

SILVERMAN, Emily, "Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión" en Cuadernos de Política Criminal, número 63 (1997), pp. 689-699. [Traducción del original LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA: "Haßdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit" en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 104 (1995), pp. 649-658].

"Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión"* por Emily Silverman, J.D., LL.M. Berkeley/Freiburg i.Br.**.

(TRAD. JON MIRENA LANDA GOROSTIZA)

I. Introducción.

Los Estados Unidos cuentan con una larga experiencia en materia de delincuencia xenófoba y además, de acuerdo con los datos recogidos por diversas organizaciones, dicha delincuencia ha sufrido un incremento en la última década. Como respuesta

*.- El presente trabajo se basa en la conferencia que impartí el 16 de noviembre de 1994 con motivo del congreso sobre "Discriminación y difamación de grupos de población-¿posibilidades jurídicas de defensa?" organizado por *Netzwerk Flüchtlingshilfe und Menschenrechte e.V.*, de la escuela superior (*Volkshochschule*) de Hannover y de la sociedad *Adolph-Freiherr-von Knigge* en la *Leibnizhaus* de aquella ciudad. Mi especial gratitud para la Dra. *Susanne Walther* así como para los demás colegas del *Max-Planck-Institut* que han colaborado en la resolución de dificultades idiomáticas.

** Traducción del original "Haßdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 107 (1995), pp. 649 a 658, por Jon LANDA GOROSTIZA. Profesor asociado de Derecho penal. UPV/EHU (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea).

A lo largo del presente texto, el término "Hassdelikte" o "Hate-crime" queda traducido como "delito xenófobo", expresión más próxima al significado de lo que se quiere evocar bajo aquella denominación, que literalmente se traduciría como "delito de odio" o "delito por odio". Puesto que ni la referencia al "odio", ni la referencia a la "xenofobia" permiten delimitar el grupo de conductas que se pretenden englobar bajo aquellas expresiones, he optado por la expresión "delito xenófobo" por ser la más usual en castellano y la que parece imponerse en la propia literatura jurídica sobre esta temática. (Nota del Traductor).

al fenómeno creciente de la "criminalidad xenófoba" (*hate crime*) se han promulgado varias leyes al respecto en los últimos años como, por ejemplo, la relativa a la estadística de crímenes xenófobos (*Hate Crime Statistics Act*), en la que se dispone la organización de un sistema de recogida de datos y la creación de figuras penales específicas destinadas a hacer frente a la comisión de aquella clase de delitos. Por otro lado, las víctimas han comenzado a denunciar a los autores de las agresiones, logrando que prosperen sus demandas. Tanto el ejercicio de acciones civiles como la incriminación penal de conductas xenófobas constituyen formas de tutela que entran en colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión o que, incluso, pueden afectar de plano a dicho ámbito. El análisis de este conflicto constituye el tema principal del presente estudio. En primer lugar, no obstante, fijémonos brevemente en los preceptos referentes a la recogida de datos estadísticos.

II. Recogida de datos estadísticos.

En el año 1990 se recogieron datos sobre la criminalidad xenófoba en más de 17 de los 50 Estados federados así como en algunas ciudades¹. Un estudio relativo a 10 de estos Estados destacaba el hecho de que a pesar de que tales datos incluían un total de 35 variables, desafortunadamente sólo 8 de esas variables coincidían en los 10 Estados federados². La ley federal sobre estadística de crímenes xenófobos (*Hate Crime Statistics Act*)³ promulgada en 1990 intentó, entre otras cosas, unificar los criterios de la recogida de información. Dicha ley extiende a todos los Estados de la Unión la obligación de recopilar información sobre la modalidad, frecuencia y lugar de los delitos cometidos, así como sobre la raza [sic] de los autores y de las víctimas, y la publicación de informes sobre la dimensión de la criminalidad xenófoba⁴. Lamentablemente la ley no requiere la recogida de información sobre la persecución y condena de inculpados a los que se imputen transgresiones de las leyes (anti) xenófobas. Los informes anuales tiene como objetivo servir de ayuda a las autoridades encargadas de la persecución penal a fin de desarrollar una estrategia eficaz de

¹.- B'nai B'rith Anti-Defamation League, ADL Law Report: Hate Crimes Statutes: A Response to Anti-Semitism, Vandalism, and Violent Bigotry, App.A(1988 & Supp.1990).

².- Jack Levin/Jack McDermit, Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed 199, New York 1993.

³.- Hate Crime Statistics Act, Pub.L. N° 101-275, 104 Stat.140, codified at 28 U.S.C.A.§534(note)(1993).

⁴.- Hate Crime Statistics Act at §(b); ver también Uniform Crime Reporting, Hate Crime Data Collecting Guidelines, Federal Bureau of Investigation, U.S.Department of Justice.

prevención frente a estos delitos⁵.

Pero, ¿qué debe entenderse por delitos xenófobos? El legislador federal, tras alguna discusión, ha definido los "crímenes xenófobos" como aquellos ataques que presenten elementos de prejuicio contra la raza, la religión, la orientación sexual o la pertenencia a un pueblo⁶. Resulta difícil de comprender la inclusión en el concepto de "crimen xenófobo" (*hate crime*) de delitos cometidos por razón de la orientación sexual de la víctima⁷, lo que produce una evidente perplejidad dado que delitos cometidos por razón del sexo de la víctima, como la violación, no quedaban recogidos⁸.

La acuñación de una definición legal de la criminalidad xenófoba no ha solucionado el problema de la identificación de tales hechos en la práctica. La policía, en cuanto inmediata responsable de la clasificación del "crimen xenófobo" (*hate crime*), se enfrenta a una labor difícil. Así, mientras que resulta relativamente sencillo calificar como xenófobos algunos hechos como, por ejemplo, el dibujo de una cruz gamada en la pared de una sinagoga, causando de esa forma daños materiales, resulta por el contrario mucho más difícil determinar una motivación de ese tipo, por ejemplo, en delitos de lesiones, ya que los posibles motivos en estos casos pueden ser muy variados. No obstante, en todos los supuestos se espera que el policía de turno, tras una breve investigación, sea capaz de averiguar las motivaciones del autor⁹.

Los datos suministrados por la policía en los tres primeros años de vigencia de la ley de estadística de crímenes xenófobos (*Hate Crime Statistics Act*)¹⁰ difieren en buena medida

⁵.- James B. Jacobs/Barry Eisler, *The hate Crime Statistics Acts of 1990*, 29 *Criminal Law Bulletin* 116 y ss.(1993); Senate Report N° 21, 101st Cong., 1st Sess.2(1989).

⁶.- Hate Crime Statistics Act at §(b)(1): "...crimes that manifest evidence of prejudice based on race, religion, sexual orientation, or ethnicity...".

⁷.- Ver discusión en Jacobs/Eisler, 29 *Criminal Law Bulletin* 100(1993).

⁸.- Ver Elizabeth A. Pendo, *Recognizing Violence Against Women: Gender and the Hate Crime Statistics Act*, 17 *Harvard Women's Law Journal* 157(1994).

⁹.- Jacobs/Eisler, 29 *Criminal Law Bulletin* 107 y ss.(1993).

¹⁰.- Federal Bureau of Investigation, William S. Sessions, Director, release: first data in response to Hate Crime Statistics Act of 1990 (para el año 1991); Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports, Hate Crime Statistics 1992; Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports,

de los ofrecidos por organizaciones privadas como *Los Angeles Country Human Relations Commission*, la *National Gay and Lesbian Task Force* y la *Anti-Defamation League of B'nai B'rith*¹¹. Aunque las informaciones que proporcionan tales organizaciones privadas no puedan ser aceptados sin más, el número llamativamente inferior de "crímenes xenófobos" (*hate crimes*) registrado por las instancias oficiales puede tomarse como indicador de la dificultad con que se enfrentan las instancias oficiales para registrar de forma fidedigna los datos de un fenómeno tan complejo.

III. Libertad de expresión.

La incriminación de conductas o declaraciones motivadas por xenofobia puede llegar fácilmente a colisionar con el ejercicio de la libertad de expresión tan enraizada en la Constitución de los Estados Unidos¹². El derecho fundamental a la libertad de expresión implica una obligación de los poderes públicos de respetarlo, como consecuencia del principio que reconoce que el debate sobre cuestiones públicas debe ser "libre, pleno y abierto"¹³. Los autores del *Bill of Rights* plasmaron su convicción sobre la importancia del "libre mercado" de las ideas (*free marketplace of ideas*¹⁴), como condición imprescindible en una sociedad que aspire al conocimiento de la verdad. La prohibición fundamental de promulgar cualquier disposición que limite la libertad de expresión afecta tanto al Derecho civil como al Derecho penal, al propio uso del lenguaje y a aquellos comportamientos que contengan elementos similares a los lingüísticos¹⁵. El conflicto entre el interés del Estado en la tutela de la libertad de expresión y el deber de protección de sus habitantes frente a agresiones xenófobas se revela con claridad tanto en el campo de los ilícitos civiles (*im zivilen Deliktsrecht*) como en el ámbito del Derecho penal.

Hate Crime 1993 (June 1994).

¹¹.- Joseph M. Fernandez, *Bringing Hate Crime into Focus*, 26 *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review* 261(1991). La *Anti-Defamation League* recoge datos sobre incidentes antisemitas.

¹².- "*Congress shall make no law...abridging the freedom of speech*". U.S.Const.amend.I.

¹³.- "...*debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open*". *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 83, 710, 721(1964).

¹⁴.- Ver *Abrams v. U.S.*, 250 U.S.616, 639(1919).

¹⁵.- A este respecto Rodney A. Smolla, *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech*, New York 1994; Melville Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment*, 21 *U.C.L.A.Law Review* 29(1973).

IV. Reacción jurídico-civil frente a delitos [conductas] xenófobas.

En los Estados Unidos tradicionalmente no ha habido una regulación específica para el ejercicio de una acción civil cuando la demanda del agraviado se fundamenta únicamente en haberse sentido afectado por una injuria verbal: en este caso, las previsiones más cercanas de conductas ilícitas que podrían entrar en juego, la "difamación" (*defamation*) y la "causación intencional de un sufrimiento psíquico"¹⁶, no han podido ser utilizadas -por lo menos hasta fecha reciente- para fundamentar el ejercicio de acciones civiles por daños y perjuicios en tales supuestos¹⁷.

La "*Defamation*", como ilícito civil, permite una reclamación indemnizatoria únicamente cuando haya afectado al prestigio y buen nombre del demandante. Sin embargo, estos presupuestos no concurren cuando el efecto de una manifestación falsa no va más allá de la humillación o el encolerizamiento que padece el afectado: tradicionalmente, las expresiones meramente insultantes no se califican como "*defamation*"¹⁸. Sólo puede apreciarse la existencia de "*defamation*" cuando la manifestación falsa se transmite a un tercero de forma escrita u oral de tal forma que resulte dañado el reconocimiento o prestigio social del agraviado, o influya en terceras personas en su trato con éste¹⁹. En la medida en que la manifestación xenófoba no suele producir esos efectos, la vía de la "*defamation*" no ofrece a la víctima ninguna perspectiva efectiva de indemnización de daños y perjuicios.

La previsión legal de "causación intencional de un sufrimiento psíquico" establece la reparación para alteraciones psicológicas graves provocadas por determinadas conductas singulares y extremas²⁰. Tradicionalmente en base a esta figura no pueden acogerse las reclamaciones de quien se sienta injuriado por ser objeto de meros ataques verbales o escritos.

¹⁶.- En inglés: "*intentional infliction of mental suffering*".

¹⁷.- En referencia a la "*defamation*" ver discusión en W. Page Keeton et al., Prosser & Keeton on the Law of Torts §111, p. 773 y ss.(5th ed. 1984). En referencia a la "causación intencional" ver Restatement (Second) of Torts §46 comment 3(1977).

¹⁸.- W. Page Keeton et al.(pie de página 17), p. 776.

¹⁹.- Ver W. Page Keeton et al.(pie de página 17).

²⁰.- Restatement (Second) of Torts §46(1977); ver discusión en Smolla (pie de página 15), §11.03.

Tales injurias se consideran únicamente simples molestias²¹. Sin embargo, en 1982 el Tribunal Supremo del estado federal de *Washington* autorizó a un ciudadano mexicano-americano a demandar a su empresario en base a una conducta ilícita de esta clase. El Tribunal decidió aceptar la reclamación por daños y perjuicios del perjudicado cuyo presunto sufrimiento psíquico consistía en haber sido objeto de humillación y ridiculización en su puesto de trabajo debido a chistes y observaciones racistas, considerando que "denominaciones racistas que en otro tiempo pertenecían al uso común del lenguaje, ahora ya no pueden ser consideradas 'simples expresiones injuriosas'²². Un año más tarde se hace pública una nueva decisión de un Tribunal de apelación federal en la que se declara la posibilidad, al menos teórica, de aceptar las pretensiones indemnizatorias en supuestos de ese tipo. En un caso en el que miembros de un grupo judío intentaron impedir que se celebrase en su vecindad una manifestación de nacionalsocialistas americanos, el Tribunal decidió que la causación intencional de un sufrimiento psíquico también podía apreciarse en supuestos de exteriorización de observaciones racistas²³.

Algunos autores, no satisfechos con estas posibilidades de tutela, han propuesto la introducción de una nueva figura específica que acogiera el derecho a indemnización por daños y perjuicios causados por el uso de lenguaje racista²⁴. Hasta el momento, sin embargo, no se ha producido un reconocimiento general de tal derecho en este campo.

V. Reacción jurídico-penal frente a los crímenes xenófobos.

Desde hace tiempo existen en los Estados Unidos incriminaciones penales que conminan con el castigo correspondiente distintas conductas de móvil xenófobo. El estado federal de *Georgia*, por ejemplo, como reacción ante las actividades del *Ku-Klux-Klan*, promulgó en 1951 una norma penal que prohibía disfrazarse. Según esta previsión, realiza una conducta punible aquel que se disfraza con la intención de

²¹.- Restatement (Second) of Torts §46 comment d(1977).

²².- "...racial epithets which were once part of common usage may not now be looked upon as 'mere insulting language'." *Contreras v. Crown Zellerbach*, 565 P.2d 1173, 1177(1977)(en banc).

²³.- "...the 'new tort' of intentional infliction of severe emotional distress...may well include personally directed racial slurs". *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197, 1206(7th Cir.), cert. denied, 99 S.Ct.291(1978).

²⁴.- Richard Delgado, *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, 17 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 133(1982).

ocultar su identidad²⁵. Las previsiones penales sobre vandalismo que incriminan la profanación de iglesias, constituyen asimismo una respuesta ante los delitos de xenofobia. En el año 1994, de los 50 Estados de la Unión, 34 de ellos contaban ya con preceptos de este tenor²⁶. Algunos de estos preceptos configuran la conducta típica en base a la profanación dolosa de un cementerio o una iglesia²⁷. En otros estados federales se requiere además la comprobación de una especial motivación del autor, por ejemplo un móvil antisemita o racista²⁸, lo cual disminuye notablemente la probabilidad de una condena al incrementarse la carga probatoria, a lo que se une la habitual dificultad de probar este elemento.

Una tercera clase de figuras penales, que en los últimos años ha cobrado notable atención, hace referencia a las llamadas "expresiones provocadoras" ("*fighting words*"). Se trata de la prohibición de expresiones, sean verbales o sean comportamientos expresivos, que resulten adecuados para provocar de inmediato y con gran probabilidad comportamientos antijurídicos de terceras personas²⁹. Una cuarta modalidad de preceptos, que son también vehementemente discutidos la constituyen los llamados "*penalty enhancement statutes*". Son tipos que agravan la pena de otras conductas delictivas, como por ejemplo las lesiones, cuando se realicen por móviles de xenofobia.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha pronunciado recientemente, en dos casos diferentes, sobre la compatibilidad de la punición de las "*fighting words*" así como de las agravaciones de pena por motivación xenófoba, con la libertad de expresión consagrada en la Constitución³⁰:

1. Expresiones provocadoras ("*Fighting words*").

²⁵.- Georgia Code Annotated §16-11-38(a).

²⁶.- B'nai B'rith Anti-Defamation League, ADL Law Report: Hate Crimes Statutes: A Response to Anti-Semitism, Vandalism, and Violent Bigotry, App.A(1988 & Supp.1990).

²⁷.- Alabama Code §13A-11-12(1993).

²⁸.- California Penal Code §594.3(Deering Supp.1994); Illinois Annotated Statutes ch.38, 21-1.2(1985).

²⁹.- Ver *Brandenburg v. Ohio*, 89 S.Ct.1827, 1829(1969).

³⁰.- Para una discusión de los fundamentos jurídico-constitucionales ver Emily Silverman, Cultures in Conflict: Does Regulation of Hate Crime Comport with the Constitution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 246(1993).

En el caso *R.A.V. v. St. Paul*³¹, fallado en 1992, se planteaba la constitucionalidad de la incriminación de las "*fighting words*". El acusado, junto con unos amigos, durante una noche prendió tres cruces de fuego en las inmediaciones de la casa de una familia de raza negra. Se le imputaba haber transgredido la prohibición de expresiones provocadoras ("*fighting words*") que proscribe determinadas palabras y conductas, entre otras expresamente la quema de cruces, cuando el autor sabe o debería saber que su conducta enoja, atemoriza o altera los estados de ánimo por razón de la raza, el color, la confesión, la religión o el sexo³². El acusado sostenía que su comportamiento estaba amparado por la libertad de expresión y que, por ello, el precepto era anticonstitucional. La Corte Suprema le dió la razón.

A pesar de que los nueve jueces de la Corte Suprema explicitaron que la protección de los derechos humanos de miembros de grupos históricamente discriminados constituía un interés de tutela obligada por el Estado, ante el conflicto entre el interés mencionado y el derecho a la libertad de expresión reconocido constitucionalmente, se pronunciaron por la primacía de la libertad de expresión, si bien con diferentes fundamentaciones. Cinco de los Magistrados consideraron anticonstitucional el precepto, en cuanto que éste ceñía la prohibición a aquellas "*fighting words*" provocadoras de acciones antijurídicas por razón de la raza, el color, la confesión, la religión o el sexo. A su juicio, el derecho a la libertad de expresión no impide al Estado prohibir toda expresión provocadora de delito, todas las "*fighting words*", pero no resulta correcto seleccionar y prohibir determinadas "*fighting words*" porque las encuentre especialmente repulsivas, mientras que otras "*fighting words*" se consideran permitidas. Esto es, cinco miembros del Tribunal hubieran declarado constitucional el precepto en cuestión si éste incluyera en su prohibición todas las "*fighting words*".

Por el contrario, los otros cuatro magistrados estaban de acuerdo con la prohibición selectiva de determinadas "*fighting words*". Desde su punto de vista, el peligro que representa para la libertad de expresión una tal prohibición selectiva resulta insignificante, ya que aquellas "*fighting words*" no suponen ninguna aportación especial fundamental para el libre mercado de las ideas. No obstante, también estos cuatro jueces consideraron anticonstitucional el precepto pero por otra razón: la excesiva amplitud en su formulación. No sólo las "*fighting words*" -argumentaban- sino también otras expresiones como, por ejemplo, las meras injurias, pueden igualmente despertar enojo y miedo sin que ello implique a su vez una provocación a la comisión de delitos. Dado que el precepto

³¹.- 112 S.Ct.2538(1992).

³².- St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn.Legis.Code §292.02(1990).

prohíbe también esta clase de expresiones, lo consideraron incompatible con la tutela a la libertad de expresión. En conclusión, finalmente cinco miembros declararon anticonstitucional el precepto porque prohibía "en defecto", esto es, menos expresiones de las que deberían prohibirse, y cuatro miembros llegan a la misma conclusión final porque el mismo precepto prohibía "en exceso", o sea, demasiadas expresiones.

2. Cualificaciones de pena.

La controversia sobre la constitucionalidad de las agravaciones de pena fue dirimida en 1993 mediante el fallo de la Corte Suprema en el caso *Wisconsin v. Mitchell*³³. Esta decisión era de gran importancia ya que afectaba a preceptos vigentes en más de 32 Estados. El precepto legal objeto de análisis era el del Estado de *Wisconsin*, que preveía agravaciones para delitos tradicionales, como las lesiones, para el supuesto de que el autor eligiera conscientemente a la víctima por razón de su raza o religión, su confesión, su orientación sexual, su lugar de nacimiento o su origen³⁴.

El supuesto fáctico se remontaba a los acontecimientos que tuvieron lugar una noche de octubre de 1987 en la que un grupo de jóvenes hombres negros discutían una secuencia de la película "*Mississippi Burning*" en la cual un hombre blanco apaleaba a un joven negro que estaba rezando. Tras la conversación sobre esta escena preguntó el acusado al grupo: "¿queréis dar una paliza a unos cuantos blancos?...Por allí va un joven blanco. ¡Id a por él!"³⁵ A continuación el grupo apaleó a un joven blanco de 14 años causándole graves heridas. El acusado fue condenado por lesiones graves y además el jurado dió por probado que la víctima había sido escogida por razón de su raza. El precepto agravatorio elevaba el marco penal máximo de 2 años para las lesiones a un máximo de hasta 7 años. El condenado, sentenciado a una pena privativa de libertad de 4 años, alegaba que tal ley penal era anticonstitucional porque le castigaba por sus pensamientos y los pensamientos, al igual que el lenguaje y los meros actos concluyentes (*expressives Verhalten*), quedan amparados en la Constitución. En una decisión unánime rechazó la Corte Suprema tal alegación.

El Tribunal resolvió considerando que los preceptos agravatorios no implicaban el castigo de la actitud interna sino la penalización de un comportamiento concreto: la selección de una víctima determinada, lo cual no se encontraba

³³.- 113 S.Ct. 2194(1993).

³⁴.- Wisconsin Statutes §939.645(1989-90).

³⁵.- "Do you all feel hyped up to move on some white people?...There goes a white boy; go get him." 113 S.Ct. 2196 y ss.

protegido por la Constitución. La Corte Suprema añadió, sin embargo, que, aunque el precepto castigue un comportamiento criminal (y no una actitud), este precepto prevé una pena mayor para el comportamiento cuando éste es cometido por xenofobia que para el mismo comportamiento pero basado en otra motivación. A pesar de dicho reconocimiento, declaró el Tribunal que dicha agravación de pena por la motivación del autor es aceptable y no se opone a la libertad de la actitud interna del demandado. En su argumentación se refería al hecho de que también la comisión de un asesinato por una motivación de lucro económico está más severamente castigada en muchos Estados federales que otras formas de comisión. Más aún, comparando los preceptos agravatorios con las leyes antidiscriminatorias que prohíben al empresario discriminar por razón de la raza, color, religión, sexo o lugar de nacimiento del trabajador, se afirma que el fundamento de aquéllos es similar al que inspira las leyes antidiscriminatorias, las cuales ya fueron declaradas constitucionales por la Corte Suprema.

En resumen, en 1992 la Corte Suprema declara anticonstitucional una prohibición de "*fighting words*" porque implica una prohibición selectiva de determinadas expresiones. Este fallo significó un considerable paso atrás en la lucha jurídico-penal contra los "crímenes xenófobos" (*hate crimes*). Un año más tarde, sin embargo, la Corte Suprema decide que los preceptos que agravan la pena para hechos delictivos tradicionales son constitucionales cuando se basan en motivos xenófobos, aportando así una resolución que posibilita una tutela jurídico-penal potencialmente eficaz contra los "crímenes xenófobos" (*hate crime*).

VI. Ventajas y desventajas de las leyes agravatorias de pena.

La eliminación de las dudas jurídico-constitucionales supone en Estados Unidos un importante paso adelante para la legitimación de la agravación punitiva en los delitos cometidos por xenofobia. Con todo, esta decisión ha zanjado sólo de forma parcial la controversia en torno a los preceptos cuestionados, porque persisten en ellos otros aspectos objetables. Así, algunos autores críticos cuestionan la necesidad de una pena agravada para los delitos motivados por xenofobia cuando el propio tipo básico tiene ya su previsión de castigo. Una posible respuesta a esta objeción se basaría en considerar que los autores motivados por xenofobia merecen una pena más estricta. Afirmación que nos sitúa, cuando menos, ante una cuestión valorativa de libre decisión para el legislador. Un segundo argumento para la agravación de pena se basaría en que los "crímenes xenófobos" (*hate crimes*) ocasionan daños considerablemente superiores, en comparación con otros delitos, tanto a la víctima concreta como a la sociedad. No obstante, esta afirmación requiere el correspondiente respaldo empírico. ¿Inspiran los delitos xenófobos conductas de imitación? ¿Provocan una criminalidad revanchista? ¿Ocasionan un tipo de

daño que no se produce en otros delitos?. Si es así, ¿cuál?.
¿Provocan intranquilidad social?.

Un segundo ámbito de controversia se refiere a la cuestión de qué grupos son los que deberían resultar especialmente protegidos a través de estos preceptos. Las minorías históricamente discriminadas están, sin lugar a dudas, necesitadas de protección, pero las mujeres, las personas mayores, los inmigrantes y un gran número de otros grupos pueden, de igual manera, ser escogidos selectivamente como víctimas por los delincuentes. ¿Es justo castigar más severamente sólo los hechos delictivos contra alguno de estos grupos? Y, por último, se plantea incluso la cuestión de si la mayoría blanca, a pesar de su histórica dominación, está necesitada de protección. Si no es así, a un autor que escoge selectivamente una víctima blanca no le corresponde pena agravada alguna.

Los preceptos agravatorios de pena poseen también un significado simbólico que no puede pasarse por alto. Las leyes que ponen de manifiesto una firme reprobación social frente a los "crímenes xenófobos" (*hate crimes*), podrían desencadenar efectos positivos en la sociedad. Por otra parte, si la pena depende de las características de la víctima, podría extenderse la opinión de que el Estado favorece a determinadas víctimas o que determinados grupos son tan débiles que no pueden valerse por sí mismos sin medidas especiales. Además, el propio papel del Derecho penal en la lucha contra la xenofobia y la intolerancia es objeto de discusión. Por último, la punición sólo debiera entrar en juego cuando no exista ninguna otra alternativa eficaz. De todas formas, resulta dudoso que el Derecho penal sea un medio adecuado para eliminar prejuicios.