

PATRICIA LAURENZO COPELLO

**Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Málaga**

La discriminación en el Código Penal de 1995

Sumario:

I. LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. ORIGEN Y ENUMERACIÓN. II. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN LAS CONDUCTAS INCRIMINADAS: 1. Los caracteres distintivos del trato discriminador. **2.** El efecto de la noción de discriminación sobre la configuración de los bienes jurídicos tutelados. **III. EL MODELO DE PROTECCIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. 1.** Los preceptos de carácter genérico. Notas comunes. **2.** Los delitos en particular: *a) El delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones. b) El delito de justificación o negación del genocidio. c) El supuesto específico de asociación ilícita.* **3.** La circunstancia agravante 4ª del art. 22 C. P.

I. LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. ORIGEN Y ENUMERACIÓN

El Código Penal de 1995 presta una atención desconocida hasta ahora en nuestro ordenamiento a las conductas discriminatorias, optando de modo decidido por la vía punitiva como medio para hacer frente a dichos comportamientos. Aun cuando en la Exposición de Motivos se lee que la pretensión del legislador no es la de convertir al Derecho penal en el medio principal de lucha contra los fenómenos discriminatorios, sino sólo la de contribuir, de modo complementario, al mandato constitucional de garantizar la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos (art. 9.2. C.E.), lo cierto es que no son pocos —ni menos aún restringidos— los ámbitos en los que se recurre a la sanción penal como medio de prevención de aquellas conductas.

Este paso sustancial en la intervención punitiva responde en gran medida a las tendencias internacionales favorables a la represión de ciertos comportamientos discriminatorios que, sin ser nuevas¹, se han visto fortalecidas en los últimos tiempos

1 Es sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando, por motivos obvios, se asienta esta corriente en el ámbito internacional. Además del Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, cabe mencionar, por la importancia que adquiere como antecedente de la nueva regulación sobre provocación a la discriminación, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 —B.O.E. de 30 de abril de 1977—, cuyo art. 20.2 dispone que “toda apología del odio nacional, racial

como consecuencia de los brotes de violencia racista y xenófoba² que se extienden de forma preocupante por muchos países de nuestro entorno y a los que España tampoco es ajena. De hecho, esa preocupación internacional por contar con medios adecuados y suficientes para hacer frente al proceso creciente de violencia y segregación de ciertos grupos étnicos, raciales, etc. ha sido invocada de modo directo en el trámite de discusión parlamentaria del nuevo Código Penal como fundamento para la inclusión de algún precepto que en principio no formaba parte de la batería de medidas antidiscriminación prevista en el Proyecto presentado por el Gobierno³.

o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". Sobre la evolución del tratamiento de la discriminación en los documentos internacionales vid. RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 88 y ss.

- 2 Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, por la que se introdujo en el Código penal anterior el delito de apología del genocidio y varios preceptos relacionados con la discriminación. Allí se dice, en efecto, que la legislación española vigente hasta entonces resultaba insuficiente para hacer frente a los brotes de racismo y xenofobia de los últimos tiempos y no respondía a las líneas trazadas por los Tratados internacionales ratificados por España.
- 3 Me refiero al ya polémico art. 607.2 relativo a la difusión de ideas que nieguen o justifiquen prácticas genocidas o se encaminen a rehabilitar regímenes que amparen dichas actividades. Aunque el precepto es fruto de una enmienda transaccional suscrita en el Senado por todos los grupos, la iniciativa partió del Grupo Parlamentario Popular y fue defendida por el Senador López Henares, quien expresamente citó en apoyo de su propuesta la siguiente declaración de la Cumbre de Jefes de Estado Europeos celebrada en Viena en 1993: "Alarmados por el resurgimiento actual del fenómeno terrorismo, de xenofobia y de antisemitismo y la multiplicación de actos de violencia de este carácter, se recomienda e invita a los Estados a asegurar la puesta en práctica de una legislación efectiva con el propósito de combatir el racismo y la discriminación. Igualmente se insta a los Estados a reforzar y poner en marcha medidas de prevención con el fin de combatir la xenofobia y el antisemitismo, así como la intolerancia destinando una atención especial y particular a las medidas destinadas a reforzar la toma de conciencia de estos fenómenos y establecer la confianza en la sociedad" - *Diario de sesiones del Senado*, Nº 94, 26 de octubre de 1995, p. 4881.

Pero no son únicamente las recomendaciones internacionales las que permiten explicar el avance del Derecho Penal en el ámbito de la lucha contra la discriminación. También el vuelco que se detecta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los últimos años en lo relativo al contenido del principio de no discriminación (art. 14, inciso segundo de la Constitución) parece favorecer aquella tendencia. En efecto y como habrá oportunidad de ver detenidamente más adelante, en los últimos años el T.C. se inclina por establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana, sentando así las bases para predicar la especial gravedad de las conductas vinculadas a dicho fenómeno y, con ello, la justificación de la intervención penal. Particularmente significativa resulta en este sentido la STC 214/1991 de 11 de noviembre —conocida como el Caso Violeta Friedman—, en la que el Tribunal realiza, como bien se ha dicho, una auténtica “declaración institucional de contenido ético en contra del racismo y la discriminación”⁴.

Podría decirse, pues, que la amplia gama de preceptos antidiscriminación que contiene el Código Penal de 1995 es el resultado de un proceso paulatino de toma de conciencia nacional e internacional respecto al fenómeno de marginación al que se ven sometidos determinados colectivos por el sólo hecho de compartir alguna característica —raza, lengua, religión, orientación sexual, etc.— que los distingue de los cánones de “normalidad” imperantes en la sociedad⁵.

4 Así lo expresa CUERDA-ARNAU, *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 5245, autora que además considera que dicha Sentencia constituyó la base para la reforma penal de 1995 relativa a las figuras de apología del genocidio y la discriminación. Los argumentos del caso Friedman se reproducen, por lo demás, en la reciente STC 176/1995 - B.O.E. 12/1/1996-, relacionada con el album “Hitler= SS”.

5 En la moderna discusión científica en torno al fenómeno de la discriminación y, en particular, a la hora de otorgarle cierta autonomía respecto al trato desigual genérico, aparecen las “minorías” como punto de referencia casi obligado. Si bien no resulta sencillo extraer una noción unívoca de minoría, lo cierto es que, en general, se apunta con este concepto a un colectivo humano diferenciado del resto por ciertas características propias que son

Con todo, es conveniente no perder de vista que ese avance criminalizador ha estado condicionado en gran medida por el resurgimiento de ciertas ideologías racistas y xenófobas que, al promover la violencia y hostilidad hacia aquellos grupos, se traduce en una atmósfera general de intranquilidad. Este aspecto resulta de especial importancia en el análisis jurídico-penal, puesto que no pocas veces se recurre precisamente a ese efecto de las actividades discriminatorias sobre el resto de la sociedad —esto es, sobre la paz o el orden públicos— para justificar la intervención penal⁶. Ello explica, además, que a pesar de la histórica situación de marginación en que han vivido muchos colectivos, nuestro Código Penal no contuviera durante años prácticamente ninguna respuesta específica al fenómeno. Si bien en la década de los setenta comenzó a prestársele ya alguna atención⁷, no fue hasta la Reforma de 1983 cuando el

compartidas por todos sus miembros y cuya peculiaridad más notable reside en no ocupar una posición dominante en el seno de la sociedad. Su esencia no se encuentra, pues, en el simple hecho de compartir alguna particularidad externa que los distingue del resto, sino en la posición desventajosa que ocupan en la sociedad como consecuencia de su diferencia. En definitiva, en la disvaloración de sus rasgos diferenciales por parte de la mayoría dominante. Cfr., al respecto, DE LUCAS, *Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 15, 1993, pp. 99 y ss., en especial p. 101; PRIETO SANCHIS, *Igualdad y minorías*, ponencia presentada en las XV Jornadas de filosofía jurídica y social, Universidad Carlos III, abril de 1995.

- 6 En Alemania, por ejemplo, el legislador menciona expresamente la “paz pública” como bien jurídico afectado o puesto en peligro por las conductas relacionadas con la incitación a la discriminación o al odio racial —así el parág. 130 del Código penal alemán, vid DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Munich, 47° ed., 1995, parág. 130, N° 1b—. Tampoco sería de extrañar que se intentara una interpretación similar en España, puesto que algunos de los nuevos delitos están directamente relacionados con la figura de la apología, una clase de ilícito penal que no pocos autores han vinculado con el orden o la paz públicos —cfr. al respecto, críticamente, MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en Poder Judicial, N° 9, 1988, pp. 23 y ss.; CUERDA ARNAU, *Observaciones...*, cit., pp. 5248 y ss—.
- 7 En la década de los 70 se introdujo en el Código penal el delito de genocidio —Ley 44/1971 de 15 de noviembre—, un supuesto que, por otra parte,

legislador mostró claramente su interés en prevenir aquella clase de comportamientos⁸ y aún así, lo hizo de un modo todavía tímido si se lo compara con la amplísima gama de medidas que contiene el Código del 95, muchas de ellas provenientes de una ley muy cercana en el tiempo, la Ley Orgánica 4/1995⁹.

Vistas así las razones que contribuyen a explicar el avance del Derecho penal en el ámbito que nos ocupa, es conveniente prestar atención ahora a los preceptos concretos en los que se cristaliza dicho proceso criminalizador.

Aunque no resulta sencillo encontrar algún criterio que permita la sistematización de aquellos preceptos, tal vez cabría establecer una distinción inicial entre lo que podrían llamarse medidas antidiscriminación genéricas y otras de carácter específico; esto es, entre disposiciones que, con mayor o menor fortuna, intentan prevenir conductas que fomenten o favorezcan las actitudes de discriminación en el conjunto de la sociedad o, de un modo más drástico, supongan un enfrentamiento directo y general con determinadas minorías, y otras que se concretan en

más que proteger frente a determinadas conductas generadoras de marginación, previene el modo más drástico y brutal de discriminación: la propia eliminación del grupo. Por su parte, la Ley 23/1976 incorporó al Código Penal una modalidad específica de asociación ilícita tendente a reprimir las organizaciones que promoviesen “la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica” -art. 172, 4º, vigente hasta la reforma de 1983-. Téngase presente, sin embargo, que se trataba de una modalidad atenuada de asociación ilícita. Ese privilegio desapareció con la reforma de 1983, pero, a cambio, las causas de discriminación se redujeron, limitándose a la de origen racial. Cfr., sobre todas estas cuestiones, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas. Discriminación racial, en Comentarios a la Legislación Penal*, T.V, Vol. 2º, Madrid, 1985, pp. 644 y ss.

- 8 De esta reforma provienen, por ejemplo, los delitos de discriminación en la prestación de servicios públicos —arts. 165 y 181 bis del Código penal anterior—.
- 9 Esta ley, además de introducir la apología del delito de genocidio, recogió la provocación y apología de la discriminación y una nueva agravante genérica vinculada con los motivos racistas o discriminadores del autor.

ámbitos o bienes especialmente “sensibles” al fenómeno de la discriminación¹⁰.

En relación al primer grupo, parece incuestionable que por la gravedad de las conductas que contiene y por constituir la forma más brutal de discriminación que quepa imaginar, corresponde citar, ante todo, el ya clásico delito de *genocidio* (art. 607.1 CP). Sin embargo, es de esperar —y desear— que las actividades relacionadas con la marginación de ciertos colectivos sociales no lleguen hasta el punto de hacer necesaria la aplicación en España de este tipo penal. De uso mucho más frecuente pueden resultar, en cambio, aquellas disposiciones que, en una primera aproximación, cabría caracterizar como preventivas de los fenómenos discriminadores en general. En este ámbito debe mencionarse, en primer lugar, el delito de *provocación a la discriminación* contenido en el art. 510 C.P., la figura tal vez más genérica de cuantas se prevén en el nuevo Código¹¹ y cuyo complemento, en caso de configurarse a través de organizaciones, se encuentra en el art. 515.5° relativo a las *asociaciones ilícitas* que “promuevan la discriminación, el odio o la violencia..”. También corresponde a este grupo el delito de difusión de *ideas o doctrinas* que nieguen, justifiquen o, en general, promuevan las *prácticas genocidas* (art. 607.2 C.P), un supuesto muy emparentado con la tan discutida figura de la apología. Por último, igualmente la *circunstancia* 4° del art. 22, que califica el hecho si el delito se comete por motivos *racistas, antisemitas u otra clase de discriminación*, constituye una medida antidiscrimina-

10 Cfr. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994, pp. 192 y ss., quien con razón señala que, en función de la causa de discriminación de que se trate, cabrá determinar un ámbito de derechos o bienes más fácilmente afectado por la discriminación. Así menciona, por ejemplo, los derechos a la educación, a la vivienda y al trabajo como aspectos especialmente vulnerables en la discriminación racista.

11 Una figura semejante del Código Penal alemán, en la que se castiga la incitación al odio racial o por otros motivos (parág. 130, N° 1) ha sido definida en aquel país como el tipo genérico antidiscriminación, vid. al respecto DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, cit., parág. 130, N° 1.

dora de carácter general y ello no sólo por la razón obvia de encontrarse entre las agravantes genéricas, sino porque, a diferencia de su par del Código Penal anterior, ahora ya no se limita su aplicación a un conjunto determinado de delitos, sino que sencillamente se extiende a todos¹².

Por lo que se refiere a las medidas relacionadas con determinados ámbitos o bienes concretos, parece claro que aquí el legislador ha tenido en cuenta, ante todo, aquellos aspectos de la vida de quienes pertenecen a algún colectivo minoritario que con mayor frecuencia se ven afectados por actitudes de exclusión, marginación u hostilidad. Esa finalidad cabe atribuir a delitos tales como la *discriminación en el empleo* (art. 314 C.P.) y la *denegación de prestaciones* correspondientes a un servicio público o privado (arts. 511 y 512 C.P.). La misma razón explicaría las agravaciones específicas contenidas en los delitos de *descubrimiento y revelación de secretos*¹³ (art. 197.5 C.P.) y de *amenazas*¹⁴ (art. 170). Por último, aunque esta vez relacionado con un campo concreto de la actividad científica y no con bienes individuales de los miembros de ciertos colectivos, resulta obligado hacer referencia a uno de los nuevos tipos de manipu-

12 En efecto, mientras el art. 10.17 del Código de 1973 circunscribía la aplicación de la agravante por motivos de discriminación a los delitos contra las personas y el patrimonio, el texto del nuevo Código penal se limita a decir "Cometer el delito por...", una redacción que claramente la hace aplicable a todas las figuras.

13 La pena se aplica en su mitad superior, entre otros casos, si las conductas tipificadas como descubrimiento y revelación de secretos afectan "a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual" de la víctima.

14 Dentro de las amenazas agravadas por dirigirse a atemorizar a una generalidad de personas, la ley menciona expresamente a los grupos étnicos como posibles destinatarios. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en este caso la referencia resulta totalmente supérflua, puesto que a continuación el artículo extiende la agravación a cualquier grupo amplio de personas, noción que comprende ya a los grupos étnicos. Sólo cabe explicar aquella referencia como una manifestación más del afán, a veces desmedido, del legislador, por expresar la desvaloración penal de los comportamientos lesivos de los derechos de las minorías.

lación genética, concretamente aquel que castiga “la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (art. 161.2º C.P.)¹⁵. Aunque no es nada sencillo determinar qué se pretende proteger en estos casos, lo cierto es que existe un componente en dichas conductas que lo vincula a nuestro tema, puesto que la creación de seres idénticos supone, como bien se ha dicho, “la construcción programada de discriminaciones entre individuos, ya sean éstos contruidos como hombres-superiores o como hombres-inferiores”¹⁶.

Hasta aquí la enumeración de las que hemos denominado “medidas antidiscriminación”¹⁷. Como se habrá visto, el elemento utilizado para identificar dichos preceptos es simplemente el *motivo genérico* que lleva al legislador a incluirlos en el Código Penal, que no es otro que la finalidad de evitar comportamientos que supongan un trato despreciativo, vejatorio o violento hacia determinadas personas o grupos por presentar éstos ciertos rasgos de identidad —biológicos o sociales— que los distinguen de la generalidad. Se trata de un punto de partida que

15 Realiza un completo análisis de las repercusiones jurídicopenales de esta clase de conductas HIGUERA GUIMERA, *Consideraciones jurídicopenales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I)*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 1, 1994, pp. 49 y ss. y (II) en Nº 2, 1995, pp. 93 y ss.

16 MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, Nº 1, 1994, p. 107. Se refieren, por su parte, a los derechos a la individualidad o a la diferencia genética sin duda emparentados con el fenómeno de la discriminación (aunque estos autores no extraen tales consecuencias), VALLE MUÑIZ/GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, en Poder Judicial, Nº 26, 1992, p. 128.

17 No se trata, desde luego, de una enumeración cerrada. Pueden existir otros preceptos en el Código penal que igualmente resulten reconducibles a la idea general de evitar actitudes discriminatorias en el seno de la sociedad. Sin embargo, los preceptos seleccionados ofrecen una buena muestra del alcance y sentido de la intervención penal en el contexto que estudiamos y, por ello, resulta suficiente para los fines de este trabajo.

merece una decidida valoración positiva, puesto que la finalidad de evitar o mitigar los efectos de la intolerancia no sólo es digna de aprecio, sino que incluso resulta obligada para un legislador atento a los principios básicos de un Estado democrático.

Sin embargo, ello no es suficiente todavía para dar por bueno el modelo de intervención elegido. La utilización del Derecho penal como medio preventivo no se legitima exclusivamente por la finalidad perseguida con la incriminación de conductas. Sólo si dicho objetivo se encauza dentro de los límites del *ius puniendi* podrá admitirse la legitimidad de la intervención penal y desde luego no son pocos los filtros que en este sentido deben superarse¹⁸. Piénsese, por ejemplo, en la ya polémica agravación genérica fundada en los móviles racistas o, en general, discriminatorios, del autor. Es indudable que se intenta con ello reforzar las medidas de prevención frente a comportamientos que supongan el menosprecio de determinadas personas o grupos por el solo hecho de presentar rasgos diferenciales, es decir, se pretende abrir un frente más en la lucha contra la intolerancia¹⁹. Pero esa finalidad —desde luego acertada— no es suficiente por sí misma para justificar el recurso a la pena. Desde hace muchos años se ha acuñado como uno de los límites infranqueables del Derecho Penal —y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional²⁰— el principio de responsabilidad por

18 La gran mayoría de los autores deducen los límites y exigencias del Derecho penal de criterios constitucionales o, en general, de la noción de Estado social y democrático de Derecho. Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, *passim*; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995, en especial, pp. 100 y ss.; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª ed., Valencia, 1993, pp. 233 y ss.

19 La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, antecedente inmediato —aunque más restringido— de la circunstancia que comentamos lo deja perfectamente claro al justificar esta medida, como otras que introduce en la misma línea, por la necesidad de “emprender una acción decidida” para luchar contra la violencia racista y antisemita que se extiende por Europa.

20 Cfr., al respecto, ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., p. 278.

el hecho cometido o, lo que es lo mismo, el principio conforme al cual las actitudes del autor o la peligrosidad que pueda derivarse de su modo de pensar no permiten fundamentar por sí solas la intervención penal o su gravedad²¹. De ahí que una agravación genérica basada exclusivamente en el móvil del autor resulte sospechosa, desde el principio, de rebasar ese límite.

Por todo ello se hace indispensable comprobar si el modelo de intervención jurídico-penal elegido se ajusta a los grandes principios del Derecho Penal, lo que nos lleva, ante todo, a la identificación del o de los bienes jurídicos protegidos.

II. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN LAS CONDUCTAS INCRIMINADAS

El presente apartado tiene por objeto averiguar si la finalidad o motivo común que, como se ha visto, enlaza a todos los preceptos relacionados con la discriminación, se traduce igualmente en la comunidad de objeto de protección, esto es, si existen uno o varios bienes jurídicos que concedan unidad a todas aquellas normas. Esta tarea no sólo tiene importancia desde el punto de vista de la legitimación de la intervención penal, sino que resulta especialmente significativa para la concreta interpretación de los tipos.

Si partimos de que el lazo de unión de todos los preceptos mencionados reside en su caracterización como medidas orientadas a luchar contra la discriminación, un término, además, que no pocas veces es utilizado expresamente en la ley para definir las conductas prohibidas, parece lógico comenzar el análisis precisamente por ese concepto. Se trata de averiguar, pues, qué debe entenderse por discriminación en la legislación penal.

21 Cfr., por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, P.G., 2º ed., Madrid, 1990, pp. 85 y s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, P.G., 2º ed., Valencia, 1987, pp. 261 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, P.G., 3º ed., Barcelona, 1990, pp. 106 y 108.

1. Los caracteres distintivos del trato discriminator

En el ámbito penal resulta frecuente la identificación del trato discriminatorio con el trato desigual o, lo que es lo mismo, las conductas de discriminación suelen interpretarse como lesiones del principio de igualdad, sin más especificaciones²². Sin que esta afirmación resulte errónea, puesto que, en efecto, toda discriminación supone una desigualdad, lo cierto es que ya muchos autores —y desde hace algunos años también en parte el Tribunal Constitucional²³— reservan aquel concepto para algunas modalidades concretas de trato desigual. La noción de discriminación adquiere así una cierta autonomía, convirtiéndose en un tipo de conducta especialmente grave y reprochable.

Que el mandato de no discriminación está directamente relacionado con la igualdad se deduce, entre otras muchas razones, de su inclusión en un mismo precepto del texto constitucional (el art. 14 C.E.). Sin embargo, es precisamente el sentido de dicho precepto lo que ha permitido señalar sus caracteres diferenciales. En particular, se llama la atención sobre la relación que establece el inciso segundo del art. 14 entre el trato discriminatorio y las razones que lo originan²⁴. De aquí se extrae un primer componente del concepto que permite establecer ya una distinción inicial con el trato desigual genérico. En efecto, mientras que este último se identifica sustancialmente con el tratamiento “arbitrario”, sin que sea preciso que dicha arbitrariedad

22 Cfr., por ejemplo, en relación al supuesto de asociación ilícita GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones...*, cit., p. 646; también TERRADILLOS BASOCO, en *Código Penal Comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 390; QUERALT, *Derecho Penal Español*, P.E., 2º ed., Barcelona, 1992, p. 789. Otros autores, en cambio, resaltan el objetivo específico de cumplir con el mandato constitucional de no discriminación, concediéndole así una cierta especificidad. Vid., en este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., 10º ed., Valencia, 1995, p. 675.

23 Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en este aspecto vid. FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación en la jurisprudencia constitucional*, en *Relaciones Laborales*, T.I, 1993, pp. 160 y ss.

24 Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit. p. 70.

se fundamente en alguna peculiaridad de la víctima que la distinga de los demás²⁵, la discriminación, en cambio, se caracteriza precisamente por el origen del trato desigual, porque las causas que lo producen están siempre relacionadas con ciertos *caracteres diferenciales* de la víctima²⁶.

Pero, además, no se trata de cualquier particularidad del sujeto pasivo, sino de ciertas características que, conforme a las valoraciones sociales imperantes, pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social. De ahí la importancia de la concreta enumeración constitucional de las causas de discriminación, ya que, aun siendo abierta²⁷, apunta en todos los casos a las peculiaridades de algunas personas o grupos que los colocan en una situación de inferioridad respecto al resto, respecto de la mayoría dominante²⁸. Aparece así un segundo componente

25 Cfr., además de la obra citada en la nota anterior, APARISI MIRALLES, *Notas sobre el concepto de discriminación*, ponencia presentada en las XV Jornadas de filosofía jurídica y social, Universidad Carlos III, abril de 1995. En general, sobre la evolución de la concepción del principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional vid. SUAY RINCON, *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, passim.

26 Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., pp. 72 y ss., 171 y s. Igualmente REY MARTINEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, pp. 58 y s., donde afirma que se trata “de un mismo principio, el de igualdad, que opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación. Cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc, la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio... la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato”.

27 Si bien el constituyente deja abierta la enumeración a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, ello no impide que se conceda un sentido a las razones expresamente mencionadas, porque, como con razón se ha dicho en la doctrina, todas ellas hacen referencia a situaciones sociales de inferioridad o marginación —así RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., p. 70—. Esas otras condiciones o circunstancias personales o sociales mencionadas genéricamente deberán interpretarse, pues, conforme a ese mismo parámetro. Así, por ejemplo, supuestos recogidos por el nuevo Código penal, como la orientación sexual o, en algunos casos, la enfermedad, tienen cabida en dicho contexto.

28 Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., pp. 72 y s., donde estos autores señalan, certeramente, que la enumeración del

esencial del concepto de discriminación. Esta implica siempre un menosprecio, un trato peyorativo²⁹, que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran determinados colectivos por el solo hecho de compartir sus miembros ciertos caracteres que los distinguen de la generalidad³⁰.

A su vez, de las notas indicadas se deduce otra característica que desde hace algunos años viene resaltando el Tribunal Constitucional como elemento constitutivo de las conductas de discriminación: su efecto sobre la propia dignidad humana³¹. Ciertamente si la discriminación supone un trato desigual hacia determinadas personas únicamente porque en ellas concurre alguna peculiaridad diferencial, nos encontramos ante una negación de su condición de seres humanos iguales a los demás, efecto éste que afecta a su dignidad personal³².

Resumiendo, podría caracterizarse el trato discriminatorio como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos

art. 14 debe interpretarse como “un diagnóstico de éste (s.c. el constituyente) sobre la realidad o peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deben evitarse y erradicarse”.

- 29 Resaltan especialmente esta particularidad, indicando en consecuencia que el trato discriminatorio es siempre “contra” el sujeto pasivo, RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., pp. 168 y s.
- 30 Señala en este sentido DE LUCAS —*Algunos problemas...*, cit., p. 101— que la discriminación de ciertas minorías no surge directamente de los rasgos diferenciales que caracterizan a sus miembros, sino de un proceso de desvaloración de esos rasgos en tanto suponen desviaciones respecto de la normalidad.
- 31 FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación...*, cit.p. 162, señala la STC 128/87 de 16 de julio como el punto de partida de esta línea jurisprudencial, una concepción que permite al Tribunal Constitucional establecer diferencias entre la discriminación y el trato desigual en sentido genérico. Son especialmente significativas, además, las ya mencionadas SSTC 214/1991 y 176/1995, ambas relacionadas con los límites de las libertades de expresión y opinión.
- 32 Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., pp. 109 y s. En el ámbito jurídico penal apunta a esta idea MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 675.

o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia.

2. El efecto de la noción de discriminación sobre la configuración de los bienes jurídicos tutelados

Así vistas las cosas, la conducta discriminadora apunta directamente hacia un bien esencial de toda persona: el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás, una pretensión que, por vincularse con las condiciones básicas de la existencia de cualquier individuo, se relaciona con la idea de dignidad personal. Nos encontramos, pues, ante un bien jurídico individual, aunque en ocasiones resulte lesionado a través de conductas dirigidas a un grupo.

No se me escapa que al introducir la idea de igualdad en la configuración del bien jurídico habrá quien piense que se está intentando erigir en objeto de tutela penal a lo que no es más que un “principio” difícilmente delimitable y, por tanto, inidóneo para marcar con precisión las fronteras de la intervención penal. Esta objeción sería admisible si se hubiera partido, como ya hemos dicho que hacen algunos autores, del derecho genérico a la igualdad, puesto que, en efecto, aquél es un derecho carente de contenido positivo propio y sólo susceptible de configuración negativa, esto es, como el derecho a no ser tratado de forma desigual³³. De ahí que resulte más que discutible la posibilidad de convertir el derecho a la igualdad, como tal, en objeto de protección penal. Pero nada impide que determinadas situaciones personales dependientes de la vigencia del principio de igualdad y que se consideran esenciales dentro del marco de convivencia

33 En este sentido FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación...*, cit., pp. 153 y s., autora que con razón advierte que el derecho a la igualdad sólo puede definirse a partir de comparaciones en situaciones concretas y no “con rasgos delimitados y susceptibles de ser analizados en abstracto”. Ello explica que se ponga en duda su carácter de auténtico “derecho” a pesar de que el art. 53.2 C.E. le concede un status semejante al resto de los derechos fundamentales.

trazado por la Constitución reciban la protección de las normas penales. Lo importante en la determinación de un bien jurídico³⁴ es que se capten situaciones sociales claras —bien atribuibles individualmente a los ciudadanos, bien a la comunidad— consideradas como condiciones esenciales para la convivencia y que, por reunir caracteres bien delimitados, resulten susceptibles de ser lesionadas a través de comportamientos humanos³⁵. Pues bien, a mi modo de ver esas notas están presentes en el objeto de tutela que hemos descrito como sustento de los preceptos dirigidos a prevenir la discriminación: se parte de una situación de paridad entre los ciudadanos con independencia de cuál sea su raza, etnia, ideología, religión, etc. Así definido el bien jurídico, también resulta claro cuándo y cómo se lesiona: cuando un comportamiento concreto coloca al afectado en una situación de desventaja —de marginación— precisamente *porque* reúne alguna de aquellas características personales o sociales que la ley expresamente enumera³⁶.

Pero, en mi opinión, no se agotan aquí las notas valorativas del principio de no discriminación. Además de esa dimensión inequívocamente individual, las conductas de discriminación producen también un efecto sobre el conjunto de la sociedad. Y no me refiero con ello a las posibles repercusiones sobre la paz o el orden públicos, bienes que en otras legislaciones de

34 Sobre los diversos criterios de selección de los bienes jurídicos cfr. DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pp. 19 y ss. En relación a la influencia de la Constitución sobre la delimitación de los bienes jurídico-penales vid. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi**, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1989-1990, pp. 208 y ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 27 y ss.

35 Sobre la necesidad de que los bienes jurídicos reúnan caracteres tales que hagan posible su lesión a través de las conductas que el Derecho penal prohíbe u ordena, cfr. RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico* (traducción de E. Bacigalupo), en *Nuevo Pensamiento Penal*, Nº 7, 1975, p. 341.

36 Téngase en cuenta que el legislador penal -correctamente- se ha apartado en este punto de la fórmula abierta del art. 14 C.E., señalando de modo explícito y cerrado las causas que dan lugar al comportamiento discriminatorio punible.

nuestro entorno se consideran implicados por expreso imperativo legal³⁷, pero que, como bien se ha dicho entre nosotros, conducen a resultados insatisfactorios. Ello se debe fundamentalmente a que al tratarse de bienes sumamente difíciles de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre ellos acaba siendo totalmente difuso. Así se habla, por ejemplo, de la creación de un clima general de intranquilidad³⁸ o de una atmósfera favorable a la violencia³⁹, criterios todos ellos que, por su total falta de concreción, terminan trasladando el problema al juez que debe aplicar los tipos. Además, dado que aquí se inten-

37 Es lo que sucede, por ejemplo, en el Código penal alemán, cuyo parág. 130 I—directamente emparentado con nuestro art. 510—relaciona específicamente las conductas de incitación a la discriminación o al odio racial con un bien jurídico colectivo: la “paz pública”, aunque complementándolo en algunos casos con la dignidad personal. El texto del precepto mencionado es el siguiente:

(1) Quien, de un modo idóneo para perturbar la *paz pública*,

1. incite al odio hacia sectores de la población o provoque que se tomen medidas violentas o arbitrarias contra ellos, o

2. afecte la *dignidad humana* de terceros por la vía de injuriar, desacreditar maliciosamente o difamar a sectores de la población, será penado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

38 En Alemania, este efecto se ha vinculado con la perturbación de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica, lo que se traduciría en un estado general de inquietud en la población o en un sector de ésta. Cfr. DREHER/TRÖNDLE, StGB, cit., parágs. 130, N°2 y 126, N° 2; habla de un “sentimiento de seguridad” en la población, RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 2, 4° ed., parág. 130, N° 9.

39 Entre nosotros la discusión sobre estas cuestiones ha girado en torno a la apología punible, un supuesto que, aunque no se menciona expresamente en los tipos que nos ocupan, sin duda se encuentra implícito en muchos de ellos. Se muestran favorables a las ideas mencionadas en el texto GONZALEZ GUITIAN, *La apología en la reforma penal*, en RFDUC, Monog. 6, 1983, p. 396; MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Madrid, 1982, pp. 174 y s.; críticamente, entre otros, MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 23 y ss.; CUERDA-ARNAU, *Observaciones...*, cit., pp. 5250 y s.; MIRA BENAVENT, *El caso del diario “Egin”: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en ADPCP, 1987, p. 522.

ta identificar bienes jurídicos comunes a todas las formas de discriminación punible —una tarea que tiene por finalidad precisamente evitar vaguedades y ofrecer un contexto de protección preciso—, es aún más claro que bienes tales como la paz o el orden públicos no resultan satisfactorios. En efecto, si prescindimos por un momento de los delitos que hemos calificado como medidas preventivas de carácter genérico —la provocación a la discriminación o al odio, por ejemplo— resulta que existen otros tipos que aún definiendo comportamientos claramente discriminadores, no parecen, sin embargo, idóneos para perturbar aquellos bienes supraindividuales. Piénsese, v.g., en el delito de discriminación en el empleo, un supuesto que, atendiendo al menos a algunas de las causas de discriminación enumeradas (ideología, religión, raza, sexo, etc), responde totalmente a la noción de discriminación de la que se ha partido, sin que comporte, en cambio, peligro alguno para ese sentimiento general de tranquilidad al que en ocasiones se hace referencia.

Pero que no sea la paz pública el bien supraindividual afectado por las conductas de discriminación, no significa que no exista un componente colectivo amenazado por dichos comportamientos. En mi opinión, las conductas dirigidas a discriminar a determinadas personas o grupos afectan directamente al *modelo de convivencia* trazado por nuestra Constitución⁴⁰ y de

40 Así lo reconoce expresamente la STC 176/1995 al juzgar la historieta “Hitler=SS”, un tebeo en el que se relata de modo burlesco la vida en los campos de concentración nazis. Dice, entre otras cosas, el TC que la forma vejatoria y humillante elegida para describir al pueblo judío en dicho tebeo entra “en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales...” (F.J.5- subrayado añadido).

41 El genocidio, por ejemplo, en sus resultados, supone la directa lesión de ese modelo de convivencia plural al que de inmediato se hará referencia, aunque tal como se encuentra recogido en el Código penal, puede decirse que se adelantan las barreras de protección, bastando con el peligro de lesión que se deriva del exigido propósito de destruir total o parcialmente a un determinado grupo —art. 607.1—. De ahí que POLAINO NAVARRETE lo califique como “delito de resultado cortado” —en *Código Penal Comentado*, Akal, cit., p.360.

ese modo lesionan o al menos ponen en peligro⁴¹ uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho.

Del conjunto de las disposiciones constitucionales se deduce que nuestro Estado social y democrático de Derecho se construye en base a las ideas de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, garantizándose el ejercicio efectivo de la libertad e igualdad a todos los ciudadanos y grupos —art. 9.2 C.E.—, sin que pueda prevalecer, como expresa el art. 14, discriminación alguna “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁴². Si se tiene en cuenta, además, que el art. 13 extiende la garantía de las libertades públicas a los extranjeros⁴³, parece claro que nos encontramos ante un modelo respetuoso de las diferencias y orientado a la integración de todos los colectivos que componen el entramado social.

Así vistas las cosas, entiendo que las conductas de discriminación, en tanto suponen precisamente la creación o profundización de desigualdades entre los miembros del cuerpo social por razón de ciertos caracteres diferenciales —presentándose así como comportamientos esencialmente “intolerantes”— entran en conflicto directo con el modelo de convivencia establecido por la Constitución.

42 Establece una interesante relación entre la tolerancia y los mandatos constitucionales vinculados con la igualdad real y la prohibición de discriminación -todo ello sobre la base del art. 3 de la Constitución italiana semejante a los preceptos arriba mencionados de nuestro texto constitucional-, FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, pp. 947 y ss.

43 Aunque ciertamente de un modo menos enérgico de lo que sería deseable, ya que el alcance efectivo de dichas garantías se deja en manos del legislador ordinario e incluso en algunos casos parece que la propia Constitución optara por limitarlos. Esto último podría deducirse, por ejemplo, del art. 19 C.E., en el que se proclama la libertad de circulación de “los españoles”. Cfr., al respecto, PEREZ ALONSO, *La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros*, en Homenaje al Prof. A. Sainz Cantero, II, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 13, 1987, p. 74.

De cuanto se ha dicho se deduce, pues, que dos son los bienes jurídicos implicados en todo trato discriminatorio: *el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución*⁴⁴.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca esa doble perspectiva en el trato discriminatorio no significa que ambos aspectos necesariamente tengan la misma trascendencia desde el punto de vista de la fundamentación de los preceptos penales. El propio contexto constitucional en el que se acoge el mandato de no discriminación —directamente vinculado al principio de igualdad y dotado, en virtud del art. 53.2 CE, del carácter de derecho fundamental— pone de manifiesto que la perspectiva esencial es en todo caso la *individual*. Lo que da sentido y concede un contenido específico al trato discriminatorio es su efecto sobre un derecho básico del ser humano y es sin duda ese aspecto el que permite considerarlo merecedor de sanción penal. Pero esto no impide que se tome en cuenta igualmente la dimensión colectiva a la que se ha hecho referencia, puesto que sin ella, el perfil del daño social resultante no estaría completo. Bien es verdad que una conducta aislada de discriminación —o un conjunto de ellas—, en contadas ocasiones perturbarán de modo decisivo el modelo de convivencia plural reconocido en nuestra Constitución⁴⁵, pero lo que sí puede decirse de todo trato discriminatorio es que, precisamente por constituir una manifestación de marcada intolerancia, supone al menos un peligro para la preservación de aquellas pautas sociales. Este efecto de las conductas que analizamos sobre el conjunto de la sociedad constituye, pues, un elemento a tener en cuenta de cara a evaluar su dañosidad social.

44 Un aspecto este último, por lo demás, que con diversos matices se cita generalmente como objeto de tutela del delito de genocidio. Cfr., entre otros, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español*, P.E., 16^o ed, Madrid, 1993, p.660; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., p. 642; VIVES ANTON, en *Derecho Penal*, P.E, cit., p. 47.

45 Eso explica que dicho bien no pueda erigirse en objeto único de protección.

Las dos dimensiones se complementan, entonces, para configurar la conducta discriminadora: la perspectiva individual la dota de contenido; la colectiva contribuye a determinar su gravedad.

III. EL MODELO DE PROTECCIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Una vez identificados los bienes jurídicos, corresponde preguntarse por los medios específicos que ha escogido el legislador penal para concederles tutela.

Ciertamente el criterio más claro de sistematización es el que permite agrupar los preceptos en función de que se orienten a prevenir la discriminación de modo general o, por el contrario, que se centren en determinados aspectos de la realidad social especialmente vulnerables al fenómeno. Téngase en cuenta que no se trata de una clasificación basada en objetos de tutela distintos, puesto que, como se ha visto, los bienes jurídicos implicados son siempre los mismos. Lo que varía son los ámbitos en los que se les protege: mientras el primer grupo de preceptos abarca la realidad social en su conjunto, el segundo se concreta en algunos sectores de ésta.

Esa diferencia influye, a su vez, sobre la técnica de tutela escogida. No es casual, en efecto, que la mayoría de las medidas de carácter general se estructuren en base al peligro que ciertas conductas comportan para los bienes tutelados, mientras que las que se refieren a campos específicos constituyen mayoritariamente supuestos de *lesión* de aquellos⁴⁶.

46 Tal vez no sea el caso de la agravante prevista en el delito de descubrimiento y revelación de secretos —art. 197.5º—. El hecho de que terceras personas —aunque sólo sea el autor del delito— tengan conocimiento de ciertos datos vinculados con la ideología, raza, etc., de la víctima todavía no implica un trato discriminador, sino únicamente una lesión de la intimidad. Lo que sucede es que ese conocimiento puede originar tratos discriminadores en el futuro y, por eso se agrava la pena. De ahí que considere que estamos ante una agravante fundada en un *peligro* y no en la lesión de los bienes que estamos estudiando.

Por otra parte, en ambos campos el legislador recurre tanto a la creación de *delitos autónomos* como a la formulación de *agravantes* directamente relacionadas con la discriminación (arts. 22.4° y 197.5 C.P.).

Nos encontramos, así, ante un amplísimo sistema de protección en el que se ha hecho uso prácticamente de todas las técnicas con las que cuenta el Derecho penal para prevenir la lesión de bienes jurídicos, lo que pone de manifiesto la clara opción del legislador por la vía punitiva como medio para combatir los comportamientos discriminadores. Un recurso tan amplio al Derecho penal siempre origina reparos desde el punto de vista del principio de intervención mínima y muy especialmente cuando no se duda en adelantar de modo sistemático las barreras de protección o en extender la punición prácticamente a todos los ámbitos de la vida social. Dado que estas notas están presentes en particular en los que hemos denominado preceptos “*antidiscriminación de carácter genérico*”, se comprenderá que el análisis que sigue se centre precisamente en ellos.

1. Los preceptos de carácter genérico.

Notas comunes

Ya se adelantó que los supuestos aquí implicados serían los siguientes: **la provocación al odio, la violencia o la discriminación** contenida en el art. 510 C.P.; las **asociaciones ilícitas** que “promuevan la discriminación, el odio o la violencia..” (art. 515.5° CP); el **genocidio** (607.1 C.P); la **difusión de ideas o doctrinas** que nieguen, justifiquen o, en general, promuevan las **prácticas genocidas** (art. 607.2 C.P) y la agravante genérica de actuar por **motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación** (art. 22, 4°).

En una primera aproximación, lo que parece dar unidad a todas estas conductas es el *peligro* que comportan de creación o profundización de actitudes intolerantes y hostiles hacia ciertos colectivos que pueden desembocar en actos concretos de

marginación de sus miembros. Existe, en consecuencia, un adelantamiento general de la protección: las conductas se tipifican, no porque supongan necesariamente la lesión de los bienes tutelados —en particular, del derecho individual a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro—, sino porque son idóneas para ponerlos en peligro.

Esta característica la comparte incluso el delito de genocidio por lo que se refiere al grupo perseguido en sí mismo, puesto que, como ya se ha dicho, basta con que el autor de los hechos allí enumerados los emprenda con el fin de destruirlo total o parcialmente para que el delito se consume. Sin embargo, si el punto de mira se traslada a los miembros concretos del colectivo que se ven afectados por alguna de las conductas previstas —desde el homicidio hasta los desplazamientos forzosos—, no cabe duda que se produce una situación efectiva de exclusión, es decir, la lesión del bien jurídico. También es difícil de encuadrar en este contexto la agravante genérica del art. 22.4°. Aquí todo depende de cómo se perfile la circunstancia y, muy especialmente, de si la razón de la agravación se hace depender exclusivamente de la motivación o si, se exige, además, algún elemento objetivo en el que esa motivación se concrete. De todos modos, no es ésta la única peculiaridad del art. 22.4° respecto a los restantes preceptos generales antidiscriminación, ya que su propia naturaleza circunstancial la separa del resto exigiendo un análisis específico.

En cualquier caso, antes de proceder a un estudio particularizado de aquellos preceptos, es conveniente hacer referencia a otro elemento que les concede cierta unidad. Me refiero a las causas de discriminación enumeradas en la ley. Excepción hecha del delito de genocidio —en el que los colectivos protegidos se corresponden con las pautas trazadas internacionalmente⁴⁷— en todos los demás supuestos las causas de discrimi-

47 Sobre la génesis del delito de genocidio en el plano nacional e internacional vid. un completo análisis en RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 656 y ss.

nación coinciden⁴⁸ generalmente⁴⁹, concretándose en las siguientes características del sujeto o grupo afectado: **raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión u otras creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.**

De todas ellas, puede plantear problemas de interpretación, ante todo, la “nacionalidad”, puesto que surge la duda de si ese término va referido únicamente a las nacionalidades distintas de la española o se incluyen también las internas⁵⁰. Este último punto de vista podría encontrar apoyo en el art. 2 de la Constitución que, tras declarar el carácter indisoluble de la Nación española, garantiza “el derecho a la autonomía de las *nacionalidades* y regiones que la integran”. Nuestra ley fundamental reconoce entonces expresamente la existencia de nacionalidades diversas dentro del Estado español. Sin embargo, la ausencia de un desarrollo jurídico concreto sobre cuáles son

48 En el Proyecto inicial del Gobierno las causas de discriminación previstas en los diversos preceptos no coincidían totalmente. Su homogeneización se produjo en la fase de tramitación parlamentaria, al tiempo que se amplió el catálogo de supuestos comprendidos. Así lo reconoció con satisfacción el Ministro de Justicia e Interior en el discurso que abrió el debate en el Pleno del Senado. Vid. *Diario de Sesiones del Senado*, Nº 93 de 25 de octubre de 1995, p. 4754.

49 Respecto a los que hemos denominado “preceptos genéricos”, al margen del ya mencionado delito de genocidio, sólo se observa una diferencia en la agravante del art. 22.4º, puesto que éste no contempla la “situación familiar” como posible motivación discriminadora. Por lo que se refiere a las medidas específicas, las causas enumeradas coinciden plenamente en los delitos previstos en los arts. 511, 512 y 314, aunque en este último se añaden otras circunstancias recogidas del art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores—como la representación sindical o el parentesco con otros trabajadores— que constituyen más bien lesiones del principio de igualdad genérico y no auténticos motivos de discriminación. Por su parte, el art. 197.5 rompe la coherencia general, omitiendo algunos supuestos —por ejemplo, la situación familiar o el sexo— y formulando otros de modo distinto. Se habla, v.g., de los datos relacionados con la “salud” de la víctima, en lugar de referirse a la “enfermedad”, y la orientación sexual se sustituye por la “vida sexual”. Como tendré oportunidad de demostrar más adelante, no creo que estas diferencias modifiquen el sentido “antidiscriminador” de la agravante.

50 En este último sentido, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ -*Derecho Penal...*, cit. p. 727.

esas nacionalidades introduce desde el inicio un grado de indeterminación difícilmente compatible con el principio de legalidad. Además, si no se quiere ofrecer una interpretación en sí misma “discriminatoria”, de extenderse la protección penal a los ciudadanos de determinadas nacionalidades internas, lo mismo habría que decir de quienes se ven marginados por pertenecer a alguna “región” del Estado, puesto que la Constitución las equipara a aquéllas. Esto último, sin embargo, superaría el tenor literal del texto penal, convirtiéndose en interpretación analógica prohibida. Con el fin de evitar estas disfunciones, tal vez sea más acertado limitar el término “nacionalidad” a los extranjeros.

Pero ciertamente es la “situación familiar” la causa más discutible de las enumeradas en la ley. Algunos autores la han definido como “...el estado de soltero, casado, viudo, divorciado, separado o simplemente unido de hecho con otra persona sin mediar lazos legales”⁵¹. Desde mi punto de vista, a esto habría que añadir los diversos supuestos de filiación, porque aunque afortunadamente cada vez es menos frecuente la marginación, por ejemplo, de los hijos de madres solteras, no es de descartar algún tipo de discriminación fundada en ésta y similares condiciones. De todos modos, probablemente el legislador se excedió al incluir esta causa de discriminación en los preceptos que pretenden prevenir el fenómeno en términos genéricos⁵², puesto que no parece que en la actualidad la situación familiar de las personas sea una fuente de grave desvaloración social. No tiene sentido que la condición familiar se equipare a la raza o a la ideología y se olviden, en cambio, otros factores personales que juegan un papel mucho más evidente como causas de marginación. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones económicas precarias, en particular, cuando éstas se traducen en mendicidad o ausencia de hogar.

51 Así, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ -*Derecho Penal...*, cit., p. 727-.

52 Probablemente sólo debió considerársela en el ámbito de la discriminación en el empleo que es donde realmente la situación familiar de una persona puede originar un trato discriminatorio.

Por otra parte, también la “orientación sexual” es algo difícil de concretar. A mi entender, esta circunstancia hace referencia a las *tendencias* sexuales de las personas, es decir, al carácter de homosexual, bisexual o heterosexual. No creo que pueda incluirse, en cambio, el modo de ejercer la sexualidad, porque si bien este criterio permitiría captar ciertos supuestos evidentes de marginación —como la prostitución—, resultaría una ampliación desmedida de este motivo discriminador. Así, habría que considerar abarcadas todas las formas posibles de enfrentarse a la sexualidad: desde el celibato hasta la promiscuidad sexual⁵³.

Esa limitación, fundada en una interpretación estricta del término legal, no es posible, en cambio, cuando nos trasladamos a la “enfermedad” como causa de discriminación. Aquí quedarían captadas todas las alteraciones más o menos graves de la salud, sin que la expresión gramatical permita distinguir entre las que son fuente de auténtica marginación —como el SIDA— y las que carecen de dicha aptitud. Ello no significa, sin embargo, que cualquier trato desigual fundado en alguna “enfermedad” del afectado dé lugar a la aplicación de los preceptos que estamos estudiando. No debe olvidarse que la discriminación es algo más que un trato arbitrario: se requiere que una persona, por ciertas condiciones que le son propias, sea colocada en una situación de *inferioridad y marginación social*. No es lo mismo, por ejemplo, incitar a los padres de un colegio a no llevar a sus hijos al centro hasta que la dirección expulse a una niña portadora del virus del SIDA, que alentarlos a que exijan el despido de un profesor que, por padecer frecuentes depresiones, falta muchos días a clase. En este último caso la enfermedad del afectado puede desembocar en un trato desigual, pero no lo coloca en una situación de marginación respecto de sus semejantes. Supuestos como éste quedarían, en consecuencia, al margen de

53 Únicamente en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cabría una interpretación más amplia, puesto que allí se habla de la “vida sexual” de la víctima. Sobre esta particularidad se volverá más adelante.

los preceptos penales analizados por carecer de aptitud para poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Por último, es de lamentar que el legislador no haya optado por una redacción única para definir las causas de discriminación y aun más que en algunos preceptos se decida por formulaciones reiterativas que podrían dar lugar a equívocos en la interpretación de su contenido. Así, por ejemplo, no creo que exista ninguna diferencia entre “cometer el delito por motivos racistas” o “antisemitas” y cometerlo movido por la “discriminación referente a... la etnia” o “raza” de la víctima. Quien actúa conforme a este último sentido, lo hace indudablemente por motivos racistas y si la etnia objeto del ataque es la judía, se comporta por motivos “antisemitas”. Por eso, resulta difícil comprender qué sentido puede tener la utilización de ambas formulaciones en un mismo precepto, como sucede en la agravante genérica del art. 22.4° y en el delito del art. 510. Desde el punto de vista normativo sólo puede interpretarse como una duplicidad innecesaria, puesto que si de discriminación se está hablando, lo importante son las circunstancias personales o sociales que el legislador considera susceptibles de originar un tratamiento de aquellas características y esas circunstancias, en los ejemplos mencionados, son la raza y la etnia, sin más especificaciones. En esa medida, quizá la fórmula más adecuada sea la del art. 515.5° en la que se habla de promover a la discriminación, etc., *por razón* de las causas allí enumeradas. La mención previa de los motivos racistas o antisemitas que se desliza en la agravante genérica y en el art. 510 quizá se explique como un intento del legislador por marcar claramente *su propia motivación* a la hora de elaborar estos preceptos⁵⁴. Pero para ello

54 En este sentido puede resultar esclarecedor el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, antecedente inmediato de los preceptos que estudiamos y donde ya figuraban algunos de sus desaciertos, por ejemplo, la referencia expresa al antisemitismo. Allí se justifica la reforma, ante todo, por “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi...”. Ya se ha hecho mención a esta motivación inmediata del legislador del 95 y nada hay que objetar a sus fines. Pero una

están las exposiciones de motivos. Incluirlo en la formulación legal, sobre todo cuando ésta es de por sí difícil de delimitar, resulta totalmente impropio y puede originar confusiones en la interpretación.

2. Los delitos en particular

Para prevenir de modo genérico el fenómeno de la discriminación, el nuevo Código penal cuenta con cuatro delitos, dos de ellos —los de provocación a la discriminación y asociación ilícita— recogidos en el apartado que se dedica al “ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución” (dentro del Título XXI de los “delitos contra la Constitución”) y los restantes —el genocidio y la difusión de doctrinas con él vinculadas— en el Título XXIV relativo a los “delitos contra la Comunidad Internacional”.

Si se tiene en cuenta que el delito de genocidio encuentra su razón de ser en un Convenio internacional de máximo nivel y que las conductas por él abarcadas se cuentan entre las formas más graves de atentar contra la dignidad humana y la propia existencia de los grupos humanos, queda fuera de duda su plena legitimación en cualquier Código penal democrático y poco cabe añadir a las interpretaciones que ya se han hecho de él. No sucede lo mismo con los otros tres delitos mencionados. Todos ellos son de creación relativamente reciente y, en general, se han redactado de un modo tan poco preciso que resulta sumamente difícil establecer con claridad su contenido y límites. Si a ello se agrega que, por contemplar supuestos mucho menos drásticos que los previstos en el delito de genocidio, es previsible su aplicación más frecuente, se comprenderá que el análisis que sigue se centre en dichos supuestos.

vez decidida y justificada la reforma, ningún motivo hay para recoger expresamente esas razones en la ley. Las recomendaciones internacionales se hubieran cumplido igual —y con mejor técnica legislativa— de no haberse dejado llevar por las emociones.

a) *El delito de provocación “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones”*

Ya adelanté que, en mi opinión, estamos ante un delito de peligro y, para ser más específicos, de *peligro abstracto*.

Lógicamente esta interpretación viene condicionada por la decisión que se ha tomado sobre los bienes jurídicos protegidos⁵⁵. Así, por lo que se refiere al menos al bien jurídico individual —que es, como se ha dicho, el determinante de la intervención penal—, está claro que su lesión requiere un *acto concreto de discriminación*, porque sólo cuando una persona es concretamente relegada a una situación de grave desventaja en razón de su raza, etnia, creencias, etc, se conculca su derecho a ser tratada como un ser humano igual a los demás. En consecuencia, las conductas que no impliquen directamente ese resultado⁵⁶ podrán suponer, en su caso, un peligro para el bien jurídico, pero no lo lesionan.

Pues bien, si atendemos a las exigencias típicas del art. 510, se encuentran diversos argumentos que permiten concluir que aquí no se requiere aquel resultado lesivo.

Ante todo, la propia conducta típica: provocar a la discriminación significa incitar a que otros discriminen, es decir, a que *otros* lesionen los bienes jurídicos tutelados. La provocación por sí misma no origina una situación concreta de desven-

55 Cabrán, en consecuencia, otras interpretaciones si se parte de un marco distinto de protección. Sin embargo, supuestos como la incitación al “odio” racial resultan por sí mismos tan amplios que, incluso quienes los relacionan con bienes jurídicos tales como el “orden público” o la “paz pública”, entienden que en estos casos no habría más que una conducta “idónea” para dañarlos y no directamente perjudicial. Cfr. DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, cit., parág. 130, N° 2; LACKNER, *StGB*, cit., parág. 126, N° 4, autores que califican aquel supuesto como un delito de “peligro potencial” en el que basta con la aptitud del comportamiento para perturbar los bienes tutelados.

56 Llamam la atención sobre el papel del resultado en la configuración del trato discriminatorio RODRIGUEZ-PINERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad...*, cit., pp. 172 y s., definiéndolo como “la creación de una situación discriminatoria objetiva, que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudique sus intereses o que agrave las cargas”.

taja para una persona, sino que, en todo caso, crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros⁵⁷. De ahí que se pueda considerar una conducta *peligrosa* para el bien jurídico tutelado, pero desde luego no un comportamiento lesivo.

Por lo demás, existe otro dato que permite deducir que nos encontramos ante un delito de peligro. Me refiero al hecho de que la ley mencione como posibles destinatarios de la discriminación únicamente a los *grupos o asociaciones*, prescindiendo, al menos en apariencia, de sus miembros individuales⁵⁸.

No creo que esa referencia deba interpretarse como una mención expresa de los sujetos pasivos, puesto que, al protegerse un bien jurídico esencialmente individual, sus titulares sólo pueden ser los *miembros* del grupo y no el colectivo en sí. Además, de seguirse tal criterio, se llegaría a la absurda conclusión de considerar atípicas las provocaciones dirigidas a conseguir que se discrimine a una única persona, aunque en ella concurra alguna de las circunstancias previstas en el tipo. Así, no resultaría punible conforme al art. 510, por ejemplo, quien en una reunión pública incitara a tomar medidas para expulsar de un barrio a la única persona de raza negra que vive allí⁵⁹. Es obvio que esta

57 Ello no excluye que la conducta provocadora pueda lesionar otros bienes del potencialmente discriminado. Al contrario, lo más frecuente es que tales comportamientos vayan acompañados de consideraciones despectivas hacia el colectivo y en consecuencia podría producirse una lesión del honor de las personas pretenecientes al mismo. De hecho, ésta es la línea trazada por el Tribunal Constitucional en su polémica Sentencia 214/1991, donde admite una dimensión colectiva del derecho al honor. Cfr. FELIU REY, *El caso de Violeta Friedman...*, cit., passim.

58 No sucedía lo mismo en el art. 165ter del Código anterior, donde la referencia normativa eran las *personas o grupos*.

59 Aquí la punición sólo sería posible si el contenido de la provocación fuese constitutivo de un delito determinado y si respecto a dicho delito el Código considerase punible la provocación. No es que necesariamente me parezcan insuficientes los preceptos generales, pero teniendo en cuenta que el legislador ha decidido dotar a los potenciales destinatarios de un trato discriminatorio de una protección especial, no resulta coherente que un caso como éste, en el que la posibilidad de la lesión del bien jurídico es mucho más cercana, quede fuera del contexto punitivo.

conclusión es improcedente, puesto que el peligro de lesión del bien jurídico es incluso mayor y más cercano que si se incita, v.g., a tomar medias para apartar a los ciudadanos de raza negra, en general.

Resultados inaceptables como el descrito se evitan, en cambio, si la mención legal no se entiende como una delimitación de los sujetos pasivos, sino como otro modo de intensificar la tutela penal. Me explico. Al poner el punto de referencia en el propio colectivo (grupos o asociaciones), el legislador pretende evitar que se cree en los ciudadanos una actitud hostil⁶⁰ —de rechazo— hacia los caracteres que distinguen al grupo, una actitud que, en definitiva, sienta las bases para posibles actos de discriminación hacia sus miembros. El objeto de tutela siguen siendo, pues, los miembros individuales del grupo⁶¹, lo que sucede es que aquí la protección se adelanta doblemente. Ni siquiera es necesario que la conducta provocadora cree un peligro directo para alguno de ellos⁶², sino que basta con que sea idónea para originar una hostilidad que, a su vez, puede —y sólo puede— concretarse en un acto de discriminación.

Bien es verdad que esta interpretación da lugar a un espectro excesivamente amplio de conductas punibles, pero con otros bienes jurídicos no se consiguen mejores resultados. Al menos manteniendo un objeto de protección con perfiles precisos, será más sencillo hacer efectiva una limitación propia de

60 Ese es, como se verá luego, el sentido de la palabra “odio”.

61 Lo que no excluye, lógicamente, que la conducta discriminadora pueda dirigirse a varias personas reunidas en una asociación o grupo determinado. Sería el caso, por ejemplo, si a través de pasquines se incita a los vecinos de un pueblo a que impidan entrar en los bares a los enfermos de SIDA que viven en una granja vecina. Téngase en cuenta, por cierto, que el Código de 1995 no considera punible la provocación en el delito de coacciones, lo que significa que esta conducta, de no castigarse a través del art. 510, probablemente quedaría impune.

62 De haberse exigido que la provocación tuviera por objeto la discriminación de los miembros del colectivo y no del grupo en sí mismo, tal vez se hubieran sentado las bases para interpretar el tipo como un delito de peligro concreto.

todos los delitos de peligro abstracto: la exigencia de la peligrosidad de la acción⁶³, o lo que es lo mismo, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado⁶⁴.

Además, no sólo esta última exigencia —implícita en el tipo— permite establecer límites al delito que estudiamos. De la propia definición de la conducta típica pueden extraerse otras restricciones. Veámoslo.

El comportamiento prohibido consiste en “provocar”, una clase de conducta que el Código penal define expresamente en el art. 18.1 en los siguientes términos: “La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”.

Basta una observación superficial para comprender que la definición transcrita no puede trasladarse íntegramente al comportamiento típico que analizamos. Y ello por la sencilla razón de que la provocación definida en la Parte general consiste en la incitación a cometer un delito, punto de referencia este último que no está presente, al menos necesariamente, en el art. 510. Aquí se trata de provocar a “la discriminación, al odio o a la violencia” y ninguno de estos tres términos presupone por sí mismo una conducta delictiva.

63 La “paz pública”, por ejemplo, no permite ese efecto limitador, porque el propio bien jurídico es ya suficientemente difuso.

64 Cfr., con más referencias, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992, pp. 178 y s. No se me escapa, de todos modos, que la legitimidad de un delito no depende exclusivamente de que pueda establecerse una relación de lesión o de peligro con los bienes que se pretenden proteger. Por lo que se refiere a los tipos que aquí se estudian, debió tenerse en cuenta la importante limitación que implican para ciertos derechos fundamentales del potencial delincuente, en particular, los de opinión, expresión y asociación. Pero el legislador no parece haber reparado en estos aspectos al seleccionar las conductas prohibidas. Cfr., críticamente, respecto a la modalidad de asociación ilícita promotora de la discriminación racial, VIVES ANTON, en *Derecho Penal, P.E.*, cit., pp. 75 y s.,

Pero este inicial distanciamiento entre el art. 510 y el art. 18.1 no excluye que puedan tomarse en consideración otros elementos de aquella definición legal. La propia génesis del art. 510 ofrece argumentos para establecer una correlación entre ambos preceptos. Particular significación adquiere, en este sentido, la desaparición de la apología como forma específica de provocación a la discriminación, un elemento típico que figuraba en el art. 165ter del Código anterior y en el Proyecto actual⁶⁵. En mi opinión, ello no significa que la apología deje de ser una forma punible de provocación a la discriminación, sino, más bien, que en este punto el legislador se remitió al art. 18.1, donde se describen con carácter general los requisitos de la apología punible⁶⁶.

Por lo demás, no son sólo argumentos relacionados con la elaboración del art. 510 los que dan sentido a la interpretación que se propone. Existe igualmente un paralelismo desde el punto de vista valorativo. Ya hemos visto que el art. 510 supone un adelantamiento considerable de las barreras de protección penal cuya explicación se encuentra en la importancia de los bienes jurídicos tutelados: el legislador pone bajo pena las conductas allí descritas simplemente porque resultan idóneas para poner en peligro los objetos protegidos. Pues bien, en el caso de la provocación del art. 18.1 las razones de la punición no son muy diferentes. También aquí se adelanta notablemente la tutela hasta el punto de considerar punible un acto que, en sí mismo,

65 El referido art. 165ter decía: “Los que provoquen o inciten, directamente o mediante apología....”. Una redacción muy similar se mantuvo en el texto del nuevo Código penal aprobado por el Congreso de los Diputados (art. 502) —vid. *Boletín de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Nº 77-13, 19 de julio de 1995. La referencia a la apología desapareció finalmente en el Senado.

66 Según el art. 18.1. párrafo segundo, la apología sólo será punible como “forma de provocación” y cuando constituya una incitación directa a cometer un delito.

no pasa del ámbito de la preparación del delito⁶⁷. De modo más o menos generalizado los autores explican, además, este adelantamiento por la especial peligrosidad que comporta esa clase de acto preparatorio⁶⁸, un elemento que, conforme al nuevo Código penal, no sólo se extrae de los caracteres de la provocación, sino de la importancia del bien jurídico tutelado⁶⁹. En definitiva, nos encontramos ante dos supuestos valorativamente paralelos: tanto la genérica provocación para cometer delito definida en el art. 18.1 como la provocación a la discriminación del art. 510 implican un adelantamiento notable de las barreras de tutela penal justificado —al menos teóricamente— por su idoneidad para poner en peligro ciertos bienes de especial importancia.

Así vistas las cosas, parece lógico que nos remitamos al art. 18.1 a la hora de perfilar el alcance de la provocación tipificada en el art. 510. Si el fundamento de la punición es similar, tiene sentido que se preste atención a las exigencias trazadas por el legislador para configurar la conducta provocadora, puesto que es de imaginar que los caracteres que se le han atribuido legalmente son precisamente los que hacen que dicho comportamiento revista especial peligrosidad y sea, por tanto, merecedor de sanción penal.

Pues bien, desde mi punto de vista, dos son los elementos contenidos en la definición legal de provocación que deben

67 Sobre las diversas tesis que se han sostenido en la doctrina en relación a la naturaleza jurídica de la provocación y la posición mayoritaria que la caracteriza como acto preparatorio, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid, 1986, pp. 85 y ss.

68 Expresamente en este sentido MIR PUIG, *Derecho Penal*, P.G., 3^o ed., Barcelona, 1990, p. 359; en general, sobre esta cuestión, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación...*, pp. 238 y ss..

69 Téngase en cuenta, en efecto, que el Código de 1995 modifica profundamente la línea punitiva en este punto, pasando del principio de punición general de la conspiración, proposición y provocación para delinquir al más adecuado sistema de excepcionalidad. Así lo declaran expresamente los arts. 17 y 18 CP.

trasladarse a la conducta típica del art. 510: la *publicidad* y la exigencia de que constituya una *incitación directa*.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el art. 18.1 requiere que la incitación se realice “por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”. De este modo el nuevo Código viene a aclarar una cuestión que se discutía en relación a la legislación anterior⁷⁰, esto es, que la provocación necesariamente debe realizarse con publicidad. La incitación privada es, por tanto, impune⁷¹.

Igual que sucedió con la apología, también la exigencia de publicidad figuró en el delito de provocación a la discriminación hasta bien avanzada la tramitación parlamentaria del Proyecto de nuevo Código penal⁷² y constaba también en el art. 165ter del Código anterior. Su supresión en el texto definitivo permite dos interpretaciones contrapuestas: cabe entender que el legislador se remite en este punto —como en la apología— a la definición de provocación del art. 18.1, lo que significa que dicho requisito debe considerarse implícito en la definición de la conducta típica; o, por el contrario, puede interpretarse que la supresión da lugar a una ampliación de los comportamientos típicos, incluyéndose también la incitación privada. Este segunda vía resulta inaceptable, sin embargo, por varios motivos.

Ante todo, porque, como ya se ha dicho, dado el paralelismo valorativo entre la provocación a cometer delito y esta

70 Sobre esta controversia y optando por la aceptación de medios indiferenciados conforme al texto del art. 4 del Código penal anterior, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación...*, cit., pp. 120 y ss.; tradicionalmente, en favor de la limitación a la provocación pública, ANTON ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 439.

71 Salvo, lógicamente, que pueda calificarse como inducción.

72 Todavía existía en el texto aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, en el art. 502. Véase el texto íntegro aprobado por el Pleno en *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. V Legislatura. Serie A, Nº 77-13, 19 de julio de 1995.

forma específica de provocación a la discriminación, lógico es atenerse a lo que el legislador expresamente ha considerado imprescindible para justificar el adelantamiento de las barreras de protección más allá de las reglas generales, esto es, más allá de la fase del comienzo de ejecución. El hecho de incitar públicamente, llegando a una pluralidad de personas, sin duda incrementa el peligro de esta clase de conductas y por eso tiene sentido que se convierta en un presupuesto de la punibilidad. Además, no debe olvidarse que en el art. 510 la ampliación de la tutela se produce también por otra vía, concretamente, al no requerirse que la incitación tenga por objeto la comisión de un delito, bastando, en su modalidad más extensa, con que se intente originar con ella una actitud de hostilidad hacia los colectivos protegidos. Si esto se combina con una ampliación de la conducta típica a la mera incitación privada, se llega sencillamente a cotas de intervención penal que sobrepasan con creces los límites de legitimidad. En esta clase de comportamientos el peligro para los bienes jurídicos protegidos o es totalmente remoto o, sencillamente, no existe. Pensemos, por ejemplo, en alguien que en una conversación privada con varios amigos parados, les incita a enfrentarse a los inmigrantes marroquíes alegando que son ellos quienes les quitan el trabajo. Incluso si este comportamiento diera efectivamente lugar a una actitud hostil por parte de sus receptores hacia aquellos extranjeros, la conducta seguiría siendo ajena al Derecho penal. Y ello porque el peligro para los bienes tutelados por las medidas antidiscriminación se encuentra aquí excesivamente mediatizado. Al carecer la instigación de la capacidad expansiva que es propia de las incitaciones públicas, el peligro de concreción en un trato discriminatorio efectivo es ya bastante menor. Pero, además, precisamente por limitarse a un ámbito privado, no parece que la conducta resulte apta para poner en cuestión el modelo de convivencia plural que consagra nuestra Constitución. Es más, si conductas como la descrita se considerasen abarcadas por el Derecho penal, se llegaría a incoherencias valorativas muy difíciles de explicar. ¿Qué sentido tiene, por ejemplo, que la incitación pri-

vada a cometer un homicidio sea impune⁷³ y se castigue, en cambio, la creación en personas determinadas de un mero sentimiento de hostilidad que ni siquiera es preciso que se vincule con la comisión de hechos delictivos?

Lo dicho da sentido, pues, a la incorporación de la exigencia de publicidad en la conducta típica del art. 510. Téngase presente, en todo caso, que esta limitación no significa dejar impunes, necesariamente, todas las incitaciones privadas a la discriminación. Si la clase de discriminación a la que se incita es constitutiva de delito, el hecho podría resultar punible, pero no en virtud del art. 510, sino conforme a las reglas generales sobre participación, esto es, como *inducción*. Así, v.g., quien incita a un médico a no prestar su asistencia profesional a los enfermos de SIDA, sería punible si el profesional efectivamente deniega la prestación a una de esas personas o, al menos, lo intenta (arts. 511.3 o 512 CP, según los casos⁷⁴).

La otra particularidad del concepto legal de provocación que debería trasladarse a la conducta típica del art. 510 es, como se ha dicho, la exigencia de que ésta constituya una incitación directa. El término “directamente”, que ahora recoge de modo explícito el art.18⁷⁵, se interpreta en el sentido de que la provo-

73 El art. 141 CP declara punible la provocación a cometer delito de homicidio, pero aquí juegan las reglas generales, conforme a las cuales, como ya se ha dicho, únicamente se entenderá por provocación la incitación hecha con publicidad. Lógicamente nada de esto impide que, en su caso, se castigue por inducción. Pero esa posibilidad también queda abierta, como se verá de inmediato, en el caso de la provocación a la discriminación.

74 En caso de tratarse de médicos de la sanidad pública tal vez correspondería aplicar el art. 511.3 en relación al art. 24.2. Pero aun cuando estemos ante un médico privado la conducta posiblemente resultaría punible en virtud del art. 512, un precepto que viene a ampliar el círculo de sujetos abarcados por la prohibición de discriminar en la prestación de servicios. Criticaban la limitación de los sujetos pasivos al “particular encargado de un servicio público” en el Código penal anterior, RODRIGUEZ RAMOS, *Discriminación punible*, cit., p. 634; QUERALT, *Derecho Penal...*, cit., p. 887.

75 El art. 4 del Código anterior no hacía referencia a este requisito, lo que había originado divergencias en la doctrina. Cfr. al respecto DEL ROSAL BLASCO, *La provocación...*, cit., pp. 115 y ss., autor que se decide, con razón, en favor de su exigencia implícita.

cación debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone⁷⁶, es decir, en nuestro caso, la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos.

De este modo, quedarían fuera del tipo, en particular, las meras descalificaciones o juicios negativos hacia determinados grupos si no van encaminadas directamente a conseguir los fines previstos por la ley. Así, por ejemplo, no sería punible a tenor del art. 510 quien dice públicamente que “todos los gitanos son unos ladrones” o que “la mayoría de los chinos residentes en España son unos mafiosos”⁷⁷ y sí, en cambio, quien realiza esta clase de descalificaciones con motivo de una reunión convocada por varias asociaciones vecinales para tratar sobre la inseguridad ciudadana reinante en la zona. Si quien así se expresa pretende con ello señalar a los responsables de la situación de inseguridad, intentando que los vecinos se enfrenten al colectivo, estaremos inequívocamente ante una conducta del art. 510.

Para completar el análisis de los comportamientos comprendidos en aquel precepto, corresponde volver la vista ahora al objeto de la instigación. Ya se ha dicho que éste es precisamente el punto en el que el legislador se aparta de la definición general de provocación, no exigiendo que la incitación persiga la perpetración de un delito. En el art. 510 es suficiente con que se provoque a la discriminación, el odio o la violencia. Veamos cómo pueden interpretarse estos conceptos.

Por lo que se refiere al primer supuesto —la provocación a la discriminación—, entiendo que se debe interpretar en sentido estrictamente jurídico, lo que significa que únicamente resultará punible la incitación a realizar actos que supongan una

76 Ibidem, p. 116.

77 Sin perjuicio de que el hecho sea constitutivo de un delito contra el honor. En esa línea parece orientarse, como ya se ha dicho, la más reciente jurisprudencia constitucional.

infracción del mandato constitucional de no discriminación contenido en el art. 14 C.E.

Así vistas las cosas, es posible afirmar que en este caso la provocación debe tener por objeto un *hecho ilícito*, aunque no necesariamente un ilícito penal. O dicho en sentido inverso: no cualquier incitación a tratar de un modo desigual a las personas comprendidas en alguno de los colectivos del art. 510 da lugar a la conducta típica aquí analizada. Únicamente cuando ese trato desigual al que se instiga pueda calificarse de discriminador en sentido jurídico y, por lo tanto, de ilícito, cabrá afirmar la tipicidad de la provocación. Ciertamente quedaría comprendido en esta modalidad, en consecuencia, quien en una reunión de padres de un colegio incita a los asistentes a tomar medidas para impedir que la dirección admita a niños que padecen el SIDA. Pero no, en cambio, quien, a través de un artículo periodístico, incita a los lectores a no mantener relaciones sexuales con seropositivos y esto, a mi entender, aunque la incitación vaya acompañada de descalificaciones hacia ese colectivo. En este supuesto no se está incitando a realizar una conducta de discriminación en el sentido jurídico del término, puesto que la negativa a mantener contactos sexuales con ciertas personas, sea cual fuere la causa, es siempre un acto de libertad. Lo mismo cabría decir de quien públicamente incita a los feligreses de una parroquia a no asistir a un determinado horario de misa dominical porque a esa hora concurre un grupo gay que tiene su sede en la zona. Desde luego la conducta es éticamente despreciable, pero su objeto no es conseguir que otros realicen una discriminación prohibida. También en este caso nos encontramos en el ámbito de la libertad de decisión.

La concreción de la provocación en hechos ilícitos puede deducirse igualmente del concepto de *violencia*, un término que por ser ya tradicional en la legislación penal, permite una aproximación de carácter jurisprudencial. Bien es verdad que la jurisprudencia interpreta de forma bastante variada este concepto, dependiendo en gran medida del contexto legal en el que se

inserte. Sin embargo, por lo que aquí interesa, creo que el punto de referencia más cercano se encontraría en la violencia propia de las coacciones, puesto que este delito también protege un aspecto personalísimo del ser humano —su libertad de obrar externo⁷⁸—.

Si nos atenemos a las tesis jurisprudenciales, cabría incluir aquí, en consecuencia, los supuestos en los que se provoca a ejercer violencia física, actos intimidatorios o incluso fuerza sobre las cosas que violenten el uso normal de éstas⁷⁹. Entiendo que la incitación a ejercer fuerza en las cosas (propia) debe quedar comprendida porque es una de las formas más frecuentes de agresión a los grupos marginados. Piénsese, por ejemplo, en quien incita a una multitud enardecida a destruir mobiliarios, pinchar neumáticos o incluso a quemar las casas de los miembros de determinado colectivo para forzarlos a abandonar un lugar.

Queda claro, pues, que también en esta segunda modalidad el objeto de la provocación se concreta en la incitación a realizar hechos ilícitos que, además, en su gran mayoría serán constitutivos de delito.

Esto último, por otra parte, puede originar dificultades si la provocación se concreta en la efectiva ejecución de algún hecho delictivo. El problema no surgirá si el delito al que se ha incitado no admite la punición de la provocación, puesto que en

78 Cfr. DIEZ RIPOLLES, en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 294.

79 Cfr. DIEZ RIPOLLES, *Delitos...*, cit., pp. 297 y ss. Coincido con la mayoría de la doctrina en la no extensión del concepto de violencia a la llamada *vis in rebus impropia*. Sobre los resultados rechazables a los que llega la jurisprudencia a partir de esta ampliación vid. MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad en las personas*, Granada, 1988, p. 35. Por cierto que esta modalidad de provocación pone claramente de manifiesto que, a pesar de la desafortunada redacción del tipo, el legislador no ha tenido la intención de limitar los sujetos pasivos a los “grupos o asociaciones”, puesto que los actos de violencia, en particular la violencia física y la intimidación, siempre se concretarán sobre personas individuales, aunque se agrede a varias a la vez.

ese caso sólo sería aplicable el art. 510. En efecto, como estamos ante supuestos que no pueden calificarse directamente como inducción —dado que la incitación no se dirige a una o varias personas determinadas—, el único modo de llegar a ese tipo de participación sería a través de la regla prevista en el art. 18.2, donde se dispone que “si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”. Pero para aplicar este precepto es necesario que la ley prevea la punición de aquel acto preparatorio respecto del delito al que se ha incitado⁸⁰. De no ser así —lo que sucede v.g. en el delito de daños (vid. art. 269)— sólo podría castigarse por el art. 510. Las dificultades surgirían, en cambio, si se provoca a ejercer violencia física y ésta se concreta, por ejemplo, en lesiones, porque este delito sí admite la punición de los actos preparatorios.

Pues bien, en mi opinión, caben aquí dos posibilidades: o se castiga únicamente la inducción al delito de lesiones⁸¹ con la agravante de motivos racistas u otra clase de discriminación (art. 22.4º) o se recurre al concurso ideal de la provocación a la violencia del art. 510 y la inducción a las lesiones.

La primera parece la solución más adecuada a las reglas generales, puesto que lo habitual es que a medida que se avanza en el iter criminis los actos anteriores queden consumidos en los más cercanos a la lesión del bien jurídico. La inducción corresponde a la fase ejecutiva y, en consecuencia, debería consumir al acto preparatorio. Además, al existir la posibilidad de aplicar la nueva circunstancia del art. 22.4º, una agravante que en gran medida coincide en su fundamentación con el art. 510, el plus de antijuridicidad que se deriva del motivo discriminador de la conducta quedaría igualmente captado. Sin embargo, el inconveniente de esta solución es que, al menos en algunos casos, podría dar lugar a una pena inferior incluso a la que correspondería de aplicar únicamente el art. 510. Si el resultado es, por

80 Ello es consecuencia del sistema de excepcionalidad de la punición de los actos preparatorios inaugurado por el nuevo Código penal.

81 En base a los art. 151 y 18.2 C.P.

ejemplo, una lesión de las previstas en el tipo básico de este delito —art. 147—, la pena sería de prisión de seis meses a tres años, mientras que el art. 510 prevé una pena mayor —prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses—. Da la impresión de que situaciones como la reseñada no han estado en la mente del legislador al elaborar los numerosos delitos preventivos de la discriminación y, menos aun, al determinar su penalidad. En cualquier caso y con el fin de evitar la incongruencia de castigar más a quien únicamente crea un peligro abstracto para los bienes tutelados que al que a través de una conducta específica concreta la lesión de los mismos, debería recurrirse al concurso ideal de delitos. Para justificarlo, aunque insisto en que no es una solución técnicamente depurada, deberíamos apelar a la dimensión colectiva que hemos mencionado como objeto adicional de tutela, esto es, al peligro que las provocaciones del art. 510 suponen para la subsistencia del modelo de convivencia plural proclamado por nuestra Constitución⁸².

Pero el supuesto más polémico de cuantos recoge el art. 510 es, indudablemente, la “provocación al odio”. Se trata de una fórmula presente en el ámbito internacional e incluso en algunas de las legislaciones de nuestro entorno. Pero nada de eso justifica que se haya introducido en nuestra legislación positiva. Es, digámoslo desde el principio, una fórmula muy poco feliz. Una interpretación literal del término llevaría a incluir aquí cualquier apelación a los sentimientos que contenga una carga de menosprecio hacia alguno de los grupos protegidos. Así, regresando a un ejemplo que ya se ha mencionado, bastaría cualquier escrito que, en términos despectivos, atribuyera el problema del paro en España a la presencia de inmigrantes ile-

82 No creo que pudiera alegarse, en cambio, que el peligro originado por la provocación no se agota en las lesiones causadas a un miembro del colectivo debido a que otros podrían correr la misma suerte. Este argumento no es de recibo en un Código penal que al regular la provocación en general no admite el concurso de ésta y la inducción en caso de producirse el delito al que se ha incitado, sino que *sustituye* la pena de la provocación por la de la inducción.

gales, para que estuviéramos ya ante una conducta idónea para despertar sentimientos de rechazo hacia ese colectivo y, por tanto, típica del art. 510.

Afortunadamente en otros lugares donde la legislación utiliza términos semejantes, tanto la jurisprudencia como la doctrina exigen algo más que la mera incitación al rechazo puramente emocional de los grupos implicados. Se requiere, en concreto, que la instigación se dirija a crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas⁸³. No es que esta limitación reduzca el alcance del tipo a lo que sería deseable conforme a los principios generales de intervención penal, pero, al menos, permite excluir aquellos supuestos en los que únicamente se pretende influir sobre los juicios de valor de los ciudadanos, es decir, en los que quien supuestamente incita, está ejerciendo legítimos derechos constitucionales, en particular, los derechos de opinión y de expresión. Al exigirse un componente de agresividad, aparece una relación de peligro, aunque sea mediata, con los bienes protegidos.

Ahora bien, para conceder un contenido específico a esta última modalidad del art. 510, que no se confunda con las dos anteriores, el único camino es admitir que en este caso la provocación ya no tiene por objeto hechos ilícitos, es decir, que incitar al odio no significa incitar a la realización de un hecho ilícito contra algún miembro de los grupos enumerados. Porque cuando la agitación pueda considerarse dirigida a la realización de actos ilícitos, seguramente quedará comprendida en alguna de las dos primeras modalidades. Por lo tanto, en este último supuesto se recogen incitaciones que sólo de un modo *indirecto* podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia, esto es, previa transformación del sentimiento de hos-

83 Así lo han interpretado la jurisprudencia y la doctrina en Alemania, no considerándose suficiente, por ejemplo, la colocación de carteles en un local que prohíban la entrada de personas correspondientes a determinados colectivos. Cfr., por todos, RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar*, cit., parág. 130, N° 4.

tilidad en una auténtica voluntad de realizar aquellos actos. Diríase que se intenta evitar la “antesala de la violencia”⁸⁴, el estadio previo que puede desembocar en hechos ilícitos.

Lo dicho en un principio se confirma, en consecuencia, después del análisis: estamos ante un supuesto que sobrepasa con creces los límites de intervención penal y no sólo por el profundo distanciamiento que se observa entre la conducta sancionada y los bienes jurídicos tutelados, sino además porque su prohibición supone una limitación inaceptable del derecho fundamental a expresar libremente las ideas.

b) El delito de justificación o negación del genocidio

Aun más polémico desde el punto de vista valorativo es el delito recogido en el art. 607.2 del nuevo Código penal, donde se castiga “la difusión por cualquier medio 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”.

El precedente inmediato de este precepto es el delito de apología del genocidio introducido en el Código anterior en el año 1995 —art. 137 bis b)—.

Para comprender el sentido del art. 607.2 es imprescindible atender a su génesis legislativa. Se trata de un precepto incorporado en el Senado a instancias del Grupo Parlamentario Popular. Puede llamar la atención que el Proyecto inicial no lo tuviera en cuenta, siendo así que muy poco antes las Cámaras habían aprobado un texto muy similar dentro de una reforma que, además, tuvo presente la Sentencia del Tribunal Constitucional conocida como el caso Violeta Friedman. Recuérdese que en dicho pronunciamiento el alto tribunal vino a sentar las bases para la incriminación de esas conductas, puesto que consideró que la negación o banalización de los hechos ocurridos en el

84 Así DREHER/TRÖNDLE, StGB, cit., parág. 130. Nº 1b.

Holocausto nazi, cuando van acompañadas de referencias humillantes hacia el pueblo judío, implican una extralimitación de la libertad de expresión⁸⁵. Y lo cierto es que al redactarse el Proyecto ese dato se tuvo en cuenta. Pero, lo que en principio llevó a considerar innecesario un precepto específico fue, una vez más, la nueva regulación de la apología como forma de provocación: dado que se contemplaba la punición de la provocación en el delito de genocidio, se entendió que eran suficientes las reglas generales.

Sin embargo, de haber prevalecido esa opinión, únicamente hubieran resultado punibles los actos de negación o justificación del genocidio que fueran acompañados del enaltecimiento de dichos crímenes o de su autor y sólo si ello pudiera interpretarse como una incitación directa a cometer un delito, dato este último, por lo demás, que no se entiende en qué condiciones podría producirse. Las conductas abarcadas hubieran sido, en consecuencia, notablemente inferiores a las incluidas en el art. 607.2. Esta limitación fue detectada por los impulsores de la enmienda que, precisamente por ello, consideraron necesario el mantenimiento del precepto⁸⁶.

El alcance de la norma despierta, sin embargo, una profunda perplejidad, porque el Código sobrepasa las exigencias que en otro lugar se consideran necesarias para castigar las conductas apologéticas. En efecto, con todo lo discutible que pueda resultar la identificación de apología y provocación⁸⁷, lo cierto es que un sector de la doctrina ya venía considerando que era ésta la única forma de hacerla compatible con los principios constitucionales⁸⁸ y, a estar a la definición del art. 18.2, da la

85 En el mismo sentido la ya mencionada STC 176/1995, de 11 de diciembre.

86 Así lo mantuvo expresamente en la Comisión de Justicia del Senado el Sr. López Henares. Vid. *Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, N° 227, 11 de octubre de 1995, pp. 16 y s.

87 No admite esta identificación MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 26 y s.

88 Porque sólo en ese caso cabría imputarle un carácter peligroso. Últimamente se ha pronunciado en esta línea CUERDA-ARNAU, *Observaciones...*, cit., pp. 5251 y ss.

impresión de que el legislador admitió ese punto de vista. Por eso no se entiende que en un caso concreto, por más graves que sean los hechos que se ensalzan, se superen esas barreras. Y el art. 607.2 sin duda las rebasa, ya que basta aquí con una incitación meramente indirecta a delinquir⁸⁹.

Esto último se deduce, en especial, de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a las conductas de negación o justificación del genocidio. La STC 176/1995, por ejemplo, al juzgar el tebeo “Hitler-SS”, sostiene que en dicho escrito “...se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita *a veces directa y otras subliminalmente* a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros” —F.J. 5—. Dejando a un lado la tajante y a mi modo de ver exagerada afirmación de la eficacia causal de escritos como el analizado sobre la violencia racista, lo importante aquí es la aceptación de que las conductas glorificadoras del genocidio no siempre suponen una incitación directa a la violencia, sino que en muchas ocasiones implican mensajes “subliminales”. Se confirma así que el art. 607.2 —cuya finalidad es precisamente prevenir aquellas conductas— extiende la punición a las *incitaciones indirectas*⁹⁰, *veladas o subliminales al odio o a la violencia racial* —o semejantes—⁹¹.

89 La pretensión del legislador en este sentido queda meridianamente clara en las siguientes palabras del Senador López Henares: “no es suficiente con condenar la alabanza de tales hechos, sino que la negación o la justificación de los mismos debe constituir y es un abierto ataque y menosprecio a la dignidad humana, y una solapada y oculta aceptación del delito”. Cfr. *Diario de sesiones del Senado*, N° 94, 26 de octubre de 1995, p. 4881.

90 Cfr. en este sentido CUERDA-ARNAU, *Observaciones...*, cit. p. 5259.

91 Considera que se consagra así una inaceptable limitación de las libertades de opinión y expresión, CUERDA-ARNAU, *Observaciones...*, cit., pp. 5259 y ss.

Debe destacarse, sin embargo, que el TC no extrae la especial gravedad de aquellas conductas del simple hecho de hacer pública una opinión favorable a prácticas genocidas⁹², sino, más bien, de los juicios peyorativos y humillantes hacia sus víctimas que generalmente acompañan a tales pronunciamientos. Es esto último lo que, en palabras del TC, pone de manifiesto “una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente”⁹³ y, en consecuencia, jurídicamente rechazable.

Conforme a esta doctrina, la esencia de la ilicitud de las conductas abarcadas por el art. 607.2 residiría en el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio. Sólo en ese caso se produce, según la jurisprudencia constitucional, el ataque a la dignidad de los miembros de dicho colectivo que —añadimos nosotros— daría sentido a la punición⁹⁴.

Así vistas las cosas, el contenido del art. 607.2 vendría a entroncar con los bienes jurídicos que hemos identificado como objeto de protección de todas las medidas antidiscriminación. Téngase en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional se orienta, más bien, a la lesión del *honor* del colectivo agraviado, mientras que aquí estamos hablando, en cambio, del derecho de todo individuo a ser tratado como un igual con independencia de sus particularidades biológicas o culturales. Desde este punto de vista, el art. 607.2 debería calificarse, entonces, como un delito de peligro abstracto, puesto que se trata de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que, de

92 Al contrario, el TC admite que la libertad de opinión no puede limitarse por el hecho de que los pensamientos vertidos por una persona resulten rechazables desde el punto de vista ético, afirmando que “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático” -STC 176/1995, F.J. 2-.

93 STC 176/1995, F.J. 5.

94 Ya claramente en esa línea STC 216/1991 (caso Violeta Friedman)

forma mediata, podrían concretarse en actos específicos de discriminación.

Al igual que en el art. 510, también aquí habrá de exigirse, en consecuencia, la peligrosidad de la acción, esto es, la idoneidad de las opiniones que nieguen, justifiquen o pretendan rehabilitar regímenes favorecedores del genocidio para crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado. El solo hecho de negar o poner en duda los actos genocidas no será suficiente, entonces, para castigar la conducta a tenor del art. 607.2. Hará falta, además, que esa opinión represente un peligro para los bienes implicados, peligro que probablemente sólo podrá afirmarse —en línea con la tesis del TC— cuando concurren juicios peyorativos y humillantes hacia las víctimas del genocidio. Así, por ejemplo, no sería punible el que sencillamente pusiera en duda la “limpieza étnica” en la ex-Yugoslavia, pero sí quien negase decididamente esos sucesos añadiendo juicios de desprecio hacia el pueblo musulmán.

Pero estas limitaciones del art. 607.2 no lo convierten en un precepto adecuado a los principios rectores del Derecho penal. Una vez más da la impresión de que tanto el TC como el legislador no han trazado adecuadamente el límite entre lo éticamente reprochable y lo socialmente dañoso. Aun aceptando un cierto carácter peligroso en aquellas conductas, su distanciamiento con los bienes que se pretende proteger es tan notable que lo único que en última instancia explica su punición es el rechazo moral que originan. Y todo ello a costa de una profunda y, en mi opinión, injustificada limitación de los derechos fundamentales de opinión y expresión.

c) El supuesto específico de asociación ilícita

El art. 515. 5º considera *asociaciones ilícitas* a “las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología... o inciten a ello”.

El legislador ha trasladado aquí —aunque con la variante de incluir como posibles destinatarios a “las personas”⁹⁵— prácticamente los mismos supuestos que, en relación a un autor individual, se recogen en el art. 510. Su precedente legislativo es el art. 173.4° —proveniente de la reforma de 1983— en el que, sin embargo, sólo se contemplaba la “discriminación racial”.

Los autores habían manifestado ya múltiples reparos a este último precepto, bien por su contenido difuso⁹⁶, bien por considerarlo inútil dado que sólo podía tener por objeto la promoción de actos de discriminación constitutivos de delito, un supuesto que quedaba abarcado por el art. 173.1⁹⁷.

Aun compartiendo las fundamentaciones de aquellas posturas críticas, no parece que tenga sentido reproducir aquí cuantas dudas se han planteado anteriormente respecto a la legitimidad de un adelantamiento tan notable de las barreras de protección en el conjunto de los preceptos destinados a prevenir la discriminación. En el apartado anterior se ha llamado la atención sobre una limitación excesiva del derecho de opinión, lo mismo habría que reiterar aquí, esta vez, respecto del derecho de asociación.

95 No creo que esta diferencia tenga ninguna significación especial. Parece, más bien, una incongruencia ocurrida como consecuencia de los múltiples cambios que durante la tramitación parlamentaria se fueron sucediendo en relación a todos estos preceptos. Además, si se tiene en cuenta el sentido que aquí se ha atribuído a la mención legal de las potenciales víctimas de la provocación, la diferencia no tiene trascendencia alguna. Ya se ha dicho que también en el art. 510 debe considerarse comprendida la provocación dirigida a conseguir un acto de discriminación o violencia contra un miembro individual del colectivo.

96 Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., pp. 650 y ss.; QUERALT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 917 y s. La doctrina llamó la atención, además, sobre la inexplicable limitación a los supuestos de discriminación racial.

97 En este sentido VIVES ANTON, en *Derecho Penal*, P.E., cit., pp. 75 y s., quien consideraba que de entenderse incluídos los supuestos en los que la discriminación no era delictiva se produciría una limitación inconstitucional del derecho de asociación.

Pero al margen de las críticas generales, es conveniente detenerse en un aspecto del art. 515.4º en el que todavía se da un paso más en la intervención penal. Me refiero al hecho de que no sólo se castiguen las asociaciones cuyo contenido programático incluya la *incitación* a la discriminación —una modalidad que ya hemos tenido oportunidad de analizar—, sino, igualmente, los supuesto de mera “promoción”. Como bien se ha reflejado en la doctrina, de esta forma quedan abarcadas, además de las organizaciones que tienen por finalidad la instigación directa, aquellas que desarrollan cualquier otra clase de “comportamientos propiciadores de la discriminación”⁹⁸.

Dado que, además, el art. 515.4º contempla la tan discutida modalidad del “odio”, resulta que quedarían aquí comprendidas todas las asociaciones que sin instigar directamente a la hostilidad contra determinados colectivos, sencillamente desarrollen comportamientos que puedan interpretarse como propiciadores de aquel sentimiento de rechazo militante.

Una vez más, el único modo de restringir este evidente abuso normativo es a través de la exigencia de la peligrosidad de la acción, lo que implica que habrá de comprobarse si las medidas aparentemente discriminadoras son verdaderamente idóneas para poner en peligro el derecho individual que corresponde a todo ciudadano de ser tratado en condiciones de igualdad. Piénsese, por ejemplo, en las asociaciones gastronómicas tan frecuentes en el norte de nuestro Estado en las que no se admiten mujeres. Desde un punto de vista literal podría entenderse que se está promoviendo la discriminación por razón de sexo, pero se trata de una realidad que, ni pone en entredicho la idea de igualdad de sexos que proclama nuestra Constitución ni es mínimamente idónea para crear un sentimiento de hostilidad hacia el sexo femenino. Quedaría, pues, al margen del art. 515.4º.

98 Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas....*, cit., p. 652.

3. La circunstancia agravante 4ª del art. 22 C.P.

El art. 22.4º, siguiendo el precedente del art. 10.17º del C.P. anterior, considera como circunstancia agravante: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación....”.

Se produce aquí una notable ampliación respecto a la mencionada circunstancia 10.17º, puesto que aquélla se limitaba a los delitos “contra las personas o el patrimonio”, mientras que en el nuevo Código la agravante se extiende sencillamente a cualquier delito.

Ya se han oído voces de reprobación de esta circunstancia⁹⁹, alegándose, sobre todo, su proximidad con la rechazable concepción del Derecho penal de autor, una concepción que el propio Tribunal Constitucional ha considerado incompatible con los principios del Estado de Derecho. El alto tribunal dice, en efecto, que “no sería legítimo un Derecho Penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”¹⁰⁰. No deja de ser una paradoja, por cierto, que el Derecho penal de autor cayera en desgracia en la Alemania de la posguerra por su vinculación con las ideas nacionalsocialistas¹⁰¹ y con doctrinas autoritarias del Estado y que hoy se intente volver a él, al menos en apariencia, precisamente para combatir esas ideas.

En cualquier caso, dado que la circunstancia existe, es preciso preguntarse si hay alguna vía de interpretación que resulte ajustada a los principios y garantías del moderno Derecho penal.

99 La acepta, en cambio, a pesar de reconocer que el Derecho penal no es el medio más idóneo para combatir las actitudes racistas y xenófobas, LANDROVE DIAZ, *Racismo y discriminación, en Temas Penales*, Barcelona, 1994, p. 159.

100 SSTC 65/1986 y 14/1988. Cfr. al respecto, ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., pp. 278 y s.

101 Cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 85.

Una lectura inicial del precepto hace pensar que estamos ante una agravante aplicable en todos aquellos casos en los que el autor de un delito —de *cualquier* delito— escoge a sus víctimas entre alguno de los colectivos mencionados por la ley y lo hace precisamente por concurrir en ellas los caracteres diferenciales que identifican al grupo (raza, sexo, religión, etc).

Ahora bien, basta una mínima reflexión para comprender que pueden existir múltiples supuestos en los que alguien elige a sus víctimas en razón de alguna de las peculiaridades señaladas en aquel precepto, sin que pueda establecerse el más mínimo vínculo con la idea de discriminación. Piénsese, por ejemplo, en quien sólo estafa a minusválidos psíquicos o a inmigrantes recién llegados que desconocen nuestro idioma sencillamente porque se trata de víctimas “más fáciles”. Ciertamente cabría aplicar aquí la circunstancia de abuso de superioridad¹⁰², pero nada tiene que ver ese hecho con lo que la agravante que estudiamos pretende evitar¹⁰³. Se pone así de manifiesto la necesidad de circunscribir desde el principio aquella circunstancia en función de los bienes jurídicos que hemos señalado más arriba como objeto de tutela de todas las normas destinadas a prevenir

102 Por cierto que, a mi entender, la agravante de abuso de superioridad no es incompatible con la que aquí se estudia, puesto que los fundamentos de una y otra son sustancialmente distintos. En efecto, mientras el abuso de superioridad se basa en una mayor peligrosidad de la acción derivada de la menor capacidad de defensa de la víctima -cfr., por todos, CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, T.II, Madrid, 1990, p. 126-, en la circunstancia que analizamos lo esencial es la motivación discriminadora del autor que no necesariamente se traduce en una diferencia de fuerzas con el sujeto pasivo. La primera se relaciona con la ejecución material del hecho, la segunda con los motivos del autor. No es lo mismo una agresión realizada por un grupo de “skinheads” contra dos ciudadanos africanos a la salida del metro que el ataque que con idénticos motivos pueda realizar un único sujeto y frente a víctimas con plena capacidad de defensa.

103 Podría objetarse que el solo hecho de considerarlas víctimas más vulnerables supone ya un componente de humillación, pero de todas formas no más que cuando el autor de un robo elige a personas ancianas o a niños para asegurar el éxito de su tarea. Ninguna razón se encuentra para que en el primer supuesto se agrave la pena y en el segundo no. La respuesta es, sencillamente, que el art. 22.4º es aquí inaplicable.

la discriminación. Ello significa que no bastará con que la selección de la víctima se base en la concurrencia en ella de alguno de los caracteres diferenciales que expone la ley, sino que ese comportamiento deberá reflejar la voluntad del autor de colocar al sujeto pasivo en una posición de inferioridad y humillación. Sería el caso, v.g., de quien decide estafar a los inmigrantes africanos para demostrar que se trata de “una raza inferior”. Pero con estas iniciales observaciones llegamos de inmediato al núcleo de la circunstancia, a aquello que para muchos la aproxima a un Derecho penal de autor. En efecto, como se ve, estamos hablando de un contenido de menosprecio hacia determinadas personas que lleva al sujeto a actuar delictivamente contra ellas y aquí es, precisamente, donde surgen todas las dudas sobre su legitimidad.

Pues bien, llegados a este punto, se abren dos vías de interpretación.

Un primer camino —posiblemente el más cercano a las intenciones del legislador y también, ha de reconocerse, el que mejor se ajusta a la formulación legal— consiste en optar por una fundamentación esencialmente subjetiva de la agravante, donde el elemento determinante sería la propia *motivación* del autor.

Desde este punto de vista el incremento de pena se explicaría por la causa racional¹⁰⁴ que mueve al autor a cometer el de-

104 El concepto de “motivo” dista mucho de ser pacífico en la doctrina, concediéndosele, en general, un contenido mixto, intelectual e impulsivo. Un completo análisis de las diversas posiciones al respecto puede verse en DIEZ RIPOLLÉS, “*La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*”, en ADPCP 1979, pp. 94 y ss. Todo parece indicar, sin embargo, que no es posible ofrecer una concepción única de motivación válida para todos los supuestos en los que la ley le concede relevancia penal. Así, cuando los motivos juegan como causa de atenuación de la pena, tal vez resulte adecuado prestar atención al aspecto impulsivo (sin eliminar por ello el componente finalístico), puesto que, como bien dice Díez Ripollés, es el “conflicto psíquico” el que justifica la menor punición. Pero si la motivación juega como agravante, parece más lógico otorgar preponderancia al aspecto intelectual, porque resultaría difícil de justificar un

lito, esto es, por las razones que el sujeto encuentra para realizar la conducta típica. Su fundamento residiría, pues, en la especial reprobación del fin último¹⁰⁵ que lleva al sujeto a actuar. Así considerada, la agravante que estudiamos recuerda de inmediato a la circunstancia de precio, recompensa o promesa, puesto que también ésta se justifica mayoritariamente a partir del móvil o motivo del autor¹⁰⁶.

Esta vinculación con una agravante ya clásica en nuestro ordenamiento facilita, sin duda, la solución de algunos problemas concretos de aplicación de la nueva circunstancia, en especial, el relativo a su efecto sobre los partícipes que no actúen con la misma motivación. Siguiendo el criterio ampliamente mayoritario, nos encontraríamos ante una circunstancia consistente en “la disposición moral”¹⁰⁷ del autor y, por tanto, no comunicable¹⁰⁸.

incremento de la reprobación penal únicamente por los impulsos desviados del autor. Este último punto de vista es sostenido, sin embargo, por no pocos autores y muy especialmente en aquellas legislaciones donde se hace referencia, en general, a motivos “abyectos”, “fútiles” o “bajos”. Respecto al Derecho italiano cfr., ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milan, 1991, pp. 390 y s.; en relación a las *Gesinnungsmerkmale* del Derecho alemán vid. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4º ed., Berlin, 1988, pp. 425 y s.

105 Expresamente identifica los motivos con los fines últimos del autor, CORDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1976, p. 492; en el mismo sentido HUERTA TOCILDO, *¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?*, en CPC, N° 2, 1977, pp. 69 y s.

106 Parte de la doctrina distingue, sin embargo, entre “móvil” y “motivo”, vinculando el primero —al que remiten en la agravante de precio— con la actitud anímica o impulsiva del autor. En este sentido, aunque sin llegar a identificar aquella circunstancia con las *Gesinnungsmerkmale* del Derecho alemán, ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, p. 652; también MARTINEZ PEREZ, *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, en CPC N° 19, 1983, pp. 59 y ss, autor que justifica la mayor penalidad, al menos en parte, por lo que ese tipo de comportamiento dice sobre la “personalidad” de quien lo realiza.

107 Este es el punto de vista casi unánime en la doctrina respecto de la agravante de precio. Cfr., por todos, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995, p. 93.

108 Art. 65.1 C.P. 1995.

Pero las dos circunstancias no coinciden en todos sus caracteres y precisamente en sus diferencias es donde pueden originarse cuestiones difíciles de resolver. En el precio, el móvil depende de la intervención de otra persona —de quien ofrece la recompensa—, puesto que es precisamente dicho ofrecimiento el que se convierte en el motivo desvalorado¹⁰⁹. Esa relación causal entre el acto de un tercero y el surgimiento del móvil en el autor del delito hace que resulte muy difícil imaginar casos de discordancia entre la motivación y la realidad. En la circunstancia 4º del art. 22 no sucede lo mismo. Aquí las únicas referencias “externas” se encuentran en la *propia víctima*: son ciertas particularidades de ésta las que sirven de motivo al autor. De ahí que se abra de inmediato la posibilidad de falta de congruencia entre lo que el sujeto activo piensa y la realidad, es decir, supuestos en los que alguien se decide a actuar por ciertas condiciones que le supone a la víctima pero que en verdad no concurren en ella¹¹⁰. Sería el caso, por ejemplo, si un grupo de sujetos que habitualmente persigue al colectivo de homosexuales espera en la puerta de un pub frecuentado por gays con el fin de agredir a uno de ellos y, en efecto, cuando sale una persona la atacan físicamente, comprobándose luego que el agredido no era homosexual.

Bien es verdad que he partido aquí precisamente de una diferencia con la circunstancia de precio, pero lo cierto es que existe un dato relacionado con esta última que a mi modo de ver puede ayudar a resolver el problema planteado. Me refiero a la solución que se da para los casos en los que quien actúa movido por el precio, finalmente no lo recibe. Se sostiene que ello no afecta a la agravación puesto que ésta se funda en el móvil y no

109 Cfr. MARTINEZ PEREZ, *La circunstancia...*, cit., pp. 53 y ss.

110 Es un caso de “error al revés” o suposición errónea de la concurrencia de los elementos objetivos sobre los que se funda la motivación. El caso contrario, es decir, el desconocimiento de que en la víctima concurre alguna de las particularidades previstas en el art. 22.4º excluye obviamente su aplicación, puesto que quien no sabe que la persona contra la que comete el delito reúne alguno de esos caracteres mal puede actuar “motivado” por ellos.

en los beneficios que consiga el autor¹¹¹. Pues bien, en el caso que se ha planteado entiendo que la solución no puede ser otra¹¹²: si el fundamento de la mayor penalidad se hace residir en el motivo especialmente reprobable que preside la decisión delictiva, es indiferente que el agredido reúna o no los caracteres que los autores le suponen. Porque lo que interesa es que han actuado *movidos* por la voluntad de menospreciar a una persona en razón de ciertas peculiaridades de su personalidad y no el resultado que con su acción han producido. En consecuencia, conforme a la interpretación que analizamos, la suposición errónea de las causas que dan origen a la motivación no debería excluir la apreciación de la circunstancia. El fundamento de la agravación no aparece aquí vinculado a la víctima, sino a los motivos especialmente reprobables que orientan la acción.

A la vista de estos resultados, es hora de preguntarse qué justificación tendría la agravante así interpretada. Desde luego el paralelo que hemos establecido con el precio nos lleva —al menos a estar a la opinión más extendida— al ámbito de la culpabilidad¹¹³, concretándose en la especial reprochabilidad de los motivos. No es éste el lugar adecuado para discutir sobre la mayor o menor adecuación de dicha fundamentación en el contexto de un Derecho penal exclusivamente protector de bienes jurídicos¹¹⁴, aunque ante legitimaciones de estas características

111 Cfr. MARTINEZ PEREZ, *La circunstancia...*, cit., pp. 54 y 56.

112 Partiendo, naturalmente, de la interpretación que hasta ahora se está analizando. Cabe, como se verá de inmediato, otra posibilidad, pero a condición de ofrecer un fundamento distinto a la agravante.

113 Cfr. en este sentido ALONSO ALAMO, *El sistema...*, cit., pp. 651 y ss.; MARTINEZ PEREZ, *La circunstancia...*, cit., p. 57. Considera que “afecta al desvalor subjetivo del injusto”, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 706. De otra opinión GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pp. 145 y ss., quien explica todas las circunstancias a partir de la idea de necesidad de pena.

114 Ultimamente *Boldova* se ha pronunciado en favor de la legitimidad de las agravaciones fundadas en la “actitud ética” del autor, partiendo de que éstas no son el fundamento primero de la punición —lo que conduciría a un rechazable Derecho penal de ánimo—, sino valoraciones sobre un hecho

siempre aparecen las sospechas de que se está valorando un aspecto que más tiene que ver con la personalidad del autor que con el hecho concreto cometido. Pero por lo que aquí interesa, baste con señalar dos consecuencias que a mi modo de ver convierten en poco adecuada esta vía interpretativa.

Ante todo, de seguirse este camino, la circunstancia del art. 22.4º quedaría desligada del contexto general de los preceptos “antidiscriminación” que hemos perfilado al principio del trabajo, puesto que la característica común que se les ha asignado a todos ellos es la de prevenir comportamientos lesivos o al menos peligrosos para ciertos bienes jurídicos, en especial, el derecho de todo ciudadano a ser tratado en condiciones de paridad con los demás, independientemente de cuál sea su raza, etnia, ideología, etc. Pues bien, si el fundamento de la agravación se hace residir en la mayor reprochabilidad de la conducta por lo rechazable de la motivación, la relación con los bienes jurídicos antes indicados sólo podrá establecerse como explicación del porqué de esa particular reprobación de los motivos, es decir, como *ratio legis*, pero no como elemento material configurador de la desvaloración legal. Dicho de otro modo, aquí lo

externo que por otras razones se reputa infractor de la ley. Sostiene el autor, siguiendo a Welzel, que al Derecho penal le compete una función de “formación ética” que justifica un tratamiento punitivo diferenciado en atención a los motivos y actitudes que llevan al sujeto a delinquir —cfr. BOLDOVA, *La comunicabilidad...*, cit., pp. 86-89—. No es posible polemizar aquí sobre los puntos de partida de la opinión que se ha reseñado, pero no está demás tener presente que, en efecto, para justificar las agravaciones relacionadas únicamente con los motivos, de un modo u otro se hace preciso admitir el papel del Derecho penal como instrumento para el mantenimiento de los valores ético-sociales vigentes en la sociedad. Si se parte, en cambio, de una función estrictamente preventiva de conductas lesivas de bienes jurídicos —y si éstos, lógicamente, no se hacen coincidir con aquellos valores ético-sociales—, las circunstancias fundadas exclusivamente en actitudes espirituales resultan difícilmente legitimables. Tiene razón Mir Puig cuando sostiene que un Derecho penal concebido en el último sentido indicado sólo puede basarse en la “peligrosidad objetiva” de la conducta y no en las actitudes internas de su autor —cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2º ed., Barcelona, 1982, p. 63.

que agravaría la pena sería la motivación en sí misma y no el peligro que el comportamiento pueda entrañar para aquellos bienes¹¹⁵. Esto explica precisamente que la suposición errónea de alguna de las causas de discriminación en la víctima resulte irrelevante, porque lo que se reprocha es el móvil en sí, no sus efectos sobre el sujeto pasivo.

No se me escapa que existe otra posibilidad de fundamentación, esta vez en el plano de lo injusto, que sin renunciar a la motivación como base de la agravante, permitiría establecer alguna relación material con los bienes enunciados. Podría interpretarse, en efecto, que esa motivación discriminadora del autor, reflejada en el hecho cometido, supone un *peligro* para los bienes implicados, un peligro que vendría determinado por la posibilidad de expansión de actitudes semejantes en el seno de la sociedad. Esa referencia al peligro permitiría trazar, además, algún límite de carácter objetivo a la circunstancia, puesto que sería necesario que aquella motivación discriminadora se manifestara exteriormente en el hecho para concederle cierta aptitud peligrosa. Así, no cabría aplicarla, v.g., al sujeto que agrede sexualmente sólo a mujeres por el profundo desprecio que siente por el sexo femenino. Aquí hay una agresión a la libertad sexual de la que han sido víctima las mujeres, pero el hecho carece totalmente de aptitud para crear un peligro de lesión del derecho de toda mujer a ser tratada en condiciones de igualdad respecto de los hombres y en nada afecta a la idea de convivencia plural constitucionalmente establecida.

115 Es posible que el punto de encuentro entre el móvil discriminador y los bienes jurídicos afectados por esa clase de conductas hubiera resultado más fácil de establecer de haber optado el legislador por configurar esta agravante como circunstancia específica de ciertos delitos —en particular, de aquéllos vinculados con bienes jurídicos estrictamente personales, como la vida, la salud o la libertad—. Y ello porque, como con razón dice Díez Ripollés, cuando el móvil se conecta con un injusto específico, aumentan las posibilidades de concretar el sentido y contenido de la agravación. Cfr. DIEZ RIPOLLES, *Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en *La Ley*, Año XIV, N° 3250, 1993, p. 3.

Pero el problema de esta alternativa es el adelantamiento desmedido de las barreras de protección que implica. Si se tiene en cuenta que no se ha dejado de poner el acento en el aspecto subjetivo —en la motivación discriminadora en sí misma— resulta que la única relación que puede establecerse entre ésta y los bienes tutelados es el peligro de que esas ideas intolerantes se difundan en la sociedad, dando lugar, *quizá*, a comportamientos semejantes. Nos encontramos así con una fundamentación muy similar a la que hemos visto en el delito de “provocación al odio”. Pero si éste es ya discutible, la alternativa que ahora se analiza supondría dar aun otro paso en el distanciamiento entre los bienes protegidos y la conducta típica. Y ello porque en aquél el comportamiento debe, al menos, dirigirse *directamente* a crear en otros un sentimiento de hostilidad hacia los colectivos protegidos, un elemento que es imposible atribuir, en cambio, a la comisión de un delito por motivos racistas o similares.

En consecuencia, parece que de optarse por dar prioridad al aspecto motivacional en el art. 22.4º, lo más adecuado sería mantenerse en el plano de la culpabilidad, vinculando la justificación a la circunstancia de precio. Sin embargo, ya he dicho que este punto de vista presenta, entre otros, el grave inconveniente de separar la agravante de la explicación conjunta de las medidas antidiscriminación. Estaríamos sencillamente ante otros motivos que, al igual que el precio, la ley considera especialmente reprochables. El problema es que entonces no se entiende por qué precisamente se eligen esos motivos y no otros que igualmente se vinculan con las condiciones de la víctima y son objeto de una seria desvaloración social. Piénsese, por ejemplo, en quien elige como víctimas exclusivamente a los niños por el desprecio que éstos le despiertan. Me atrevería a decir que el rechazo social es aun mayor en estos casos y, sin embargo, al legislador no se le ha ocurrido —por fortuna— convertir ese móvil en fundamento de una agravación genérica¹¹⁶.

116 Sólo en algunos casos y en base a consideraciones específicas relacionadas con delitos concretos, la ley prevé agravaciones por la edad de la víctima

Ante tantos inconvenientes cabe ensayar otra vía de interpretación, tal vez más difícil de justificar conforme al tenor literal del art. 22.4º, pero menos alejada de los principios rectores del Derecho penal.

Me refiero a la posibilidad de explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado¹¹⁷, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo¹¹⁸. Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro.

Que esta alternativa es posible aun con una formulación que pone el acento en el aspecto subjetivo, lo demuestra la interpretación que desde hace tiempo se había impuesto de la circunstancia 10.16 del Código penal anterior, esto es, la referente a “ejecutar el hecho con....desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido”¹¹⁹. A pesar de que también aquí la redacción legal enfatiza la actitud anímica del autor respecto a ciertas particularidades del sujeto pasivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaron por fundamentar la

(v.g. en el delito de lesiones —art. 148.3º—, en las detenciones ilegales —art. 165— o en los delitos sexuales —art. 180.3º—) y, aún así, en esos supuestos no se trata de castigar la motivación del autor.

117 Lo que permite situar inequívocamente la agravante en el plano de lo injusto.

118 Esta interpretación hubiera sido más fácil de justificar si el legislador, en lugar de enfatizar los motivos discriminadores, hubiera remarcado sus efectos sobre la víctima. La ley debió decir, por ejemplo: “cometer el delito *contra* determinadas personas por razón de su ideología, etc...”. Pero como se verá, no faltan argumentos para concederle este contenido incluso con la defectuosa redacción actual.

119 Hasta la reforma de 1983 se incluía igualmente el desprecio de sexo. Sobre la evolución jurisprudencial de esta última modalidad vid. ZAPATER FERRER, *La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1980.

mayor punición en la lesión de un bien jurídico adicional consistente en el “status sociológico” de la víctima que la hace acreedora de un especial respeto¹²⁰.

Ahora bien, si se opta por esta solución, su consecuencia inmediata será que la agravante sólo estará completa cuando la víctima del delito efectivamente pertenezca al colectivo al que se pretende agraviar, puesto que de no darse esa situación no se produciría aquel desvalor adicional de resultado. Retomando el ejemplo de quienes agreden a una persona por creerla homosexual, es claro que si el sujeto pasivo no lo era, su derecho a no ser tratado como un ser inferior a los demás no se habrá visto afectado. La alternativa que ahora estudiamos conduce, pues, a considerar relevante la suposición errónea de las circunstancias personales o sociales que dan lugar a la motivación discriminatoria.

Ello plantea, sin embargo, otro problema, puesto que la doctrina no es pacífica respecto al tratamiento de estos supuestos de “error al revés” relacionados con una circunstancia agravante. Mientras un sector opta sencillamente por no aplicarla¹²¹,

120 Así expresamente —en relación a la edad— SSTS 20/2/1993 (RJ 1993/1402) y 10/10/1994 (RJ 1994/7882). Respecto a la fundamentación en el plano de la antijuridicidad cfr. ALONSO ALAMO, *El sistema...*, cit., pp. 621 y ss., quien, con razón, ponía en duda la constitucionalidad de una agravante basada en diferencias valorativas entre los ciudadanos. Téngase en cuenta que este reparo no es trasladable a la circunstancia que ahora estudiamos, puesto que aquí no se trata de otorgar un valor especial a ciertas personas en función de su raza, religión, etc, sino precisamente de castigar comportamientos que las minusvaloran en razón de ciertas características personales que, conforme a los dictados constitucionales, no deberían hacerlas distintas de los demás. Es decir, mientras la antigua agravante de desprecio partía de desigualdades entre los ciudadanos por sus condiciones personales o sociales, la que ahora se analiza se funda en la premisa contraria: igualdad de todos, con independencia de sus particularidades.

121 Así MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 273; GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general...*, cit., p. 193; DIEZ RIPOLLES, *Las circunstancias genéricas...*, cit., p. 5, aunque este autor admite que dicha solución deja de valorar un “plus parcial de injusto” (vid. nota N° 65, p. 5); respecto a la suposición errónea de la circunstancia de parentesco en el parricidio también CEREZO MIR, *Curso...*, cit., p. 383.

otros autores entienden que existe aquí un desvalor añadido de acción que debe reflejarse en la pena. Para conseguirlo, se propone el concurso ideal entre la tentativa del delito agravado y el correspondiente delito consumado¹²². Una toma de postura definitiva sobre este punto exigiría un análisis detenido que no es posible abordar aquí, pero tal vez casos como el de la agravante que estudiamos apunten a la conveniencia de inclinarse por el concurso, puesto que la motivación reflejada en la conducta externa pone de manifiesto un desvalor adicional de acción que el legislador claramente ha querido reprobado.

Ahora bien, aun aceptando la conveniencia teórica de aquella alternativa, no se puede descartar que en el contexto del nuevo Código penal ese *plus* de injusto quede en definitiva sin reflejo punitivo. Y ello porque nos encontraríamos ante una tentativa inidónea —por *inidoneidad* del objeto—, un supuesto que, como se sabe, no está claro que pueda castigarse conforme a la nueva regulación¹²³. Si finalmente se impusiera la inadmisibilidad de la tentativa inidónea, el resultado para los casos que estamos estudiando sería que de no concurrir objetivamente en la víctima la causa que sirve de motivación al autor, sencillamente la agravante dejaría de apreciarse. Bien es verdad que esta solución no es totalmente satisfactoria, puesto que, como ya se ha dicho, la pena no reflejaría el contenido pleno de injusto de la conducta, pero ello no invalida la tesis que aquí se susten-

122 Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, en *Código Penal Comentado*, Akal, 1990, p. 25; PEREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 134-136 y 173-176. Vid también GRACIA MARTIN, en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos...*, cit., p. 49.

123 Las dudas sobre la admisibilidad de la tentativa inidónea en el CP 1995 no sólo se originan en la ausencia de una regla similar a la contenida en el art. 52 del CP anterior, sino también en la propia definición de la tentativa en la que se exige que se hayan realizado "todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado" (art. 16.1), así como en las reglas para la graduación de la pena donde se menciona expresamente el "peligro inherente al intento" (art. 62).

ta, porque ese déficit no sólo se hará palpable en este caso, sino en todas las tentativas inidóneas.

Por otra parte, la fundamentación de la circunstancia del art. 22.4° a partir de la lesión de un bien jurídico adicional ofrece igualmente bases más sólidas para resolver los problemas de incompatibilidad con ciertos delitos. Además de los tipos directamente relacionados con la discriminación, también deberá considerarse inaplicable la agravante cuando el delito del que se trate esté íntimamente vinculado con la dignidad personal, como desde luego sucede con el delito de injuria (arts. 208 y 209 C.P.) y probablemente también en el nuevo tipo protector de la integridad moral (art. 173 C.P.). Dado que en ambos casos el contenido de injusto capta directamente el efecto de humillación que sufre el sujeto pasivo como consecuencia de la conducta típica, ninguna razón tendría aplicar una agravante que precisamente pretende abarcar ese resultado. Aquí entran en juego las reglas del art. 67 C.P.

También en lo relativo a la comunicabilidad a los partícipes los resultados varían sustancialmente: al no ser ya la motivación en sí misma lo que explica la mayor punición, sino el efecto que ésta produce sobre bienes esenciales del sujeto pasivo, nos trasladamos de inmediato al ámbito de la “ejecución material del hecho” y, por tanto, al contexto de las circunstancias comunicables¹²⁴ (art. 65.2 C.P.). Ciertamente es que se llega así a una ampliación del ámbito de la agravante, pero si esta consecuencia no satisface, el defecto no debe atribuirse a la interpretación que ahora analizamos sino, en todo caso, a la propia existencia de la circunstancia.

Porque si se da por bueno que el legislador se proponía conceder una protección especialmente intensa a quienes por reunir ciertas peculiaridades personales o sociales se ven frecuentemente sometidos a un trato discriminatorio, lo coherente

124 Sobre la pertenencia de las circunstancias que aumentan el desvalor de resultado al párrafo segundo del antiguo art. 60 (hoy art. 65), cfr. BOLDOVA, *La comunicabilidad...*, cit., pp. 120 y s.

será ofrecer una interpretación que plasme esa *ratio* en los resultados punitivos. Desde este punto de vista, la interpretación estictamente subjetiva —esto es, la que se basa exclusivamente en los móviles del autor— es muy poco adecuada, puesto que no permite diferenciar situaciones bien distintas desde la perspectiva de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar. Así, en la medida en que resulta intrascendente que en la víctima concurra o no la particularidad que lleva al autor a cometer el delito, se llega al absurdo resultado de tratar con la misma dureza al que realmente lesiona un bien esencial del sujeto pasivo¹²⁵ que al que sólo pone una condición indirecta para posibles ataques futuros contra alguna de las personas que realmente pertenezcan al colectivo que se pretendía agraviar¹²⁶. Es decir, trata igual los casos de efectiva lesión del bien protegido y aquéllos de mera puesta en peligro mediato. Estos inconvenientes se superan con la tesis que pone el acento en el desvalor adicional de injusto. Pero, a cambio, la circunstancia se amplía en el contexto de la participación. No veo que esta conclusión en sí misma sea inadecuada, ya que si se acepta que la producción de ese resultado adicional es merecedora de mayor sanción, no hay motivo para quitarle responsabilidad a los partícipes que conozcan ese aspecto del hecho al que contribuyen¹²⁷. Ahora bien, si a pesar de todo, ese efecto ampliador de la circunstancia sigue originando cierta inquietud, la razón habrá de buscarse en una premisa que líneas más arriba se ha señalado como presupuesto para la aceptación de esta agravante genérica en sí misma, esto es, que el

125 Lo que se producirá cuando en la víctima concurra efectivamente la causa de discriminación.

126 Única vinculación que, como se ha visto, puede establecerse entre el bien jurídico y la motivación discriminadora en los casos de suposición errónea de la concurrencia de la causa de discriminación en el afectado.

127 Así, seguramente pocos dudarían de la justicia de extender la mayor penalidad a quien entrega a un grupo de cabezas rapadas los instrumentos necesarios para incendiar un albergue de inmigrantes y ello aunque en el partícipe no concurra la motivación racista. Si colabora conscientemente en un hecho de esas características, está contribuyendo a un acto de marginación de aquellas personas y, por tanto, a la lesión de su derecho a ser tratados como seres humanos iguales a los demás.

efecto discriminador convierte a *cualquier* delito en merecedor de una mayor sanción.

Pues bien, a mi entender, es esto último lo que crea todas las dificultades que venimos señalando. No se trata de poner en duda la importancia de los bienes afectados por los actos de discriminación. El problema reside, más bien, en la *forma* que ha buscado el legislador para concederles protección. Ya hemos visto que cuando recurre a la creación de tipos específicos es tan intenso su interés por prevenir los comportamientos discriminadores que acaba por caer en la incongruencia de adelantar las barreras de protección por encima de lo que él mismo se permite respecto de otros bienes iguales o aun más importantes¹²⁸. Y eso mismo sucede con la disposición que ahora analizamos. No se comprende, en efecto, por qué se opta por una circunstancia genérica cuando en la nueva regulación de esta clase de agravantes se descubre precisamente la tendencia contraria, esto es, la de eliminar de su catálogo aquellas agravantes que se venían explicando a partir de un desvalor adicional de resultado — como las de publicidad y medios ocasionados a grandes estragos¹²⁹—. Esta última decisión merece una buena acogida, puesto que si el hecho lesivo de otro bien jurídico tiene la suficiente entidad como para ser desvalorado por sí mismo, lo normal es que se cree un delito autónomo¹³⁰ y si lo que sucede es que la

128 Quien, por ejemplo, deliberadamente provoca sentimientos de desprecio hacia la vida de los demás sin llegar a incitar a la comisión del delito de homicidio, no incurre en responsabilidad penal alguna, una conducta aquella que, en cambio, es puesta bajo pena si lo que el provocador se propone es despertar un sentimiento de “odio” hacia determinados colectivos que pueda desembocar en actos de marginación hacia alguno de sus miembros. En última instancia se acaba por proteger menos el bien jurídico vida que el derecho a un trato igualitario digno.

129 Sobre la ratio de estas circunstancias cfr., por todos, ALONSO ALAMO, *El sistema...*, cit., pp. 631-636 y 605-613 respectivamente.

130 Como es el caso de los delitos de estragos e incendios a los que el legislador de 1995 deja el campo libre al haber suprimido la antigua agravante del art. 10.3º Cp 1973. Tal vez un papel parecido, en el ámbito de la discriminación, podría haber jugado el nuevo delito de tratos degradantes contrarios a la integridad moral —art. 173—.

especial desvaloración surge de su puesta en relación con otro ilícito penal de caracteres distintos, entonces sería más coherente vincular la agravante con injustos específicos. Así, por ejemplo, tiene sentido, al menos teóricamente, que se cree una agravación relacionada con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos¹³¹, puesto que es indudable que si los datos reve-

131 Seguramente habrá quien piense que la agravante del art. 197.5 nada tiene que ver con la discriminación, sobre todo porque las circunstancias allí enumeradas no coinciden totalmente con las previstas en otros preceptos más claramente destinados a prevenir aquel fenómeno. Y es obvio que eso es correcto por lo que se refiere a la víctima menor de edad o incapaz. Pero es que, en mi opinión, estos dos casos, a pesar de estar en el mismo artículo, constituyen una fuente de agravación distinta que no se vincula con la naturaleza de los datos personales revelados sino con otras particularidades del sujeto pasivo. Es decir, en el art. 197.5 se recogen dos circunstancias diferentes de las que aquí sólo interesa una: la relacionada con los “datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual” de la víctima. Bien es verdad que incluso con esta limitación las condiciones personales del art. 197.5 no coinciden totalmente con las enumeradas en otros preceptos relacionados con la discriminación. Especialmente llamativa resulta la mención de la “vida sexual” en lugar de la “orientación sexual” que se recoge en otros sitios. Sin embargo, no creo que esto modifique el sentido de la agravante, puesto que si se renuncia a establecer una relación con las fuentes de posible discriminación, sencillamente no se entiende la razón del incremento de pena. Podría pensarse que se trata de conceder una protección más intensa a aquellos aspectos de la intimidad de una persona que se vinculan con su vida estrictamente privada, pero entonces habría que explicar por qué se han elegido precisamente aquellos datos y no otros. No parece más grave desde ese punto de vista, por ejemplo, descubrir que una persona es bisexual que desvelar que las relaciones con su pareja son profundamente hostiles. Ambas cuestiones afectan a la vida estrictamente privada, pero, inexplicablemente, sólo la primera quedaría abarcada por la agravante —al vincularse con la “vida sexual”—. Si, por el contrario, se opta por la interpretación que aquí se propone, esa diferencia de valoración adquiere sentido, porque la orientación sexual puede dar lugar a discriminación y no así las malas relaciones familiares. Por otra parte, con la alternativa que proponemos, se sientan las bases para delimitar el campo de aplicación de la circunstancia: únicamente entrará en consideración cuando el dato revelado, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos por la ley, cree el peligro de que el sujeto pasivo sufra algún acto de discriminación por ese motivo. Ello permitiría dejar fuera de consideración casos tan absurdos como el de quien descubre que

lados están entre aquellos que pueden dar lugar a la marginación de una persona, al extraerlos de su ámbito de intimidad surge el peligro cercano de que ésta sufra en el futuro efectivos actos de discriminación.

Hubiera sido preferible, en definitiva, que las agravaciones relacionadas con el fenómeno de la discriminación se hubiesen reservado para un restringido grupo de delitos en lugar de pretender extenderlo a todos.

Lo dicho demuestra que también aquí el legislador ha ido demasiado lejos, poniendo en evidencia una vez más que no bastan las buenas intenciones para alcanzar resultados satisfactorios en Derecho Penal.

una persona tiene el colesterol alto o sufre una insuficiencia hepática. Se trata de datos relativos a la "salud", pero carecen de aptitud para convertirse en fuente de discriminación.