios de otros delitos de discriminación como, paradigmáticamente, los delitos de denegación discriminatoria de prestación y el delito de discriminación laboral. La provocación típica del artículo 510 podría dar lugar así a un adelantamiento en bloque de las barreras punitivas de todos y cada uno de los restantes preceptos antidiscriminatorios.

En consecuencia, resulta necesario abordar el análisis sistemático del conjunto normativo a estudio teniendo muy presente que el sentido y alcance del delito de provocación del artículo 510 determinará a su vez la orientación interpretativa y las posibilidades expansivas o restrictivas de las restantes figuras.

4. Desde el punto de vista de las prescripciones jurídico-internacionales en la materia, en particular, de las contenidas en la Convención de 1965 (discriminación racial), se da cumplimiento a la obligación absoluta de incriminación del artículo 4 de dicho instrumento de la mano de la Ley de 1995 que incorporó al ordenamiento penal interno, por primera vez, un delito de provocación (artículo 165 ter CP 1973). El Código penal de 1995 confirma la vigencia de tal figura aunque modifica en parte su tenor literal respecto de su antecedente.

Ahora bien, el "cumplimiento" excede de forma manifiesta las obligaciones que estrictamente contiene este instrumento internacional. En primer lugar, no se limita a incriminar la provocación antixenófoba, sino que se opta por una generalización de tal figura penal, otorgándole una proyección general antidiscriminatoria. La Convención de 1965 se refería exclusivamente a la discriminación "racial" -esto es, étnica o xenófoba- mientras que el legislador español, insistimos, extiende su virtualidad a un amplísimo elenco de ámbitos propios del principio de igualdad.

En segundo lugar, la inclusión, junto al delito de provocación, de una amplia gama de preceptos penales antidiscriminatorios, no toma en consideración la diferenciación de instrumentos de control - jurídicos y sociales- que sugiere la Convención para una adecuada regulación de las conductas discriminatorias. Según el artículo 2 de la Convención de 1965 se "invitaba" a combatir la discriminación "racial", si fuera necesario, con medidas legislativas. Esto es, fuera del ámbito de la provocación, el legislador podía optar por desarrollar políticas antidiscriminatorias no necesariamente penales (vía derecho civil, administrativo...) e incluso no necesariamente jurídicas (campañas publicitarias, educativas...). El legislador español, sin embargo, opta decididamente por la vía jurídico-penal, incriminando amplias esferas incluso de la conflictiva "discriminación entre particulares".

El artículo 510 refleja, por otra parte, una interpretación "literal" de la obligación de incriminación contenida en el artículo 4 de la Convención de 1965 lo que deriva hacia una configuración típica muy deficiente y atentatoria contra el principio de legalidad que además se generaliza en su proyección hacia otros ámbitos del principio de igualdad. También se lleva a cabo un cumplimiento "maximalista" al optar por el instrumento penal -y no otros instrumentos jurídicos o sociales- para la regulación de otras conductas discriminatorias. En definitiva, el programa antidiscriminatorio "racial" de la Convención de 1965 (discriminación racial) que comprende previsiones de intervención jurídico-penal, jurídica en general y de otra naturaleza, se materializa en nuestro país en una política **penal** "antidiscriminatoria" en sentido laxo.

5. En un periodo aproximado de 12 años (desde 1983 a 1995) se suceden tres momentos legislativos que suponen un incremento cuantitativo y cualitativo sin precedentes en Derecho comparado de los instrumentos penales de tutela antixenófoba y del principio de igualdad. En un principio se incorporaron delitos de denegación discriminatoria y un supuesto especial de asociación ilícita pero inmediatamente se sumaron un delito de provocación, una agravante genérica, incriminación de la negación del genocidio, delito de discriminación laboral y tipos cualificados, así como figuras específicas para los supuestos de manipulación genética o conflicto armado. La gama de instrumentos penales es amplísima en variedad de figuras y en ámbito de proyección.

Contrasta, sin embargo, una política criminal tan activa y afanada por la protección y refuerzo del principio de igualdad y del respeto por la "diferencia", con una regulación jurídica, no penal, respecto del "inmigrante económico" y del extranjero en general (legislación de extranjería), de signo restrictivo. Por ello, a pesar de la apariencia, la política penal se revela en su concreción positiva, esto es, al margen de la "voluntad del legislador" como una coartada ideológica encubridora y favorecedora de la lógica de exclusión que subyace a las políticas restrictivas frente al inmigrante y extranjero.

La política criminal despliega, contra la apariencia de una preocupación real por el problema racista y xenófobo y de una actuación diligente en consecuencia, una función de cobertura y legitimación del discurso oficial que impregna las políticas restrictivas frente al inmigrante. En primer

lugar, da la apariencia de que efectivamente se combate el racismo y la xenofobia, oscureciendo la percepción de la actuación de extranjería sometida a la lógica de la exclusión. Pareciera como si las instancias oficiales realmente estuvieran empeñadas en combatir esta lacra, pasando a un segundo plano su actuación de exclusión y rechazo institucional al extranjero. En segundo lugar, contribuye a consolidar la identificación del racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más extremas y simbólicas: racismo es aniquilar al extranjero conforme a los modos de actuación de grupos neonazis, cabezas rapadas, etc; no excluirle a él o a otras minorías mediante conductas de discriminación social (los gitanos). En tercer lugar, transmite el mensaje a la población de que, efectivamente, debe haber "rebrotado" el racismo y la xenofobia -más extremas- por cuanto que se precisa legislar en el nivel penal para incriminar su rechazo violento. Se favorece el discurso "preventivo" que apela a la necesidad de "parar" la inmigración para evitar su rechazo social.

Por último, las propias características de la ley penal en esta materia -indeterminada, inefectiva y de difícil aplicación- la convierten en un claro ejemplo de legislación simbólica, de suerte que el mensaje que en principio se envía a la población, tanto para tranquilizar a la opinión pública, como para subrayar la gravedad de este tipo de conductas, se puede acabar volviendo en contra, ya que la no aplicación efectiva de la ley conlleva la deslegitimación del sistema penal y un "contra-efecto simbólico" (negativo) al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitaron. Con otras palabras, lo que en principio quería ser un mensaje claro de rechazo al racismo, puede acabar convirtiéndose en una auténtica "palmada en la espalda" para los racistas y xenófobos en forma de impunidad.

5. CONCLUSIONES FINALES (II). EL SISTEMA PENAL ANTIXENÓFOBO Y ANTIDISCRIMINATORIO DE *LEGE LATA*: UNA VISIÓN FINAL (INTRASISTEMÁTICA) DE CONJUNTO.

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 vulnerables. 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 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 sobre la 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” (“**pieza angular**”) 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”** además del propio artículo 510 y su modalidad asociativa –**art. 515-5º**-, la figura de la “negación de *Auschwitz*” –**art. 607-2º**-, los delitos de denegación discriminatoria de prestación en el ámbito de servicio público –**art. 511**- y en el de las actividades profesionales y empresariales –**art. 512**-, la discriminación laboral grave –**art. 314**- y, finalmente, la circunstancia modificativa agravante del **art. 22-4º**. Todos ellos, excepto el delito de

asociación, representan “**modalidades atenuadas**”, en mayor o menor grado, respecto del sentido de tutela del delito de provocación.

2.1. 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 concreta de actos de discriminación. La configuración del precepto se circunscribe a una clase 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 idóneo 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”) 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).

2.1.1. 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 la dimensión colectiva del daño que entraña. La relevancia típica habrá de depender por tanto de manera esencial de que resulte idóneas 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 de 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 español.

2.1.2. 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.

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.

2.2. 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 laboral 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, con una suerte de “provocación mínimamente atenuada” en la que deberá exigirse para integrar el tipo un equilibrio adecuado ente 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 conmovir 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. 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 laboral.

2.3. La “negación (o <<mentira>>) 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 nacionalsocialista. 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*). Se debe abogar *de lege ferenda* por su descriminalización 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-criminal.

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 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 antigenocida 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 aplicación.

2.4. La **circunstancia modificativa agravante del artículo 22-4º** debe ser orientada en su fundamento 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 conmover las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables.

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**”, como “**refuerzo fáctico**” del mensaje que se pretende transmitir. Por tanto la idoneidad de la conducta para conmover 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 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 colectivo en su nivel de seguridad más existencial. Por tanto será más fácil que según contextos de crisis de menor gravedad 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 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 motivacional, 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 comportamiento 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 despliega, 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 social. 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 *STRATENWERTH* 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 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**. Un tal planteamiento, de confirmarse, constituiría una flagrante transgresión del principio *ne 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”, como ser inmaduro y fuente de peligros que requiere una tutela estatal que se despliega al margen de los criterios normales de imputación.

3. 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 específica, ni exclusivamente “antidiscriminatorios” en el sentido expuesto para las figuras que giran en torno al delito de provocación**. 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”.

3.1. El **delito de amenaza colectiva del artículo 170-1º** presenta un sentido de tutela en parte coincidente con el delito de provocación. Ambos se dirigen contra conductas amenazantes que deben resultar 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”) 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, 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**. 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) responden así a una finalidad puramente **declarativo-simbólica** que no corrige ni amplía el sentido de tutela general del precepto y que resultaban por ello supérfluas. 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 homogeneizar” las diversas “causas” presente en las figuras estrictamente “antidiscriminatorias”.

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. 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 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 condicional.

La **coordinación sistemática entre ambas figuras** entraña una enorme dificultad. Parece que el delito de amenaza directa presenta un ámbito de prohibición más amplio (todo grupo) y genérico (“antiterrorista”) por lo que el delito de provocación sólo en determinadas constelaciones de casos (“grupos sensibles”) podría concurrir con el artículo 170 en cuyo caso sería el criterio 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 este precepto por lo que la practicabilidad del criterio referido 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. Por ello debe subrayarse la diferencia cualitativa entre la lógica antiterrorista general y la propiamente “antidiscriminatoria” para que el hecho de que el grupo destinatario sea el mismo no desoriente sobre el sentido de tutela del precepto.

En la amenaza “directa” del artículo 170 pasa a un segundo plano el posible sesgo racista, xenófobo o discriminatorio de la conducta pues su desvalor específico queda absorbido y confundido en la orientación general antiterrorista que precisa para su configuración únicamente de una “dirección atemorizadora” contra el colectivo al margen del factor de identificación. Por ello 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”- adquiere verdadera relevancia la orientación racista, xenófoba o discriminatoria pues será ésta la que excepcionalmente, por el tipo de grupos que pueden resultar afectados, puede llegar a convertir en normativamente equivalente el comportamiento con 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” 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. 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 que, al margen de las diferencias expuestas, existe una matriz común relativa al daño potencial de los fenómenos terrorista y racista, xenófobo o discriminatorio en el sentido de que su impronta ideológica acerca a la reacción punitiva a los rasgos propios de un derecho excepcional rayano en la pura censura ideológica cuyas características más críticas se verían agudizadas de una consideración acumulativa de ambas lógicas a efectos de un mayor castigo.

3.2. 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** que el defendido para el delito de provocación y 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 sexual. Sólo en este último supuesto podría configurarse la agravación con relación a las potenciales implicaciones discriminatorias de la conducta.

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 homeogeneizar las “causas” o “motivos” en preceptos como el delito de provocación, la agravante genérica, etc. 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 derivar.

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...). El carácter de la intimidad como “presupuesto-garantía” del ejercicio pleno y libre de otros derechos y libertades constitucionales del ciudadano permite así recorrer el espacio que se sitúa entre las consecuencias inmediatas de la conducta para el sujeto directamente afectado en su intimidad y el daño que puede derivarse para el conjunto de 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.

3.3. El delito de **utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza del artículo 161-2º in fine** no puede ser calificado como un precepto antidiscriminatorio. Su sentido de tutela, en una consideración de conjunto del apartado segundo de dicho artículo⁴⁷⁶, 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. 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 juego. 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**.

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

⁴⁷⁶ .- 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 *supra* apartado 3.2.2.c.

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, 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 albergan.

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 antigénocida”** 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 generar.

BIBLIOGRAFÍA^(*)

- ARAGON BOMBIN, Raimundo, “**Diez años** de política de inmigración” en *Migraciones*, Número 0 (1996), pp. 45-59.
- ASUA BATARRITA, Adela, “**Apología** del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos. (Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo)” en *La Ley*, Número 4556 (1998), pp. 1-6.
- ALVITE, Juan Pedro, “**Racismo** e inmigración” en *Racismo, antirracismo e inmigración*, ALVITE (Coord.), Tercera prensa-Hirugarren prentsa, Donostia, 1995, pp. 89-122.
- 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.
- BENEYTEZ MERINO, Luis, **Código penal. Doctrina y jurisprudencia**, Vol. I, II y III, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- BERISTAIN, Antonio, “**Análisis** y soluciones ante los movimientos de población (más reflexiones criminológicas sobre inmigrantes y refugiados)” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Número 4 (1994), pp.225-299.
- BERISTAIN, Antonio, **Comentarios al Código penal**, Tomo II (Artículos 19 a 23), Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999.
- 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.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, **Manual de Derecho penal. Parte especial**, Barcelona, Ariel, 1986.
- CACHON RODRIGUEZ, Lorenzo, “**Marco** institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España” en *Revista española de investigaciones sociológicas*, Número 69, Enero-Marzo 1995, pp. 105-124.
- CANCIO MELIA, Manuel, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “**De los delitos** cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983” en *Documentación jurídica* 37/40 (1983), pp. 1277-1306.

(*) Las obras se citan abreviadamente por el/los apellidos del autor, palabra o palabras de la obra realizadas en negrilla y número marginal, número de epígrafe o página.

- 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.
- CARRETERO SANCHEZ, Adolfo, "El delito de amenazas" en *La Ley*, Número 4039 (1996), pp. 1-4.
- CEREZO MIR, José, **Derecho penal: parte general (Lecciones 26-40)**, UNED, Madrid, 1997.
- CERVELLO DONDORIS, Vicenta/CHAVES PEDRON, Cesar, "Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público" en *AP* 2000, pp. 419-435.
- 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 I** (Delitos contra las personas. Delitos contra la libertad. Delitos contra la libertad sexual), Luis RODRIGUEZ RAMOS/Miguel Angel COBOS GOMEZ DE LINARES/José Miguel SANCHEZ TOMAS, servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense, Madrid, 1996.
- 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.
- COBOS GOMEZ DE LINARES, Miguel Angel, **Derecho penal. Parte especial III** (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I); Delitos contra la Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural; Delitos contra la Seguridad colectiva), Luis RODRIGUEZ RAMOS/Miguel Angel COBOS GOMEZ DE LINARES/José Miguel SANCHEZ TOMAS, servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense, Madrid, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, "La sanción penal de la discriminación: especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo." en *Cuadernos de Derecho Judicial*, I, Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Dir. Mª Luisa MAQUEDA ABREU, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 283-319.
- 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, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 14 de abril de 1983, Núm. 10-I 1**, Informe de la ponencia.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1983, II legislatura, **Comisión de Justicia e Interior, Núm. 21**, sesión celebrada el viernes, 15 de abril de 1983.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1983, II legislatura, **Sesión Plenaria, Núm. 29**, celebrada el jueves, 21 de abril de 1983.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, Núm. 102-1**, Proyecto de Ley Orgánica del Código penal.

- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993, Núm. 102-7**, Enmiendas.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1993, IV legislatura, **Núm. 639, Comisiones**. Justicia e Interior, sesión núm. 79, celebrada el miércoles, 17 de marzo de 1993.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 7 de abril de 1993, Núm. 102-10**, Informe de la ponencia.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie B: **Proposiciones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1**, Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología del delito de genocidio.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1**, Proyecto de Ley Orgánica del Código penal.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie B: **Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7**, Enmiendas.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1994, V legislatura, **Comisión de Justicia e Interior, Núm. 391**, sesión núm. 43, celebrada el martes, 20 de diciembre de 1994.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie B: **Proposiciones de Ley, 23 de diciembre de 1994, Núm. 52-9**, Informe de la ponencia.
- 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.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6**, Enmiendas.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1995, V legislatura, **Núm. 494, Comisiones**. Justicia e Interior, sesión núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8**, Informe de la ponencia.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1995, V legislatura, **Núm. 510, Comisiones**. Justicia e interior, sesión núm. 64, celebrada el viernes, 2 de junio de 1995.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1995, V legislatura, **Núm. 516, Comisiones**. Justicia e interior, sesión núm. 67, celebrada el miércoles, 7 de junio de 1995.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 26 de junio de 1995, Núm. 77-9**, Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno.

- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 26 de junio de 1995, Núm. 77-10**, Acuerdo de la Mesa de la Cámara.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A: **Proyectos de Ley, 27 de junio de 1995, Núm. 77-11**, Dictamen de la Comisión. Modificaciones en ejecución de un acuerdo de la Mesa de la Cámara.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- 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 RIEZU, Antonio, *El legislador y el derecho penal (Una orientación a los orígenes)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- 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.
- DE LUCAS, Javier, "Fronteras de los derechos humanos: racismo y estrategias de legitimación en la Unión Europea" en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Número 17 (1996), pp. 43-53.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995" en *CPC 58* (1996), pp. 69-88.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código penal", *Empresa y Derecho penal (I)*, Dir. Bernardo DEL ROSAL BLASCO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 411-437.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, "La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia" en *ADPCP 1979*, pp. 93-139.
- DIEZ RIPOLLES, Jose Luis, *Comentarios al Código penal. Parte especial I*, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Coord. José Luis DIEZ RIPOLLES/Luis GRACIA MARTIN, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- DIAZ ROCA, Rafael, *Derecho penal general*, tecnos, Madrid, 1996.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código penal*, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- 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.
- GARCIA-PABLOS, Antonio "Asociaciones ilícitas. Discriminación racial" en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), La reforma del Código penal de 1983, COBO DEL ROSAL (Dir.)/BAJO FERNANDEZ (Coord.), Edersa, Madrid, 1985, pp. 641-661.

- GARCIA-PABLOS, Antonio, **Derecho penal. Introducción**, servicio de publicaciones facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2ª ed., 2000.
- 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.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis, "**Presente** y futuro de las circunstancias modificativas" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Dir. Lorenzo DEL RIO FERNANDEZ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 11-40.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis, **Comentarios al Código penal de 1995**, Vol. I y II, Coord. Tomás S. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GONZALEZ RUS, Juan José, **Curso de Derecho penal español. Parte especial II**, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial pons, Madrid, 1997.
- GRACIA MARTIN, Luis, "**El `iter criminis`** en el Código penal español de 1995" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVII, El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, Dir. Jose Luis DIEZ RIPOLLES, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257-280.
- GRACIA MARTIN, Luis, **Comentarios al Código penal. Parte especial I**, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Coord. José Luis DIEZ RIPOLLES/Luis GRACIA MARTIN, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- HASSEMER, Winfried, "**Symbolisches Strafrecht** und Rechtsgüterschutz" en *NSz* 1989, pp. 553-559.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**, tirant lo blanch, Valencia, 1989.
- HIGUERA GUIMERA, **El Derecho Penal y la Genética**, Trivium, Madrid, 1995.
- JAHN, Joachim, **Strafrechtliche Mittel** gegen Rechtsextremismus. Die Änderungen der Parag. 130 und 86 a StGB als Reaktion auf fremdenfeindliche Gewalt im Licht der Geschichte des politischen Strafrechts in Deutschland, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
- JAKOBS, Günther, "**Kriminalisierung** im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" en *ZStW* 97 (1985), pp. 751-785.
- JAKOBS, Günther, "**Criminalización** en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- 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.
- JORDANA DE POZAS, Luis, **Código penal. Doctrina y jurisprudencia**, Vol. I, II y III, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 23. Auflage, 1999.
- 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, "**Discriminación** punible en el ámbito del servicio público" en *Delitos contra la administración pública*, Adela ASUA BATARRITA (ed.), IVAP, Bilbao, 1997, pp. 379-387.

- 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, "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 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.
- LANDROVE DIAZ, Gerardo, "**Racismo** y xenofobia" en *Temas penales*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 157-159.
- LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- 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.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, "**La discriminación por razón de sexo** en la legislación penal" en *Jueces para la democracia* 34 (1999), pp. 16-23.
- LOHSE, Volker, "**Werden Gastarbeiter** und andere Ausländer durch §130 StGB gegen Volksverhetzung wirksam geschützt?" en *NJW* 1971, pp. 1245-1247.
- LOHSE, Volker, "**Türken** ist der Zutritt verboten´ Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung" en *NJW* 1985, pp. 1677-1681.
- LOPEZ DE LERA, Diego, "**La inmigración** en España a fines del siglo XX. Los que vienen a trabajar y los que vienen a descansar" en *Revista española de investigaciones sociológicas* 71-72, Julio-Diciembre 1995, pp. 225-245.
- 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.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "**La apología** delictiva" en AP 34 (1997), pp. 755-764.
- MANZANARES, José Luis/CREMADES, Javier, **Comentarios al Código penal**, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.
- 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, **Introducción a las bases del Derecho penal**, Bosch, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, Santiago, "**Bien jurídico** y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*" en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 159-167.
- 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, “El <<moderno>> derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias” en *La Ley, Número 4043* (1996), pp. 8 y 9.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARAN, Mercedes, **Derecho penal. Parte General**, tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho penal. Parte especial**, tirant lo blanch, Valencia, 12ª ed., 1999.
- ORAA ORAA, Jaime/RUIZ VIEYTEZ, Eduardo/GIL BAZO, María Teresa, “El extranjero ante el Derecho” en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días AA.VV.*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, pp. 279-341.
- PAZ RUBIO, José María/COVIAN REGALES, Miguel, **Código penal. Doctrina y jurisprudencia**, Vol. I, II y III, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- PERIS RIERA, Jaime Miguel, **La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)**, Civitas, Madrid, 1995.
- 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. José Manuel VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PRATS CANUT, José Miguel, **Comentarios al nuevo Código penal**, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. Fermín MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 1999.
- QUERALT JIMENEZ, Joan J., **Derecho penal español. Parte especial**, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MUÑOZ CONDE, Francisco, **La reforma penal de 1983**, Destino, Barcelona, 1983.
- 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 JIMENEZ, José Luis, “La memoria histórica y los campos de concentración nazis” en *Sistema 130* (1996), pp. 51-73.
- 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.
- RODRIGO ALSINA, Miquel, “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación” en *Política Criminal* (Dir. LARRAURI PIJOAN), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp.73-89.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis, “Discriminación punible” en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), La reforma del Código penal de 1983, Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.)/Miguel BAJO FERNANDEZ (Coord.), Edersa, Madrid, 1985, pp. 631-640.

- ROMEO CASABONA, Carlos María, "**La persona** entre la biotecnología, la bioética y el derecho" en *Folia Humanística* 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.
- ROXIN, Claus, **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre, Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage, 1997.
- RUIZ VADILLO, Enrique, "**Interdicción** de la discriminación" 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. 17-34.
- RUIZ VADILLO, Enrique, **Código penal. Doctrina y jurisprudencia**, Vol. I, II y III, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- SAINZ RUIZ, José Antonio, **Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)**, Coord. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1998.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, **Gesinnungsmerkmale im Strafrecht**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- SENADO, *Boletín oficial de las Cortes Generales*, V legislatura, Serie II: **Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)**, Enmiendas.
- SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, V legislatura, **Comisión de Justicia, Núm. 225**, sesión celebrada el lunes, 9 de octubre de 1995.
- SENADO, *Boletín oficial de las Cortes Generales*, V legislatura, Serie II: **Proyectos de Ley, 9 de octubre de 1995, Núm. 87 (e)**, Informe de la ponencia.
- SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, V legislatura, **Comisión de Justicia, Núm. 227**, sesión celebrada el miércoles, 11 de octubre de 1995.
- SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, V legislatura, **Sesión del Pleno, Núm. 94**, celebrada el jueves, 26 de octubre de 1995.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, **Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)**, Coord. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1998.
- SERRANO GOMEZ, Alfonso, **Derecho penal. Parte especial**, Dykinson, Madrid, 4ª ed., 1999.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, **El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales**, Bosch, Barcelona, 1997.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, **La expansión** del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Barcelona, 1999.
- 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.
- SOS RACISMO, **El racismo en el Estado español. Informe** (Informe anual sobre el racismo en el Estado español 1995), Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa SL, Gakoa liburuak, Donostia, 1996.

- STEGBAUER, Andreas, "**Der Straftatbestand** gegen die Auschwitzleugnung – eine Zwischenbilanz" en *NStZ* 2000, pp. 281-286.
- 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.
- SUANCES PEREZ, Fernando, "**Delitos** contra los trabajadores" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, Dir. José Ramón SORIANO SORIANO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 113-172.
- 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.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M., "Derecho penal del **trabajo**" en *Revista penal* 1, enero 1998, pp. 77-90.
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, München, 49. Auflage, 1999.
- VALLE MUNIZ, José Manuel, **Comentarios** al nuevo Código penal, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. Fermín MORALES PRATS, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VALLE MUNIZ, José Manuel/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, **Comentarios** al nuevo Código penal, Dir. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Coord. José Manuel VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VARONA MARTINEZ, Gema, **La inmigración irregular: derechos y deberes humanos**, Colección Derechos Humanos "P. Francisco de Vitoria", Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 1994.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, **Nuevo Código penal comentado**, Edersa, Madrid, 1996.
- 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.
- VON BUBNOFF, Eckhart, **Leipziger Kommentar. Großkommentar**, Burkhard JÄHNKE/Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Walter ODESKY (Hg.), 20. Lieferung: §§125-141, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 11. Auflage, 1996.
- WANDRES, Thomas, **Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- WEHINGER, Markus, **Der strafrechtliche Schutz** von Bevölkerungsgruppe durch die §§185 ff. und §130 StGB, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.
- WOHLERS, Wolfgang, **Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.