



# UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Dra. D<sup>a</sup>. Cristina Rodríguez Yagüe  
Profesora Contratada-Doctora de Derecho Penal (UCLM).

*Dos mil-tres mil*, nº 11, 2007

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]

# UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

**Dra. D<sup>a</sup> Cristina Rodríguez Yagüe**

**Profesora Contratada Doctora de Derecho penal**

**Instituto de Derecho penal europeo e internacional, UCLM.**

## **1. Introducción: la legislación penal antidiscriminatoria europea.**

España cuenta con una de las legislaciones antidiscriminatorias más completas de Europa. En un proceso iniciado tímidamente en 1976 y que, por el momento, concluye en el 2003, el legislador ha ido dotando al Código penal de una amplia batería de delitos que persiguen castigar la discriminación por distintos motivos en las diferentes esferas de la vida cotidiana.

Aunque el nacimiento y evolución de los delitos de discriminación en el Código penal se encuentran claramente influidos por la normativa internacional surgida tras la II Guerra Mundial, es necesario resaltar que la legislación española presenta unas señas de identidad propias que la diferencian de las regulaciones de nuestro entorno.

La normativa internacional se presenta como el punto de partida de las legislaciones penales europeas antidiscriminatorias<sup>1</sup>. Los acontecimientos históricos acaecidos en la primera mitad del siglo XX, la voluntad de asegurar el disfrute real de todos los derechos económicos y sociales y la formulación de la prohibición de cualquier trato discriminatorio explican el recurso al Derecho penal para la sanción de los comportamientos que puedan suponer un resurgimiento del fenómeno racista. La fuerte carga histórica determina la orientación de la tutela penal en la selección de las conductas discriminatorias y en las causas de discriminación típicas, que por ello se orientan inicialmente contra los comportamientos racistas y xenófobos.

Trascendental en el proceso de tipificación penal de las conductas de discriminación racial es la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) aprobada por Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965<sup>2</sup>. Tras definir como discriminación racial “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”, su artículo 4 compele a los Estados firmantes a adoptar medidas penales para la prohibición de las conductas que supongan la incitación a la discriminación y violencia raciales, la

---

<sup>1</sup> Un análisis de los instrumentos jurídicos de Derecho internacional que requieren y legitiman la intervención penal para la sanción de las conductas de discriminación, particularmente de las racistas y xenófobas, en LANDA GOROSTIZA, J.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999, págs. 57 a 99.

<sup>2</sup> Sobre su contenido, vid. por todos, SCHWELB, E.: «The International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination». *The International and Comparative Law Quarterly*, 15, 1966; y MERON, T.: «The meaning and reach of The International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination». *The American Journal of International Law*, vol. 79, 1985.

difusión de ideas basadas en la superioridad y odio racial, la realización de actos violentos y la participación en organizaciones y actividades de tal naturaleza. Para la prohibición del resto de comportamientos discriminatorios de naturaleza no violenta ni apologética se concede un amplio margen de discrecionalidad al legislador estatal de cada país en la elección del tipo de medidas más adecuadas. La virtualidad de la CERD radica en que, frente al resto de instrumentos internacionales en la materia, incorpora la obligación para los países firmantes de adopción de medidas jurídicas, y en particular penales, para la represión de una serie de comportamientos discriminatorios. Sin olvidar que, después de la Convención sobre los Derechos del Niño y la relativa a la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, ha sido la Convención más ratificada<sup>3</sup>.

A partir de la CERD se inicia un proceso de tipificación penal de los comportamientos discriminatorios en los países de nuestro entorno que, comenzando a principio de los años setenta, todavía no está concluido, proceso que se ve reforzado por la elaboración de otros textos internacionales posteriores a aquél que ya en el seno del Consejo de Europa –particularmente a partir de la Recomendación nº 453 del Comité de Ministros de 1966 y de las recomendaciones de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia– ya en la Unión Europea –como a través de la Acción Común del Consejo de 1996 para la lucha contra el racismo y la xenofobia<sup>4</sup>– instan igualmente a la adopción de medidas penales para la sanción de las discriminaciones raciales de carácter violento, apologético, de negación del genocidio y de participación en actividades y organizaciones racistas<sup>5</sup>.

En un segundo momento, iniciado a partir de los años noventa, la tutela penal experimenta un proceso de expansión tanto en las conductas típicas previstas en los Códigos penales y legislaciones especiales europeas como en las causas de discriminación contempladas que determina un giro de la inicial regulación penal antirracista hacia una regulación penal protectora del derecho a no ser discriminado. El descenso de las conductas violentas de carácter racista, la búsqueda de nuevas víctimas por parte de los grupos de extrema derecha entre los sectores sociales más desfavorecidos y el activismo de los grupos feministas y de los colectivos homosexuales determinan la inclusión de nuevas causas de discriminación. Paralelamente y debido a una mayor sensibilización ante las discriminaciones cotidianas de las que son objeto todos estos colectivos en el acceso a las diferentes esferas de participación social, se

---

<sup>3</sup> A fecha de 8 de mayo de 2006, son 170 los Estados parte de las Naciones Unidas que la han ratificado.

<sup>4</sup> Fracasado el intento en 2001 de elaboración de una Decisión-Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia para armonizar estos delitos en el marco de la UE, nuevamente se ha retomado este propósito en abril de 2007 con un primer acuerdo por parte del Consejo de Ministros de Justicia e Interior para el castigo por parte de todos los países de la Unión Europea de las conductas que consistan en una incitación al racismo y a la xenofobia y en la apología pública, negación o banalización de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, con penas de entre uno y tres años.

<sup>5</sup> Una exposición general de las medidas legislativas contra la discriminación se pueden ver en los correspondientes informes emitidos con carácter periódico para cada país por la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y en BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares. Granada, 1999, págs. 17 y ss; LANDA GOROSTIZA, J.: *La intervención penal frente a la xenofobia*, ob. cit., págs. 103 y ss; OAKLEY, R.: *Combattre la violence raciste et xénophobe en Europe. Etude et orientation pratique*. Conseil de l'Europe. Strasbourg, 1996, págs. 56 a 68; SENAT (Service des affaires européennes): *Les législations réprimant les discriminations raciales en Europe*. Cellule de législation comparée, 1990 y COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: *Moyens juridiques pour combattre le racisme et la xénophobie*, Bruxelles, 1993.

incorporan a las legislaciones penales nuevos tipos penales que castiguen los comportamientos discriminatorios en ámbitos como las relaciones laborales, la prestación de servicios o el acceso a establecimientos públicos.

Sin negar la influencia que tanto las obligaciones contraídas por España tras la ratificación de la CERD como el derecho comparado han ejercido en la legislación penal antidiscriminatoria en nuestro país, el nacimiento y evolución de los delitos de discriminación en España presenta unas peculiaridades propias acuñadas fundamentalmente por la importancia de la jurisprudencia constitucional en la consolidación del mandato de no discriminación<sup>6</sup>.

Por ello, desde su inclusión en el Código penal, los primeros tipos penales de discriminación se han conformado como mecanismo de tutela del derecho a no ser discriminado de todos aquellos colectivos que, al igual que los extranjeros o las personas de otra raza, se encuentren en una situación de marginación y previendo desde su inicio la sanción de las discriminaciones cotidianas como la denegación de servicio público. Ello lo demuestra no sólo la heterogeneidad de las causas de discriminación contempladas desde los primeros delitos de discriminación sino también los propios tipos penales que se incorporan primeramente en nuestro Código, no precisamente los señalados por las obligaciones internacionales sino los consistentes en sí en una discriminación en las relaciones entre particulares.

## **2. Orígenes y evolución de los delitos de discriminación en la legislación penal española.**

Es la reforma del CP realizada ocho meses después de la muerte de Franco, por la Ley 23/1976, de 19 de julio, la que introduce por vez primera en nuestro Ordenamiento la sanción penal de una conducta de discriminación, concretamente la de las asociaciones ilícitas que “promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica” (art. 172.4), aunque su duración es efímera al quedar sin contenido a través de la LO 4/1980. Es en 1983, mediante la reforma del CP del 44 operada por LO 8/1983, de 25 de junio, cuando se introducen dos tipos delictivos con la intención de castigar las conductas de denegación discriminatoria de prestaciones realizada por el particular encargado de un servicio público (art. 165) o por un funcionario público (art. 181 bis) por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato. Además se reintroduce el castigo de las asociaciones ilícitas que “promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173.4), precepto sí orientado a castigar un tipo concreto de discriminación, la racista, y contemplado en el catálogo de conductas que según el art. 4 de la CERD debían ser tipificadas como delictivas.

Sí en cambio responde a las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país, y ello lo demuestra tanto los tipos penales antidiscriminatorios seleccionados como las causas de discriminación contempladas, la L.O. 4/1995, de 11 de mayo, de reforma urgente del CP del 44, que entra en vigor siete meses antes del Código de 1995. Como

---

<sup>6</sup> Particularmente a partir de la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio, en la que por primera vez se recoge un contenido autónomo de la prohibición de discriminación, más allá de ser el simple envés de la idea de igualdad, vinculándolo a la interdicción de situaciones concretas consistentes en diferenciaciones históricas que han situado a una serie de colectivos en posiciones desventajosas y contrarias a su dignidad humana. Más desarrolladamente en RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal*. Bomarzo, 2007.

señala la Exposición de Motivos, esta reforma obedece “a la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita”, a “la reaparición en la guerra que asola la antigua Yugoslavia de prácticas genocidas” y, por último, al cumplimiento de las obligaciones de carácter internacional asumidas por España en materia de la lucha contra la discriminación y el genocidio. A esta reforma contribuyen indudablemente las sucesivas manifestaciones populares y la alarma social creada tras el llamado “Crimen de Aravaca” el 13 de noviembre de 1992<sup>7</sup> y la jurisprudencia sentada por el TC en el caso Violeta Friedman con la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, a la que posteriormente haré referencia.

Esta reforma incorpora el castigo de la provocación o incitación a la discriminación por el origen racial, étnico o nacional, la ideología, religión o creencias (art. 165 ter), la agravante de discriminación para los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas o referentes al origen étnico, nacional o ideología, religión o creencias de la víctima (art. 10.15), y la apología del delito de genocidio, que castiga a los que ante la concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio –siempre que estas conductas puedan constituir una incitación directa a cometer un delito– (art. 137 bis b)).

Durante los escasos meses que conviven estos artículos con los ya introducidos en la reforma del 83 se produce una extraña no coincidencia entre las causas típicas contempladas en los artículos que castigan la denegación discriminatoria y los que castigan las manifestaciones provocadoras y apologéticas.

La tutela del bien jurídico no discriminación se consolida con el Código penal de 1995, cuya Exposición de Motivos se refiere expresamente a ello: “En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”.

El nuevo Código introduce nuevos tipos penales antidiscriminatorios, amplía los ya existentes y, en términos generales, unifica las causas de discriminación.

En cuanto a lo primero, tipifica la discriminación laboral (art. 314), la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2) y la denegación discriminatoria de prestaciones en el ámbito profesional o empresarial (art. 512).

Junto a ellos se incorporan otros tipos penales o agravaciones que, de alguna manera, se refieren a alguna de las causas de discriminación o a los grupos tradicionalmente objeto de tutela por la normativa antidiscriminatoria. Es el caso del delito de amenazas del art. 170, que agrava las amenazas cuando se dirijan a atemorizar a los habitantes de una población debido, entre otras causas, a su pertenencia a un grupo étnico o religioso; del art. 197.5 que agrava el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los ficheros revelados afecten a una serie de factores coincidentes con

---

<sup>7</sup> Con el asesinato de una inmigrante, Lucrecia Pérez, a manos de simpatizantes de grupos de extrema derecha. Véase una exposición de este trágico suceso en CALVO BUEZAS, T.: *El crimen racista de Aravaca. Crónica de una muerte anunciada*. Editorial Popular-Jóvenes contra la Intolerancia, Madrid, 1993.

algunas de las causas de discriminación típicas; y del delito de manipulación genética del art. 161, castigando las conductas de selección de la raza.

En segundo lugar, el legislador del 95 generaliza la aplicación de la agravante de discriminación, extendiendo su campo de aplicación a cualquier tipo penal (art. 22.4). El delito de provocación a la discriminación se amplía incorporando las conductas de provocación al odio y a la violencia y unificando las causas de discriminación (art. 510.1). Y en el mismo sentido, la sanción de las asociaciones ilícitas incorpora la previsión de la promoción al odio y a la violencia (art. 515.5). Se unifica en un solo precepto el castigo de la denegación discriminatoria de prestaciones en un servicio público ya sea cometida por un particular encargado del mismo o por un funcionario. Además, el delito de negación del genocidio se reforma, simplificando su redacción, y eliminando el requisito de que constituya una incitación directa a la comisión de un delito (art. 607.2).

Por último, y con alguna excepción, se unifican las causas de discriminación en los tipos penales señalados: el sexo, la ideología, religión, creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, orientación sexual, enfermedad y minusvalía<sup>8</sup>.

La última reforma que completa y modifica estos tipos penales es, hasta el momento, la realizada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En primer lugar, añade al delito de tortura del art. 174 la finalidad discriminatoria, que pasa a configurarse como especial elemento subjetivo del tipo. Se añaden, en segundo lugar, los Delitos de lesa humanidad, en el Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II, con el fin de adecuar los delitos de la legislación penal española a las competencias de la Corte penal Internacional. Y, por último, se agrava la pena de multa contemplada hasta el momento para el delito de discriminación laboral del art. 314 –de seis a doce meses pasa a doce a veinticuatro–.

Una vez vista esta rápida panorámica, queda patente que la propuesta de una sistematización de los diferentes tipos penales antidiscriminatorios previstos en nuestra legislación penal no es, sin duda, una tarea fácil. Son diversas las razones que dan cuenta de su complejidad.

En primer lugar, la profusión de la incriminación en los últimos años de conductas que, bien directa, bien indirectamente, afectan al derecho a no ser discriminado. En efecto, como se acaba de ver, desde su tímida aparición en 1976 hasta la configuración actual por el Código de 1995 la batería de medidas penales antidiscriminatorias ha aumentado notablemente, y no sólo respecto a los comportamientos típicos sino también en cuanto a los grupos especialmente tutelados sobre los que se proyecta su tutela a través del incremento de las causas de discriminación.

Estrechamente relacionado con lo anterior, se puede observar que junto a los tipos penales sobre los que no existe duda en torno a su naturaleza antidiscriminatoria –es el caso de los artículos 314 y 510 a 512 y 515.5–, en otros, la naturaleza del bien jurídico tutelado –delitos contra la libertad religiosa, los sentimientos religiosos y el respeto a

---

<sup>8</sup> Se contemplan dos excepciones. El artículo 314 incorpora además tres nuevas causas de discriminación: la ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, el parentesco con otros trabajadores de la empresa o el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. Y los artículos 510.1 y 22.4 siguen previendo entre las causas de discriminación la criticable referencia al antisemitismo.

los difuntos o los delitos de genocidio y de realización de prácticas de segregación racial-, o la expresa mención a alguna de las causas de discriminación para configurar el tipo penal básico o agravado –tortura, delitos de amenazas, revelación de secretos, manipulaciones genéticas para la selección de la raza-, los relacionan con los delitos de discriminación puesto que, aunque sea únicamente de manera secundaria, extienden su tutela al derecho a no ser discriminado. Ésta es la razón por la que la propia doctrina penal no es unánime, no ya a la hora de ofrecer sus propuestas de clasificación de los delitos de discriminación, sino en la previa delimitación de cuáles son los tipos penales antidiscriminatorios<sup>9</sup>.

### **3. Clasificación de los delitos de discriminación.**

Es, a mi juicio, la configuración del bien jurídico que se pretende tutelar, el derecho a no ser discriminado<sup>10</sup>, el criterio más correcto para la selección, primero, y sistematización, después, de los delitos de discriminación. En virtud de la lesividad de la conducta sobre las diferentes dimensiones del bien jurídico tutelado se puede elaborar una clasificación que facilite el estudio de las medidas concretas previstas en el Código penal español y la identificación de los elementos y problemas comunes a cada una de las diferentes categorías que forman parte de esta clasificación.

Dos son los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la selección y clasificación de los delitos de discriminación. El primero consiste en si los tipos penales se dirigen de manera directa y prioritaria a la tutela del derecho fundamental a no ser discriminado o si, por el contrario, su objeto de tutela es un bien jurídico diferente aunque desplieguen una protección adicional o indirecta hacia aquél.

No menos importante es el segundo de los criterios, también nacido del bien jurídico tutelado, pero concretamente de su propia configuración interna. En este sentido, se puede observar cómo hay una serie de comportamientos, en sí discriminatorios, que afectando a la dimensión individual del bien jurídico, sitúan a la persona en una posición de inferioridad respecto al resto. El comportamiento discriminatorio lesiona el derecho del sujeto a no ser discriminado lo que se concreta en el obstáculo o impedimento del disfrute y ejercicio de los derechos en la vida social. Otras conductas delictivas, en cambio, están referidas a un estadio previo a la materialización del trato discriminatorio, configurándose por tanto en torno al factor colectivo, esto es, a la referencia al ataque al grupo. A través de ellas se trata de evitar que determinados comportamientos consistentes en la provocación o en la negación, justificación o banaglorización de una serie de conductas de naturaleza discriminatoria afecten a la situación del colectivo en sí, contribuyendo a mantenerlo en una posición infravalorada y marginada.

---

<sup>9</sup> Pueden verse otras propuestas de clasificación de los delitos antidiscriminatorios en LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, págs. 227 a 230; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el derecho penal*. Comares, Granada, 1998, págs. 73 y ss, y 133 y ss; LANDA GOROSTIZA, J.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001, págs. 105 y ss; y BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares, Granada, 1999, págs. 336 y ss.

<sup>10</sup> Entendiendo como discriminación cualquier diferencia de trato, consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos de una o más personas por su pertenencia a un grupo concreto tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad. RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit.

A partir de la combinación de ambos criterios, se puede diferenciar entre tres grupos de delitos de discriminación.

Una primera categoría de delitos de discriminación es la conformada por aquellos tipos penales que, contruidos en torno al elemento individual del bien jurídico no discriminación, tutelan prioritariamente esta dimensión y suponen, en sí, la materialización de las conductas de discriminación puesto que producen una afeción de los derechos individuales de las personas que presentan una serie de rasgos físicos o sociales determinados. Forman parte de este primer grupo los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones (arts. 511 y 512) y el delito de discriminación laboral (art. 314). Son, a mi juicio, los delitos de discriminación en sentido estricto o el núcleo duro de los delitos de discriminación.

El siguiente grupo sería el formado por aquellos delitos que, a modo de segundo círculo concéntrico que gira alrededor del bien jurídico protegido, otorgan su protección de manera prevalente sobre la dimensión colectiva y en los que, aunque presente, queda matizada sino difuminada la referencia al elemento individual. Así ocurre en el delito de provocación a la discriminación, al odio y la violencia y las injurias colectivas (art. 510), en el delito de asociaciones dirigidas a promover o incitar a la discriminación (art. 515.5) y en el delito de negacionismo del genocidio (art. 607.2).

Una tercera categoría la integran aquellos tipos penales que pese a que su objeto directo de tutela no es el derecho a la no discriminación, sí le ofrecen de manera secundaria una suerte de protección adicional o indirecta a través de la extensión de una tutela reforzada a determinados grupos cuyos caracteres –coincidentes con algunas de las causas de discriminación prohibidas– son tenidos en consideración ya en la configuración de la conducta típica, ya en la creación de un subtipo agravado. De esta manera, el desvalor de la conducta por la afeción del derecho a no ser discriminado queda cubierto mediante la aplicación de los tipos penales de este tercer grupo, que se dirigen bien a la tutela indirecta del elemento individual, bien del elemento colectivo de este bien jurídico. Pertenecen a este tercer grupo los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.5), las manipulaciones genéticas para la selección de la raza (art. 161.2), las amenazas colectivas (art. 170.1) y el delito de tortura (art. 174.1).

Una categoría aparte, que considero que requiere un estudio diferenciado y autónomo en tanto se protege algo más que el bien jurídico no discriminación, concretamente, la propia existencia o supervivencia de ciertos grupos humanos, lo forman aquellos delitos que suponen la sublimación de las ideas discriminatorias: el delito de genocidio (art. 607), las prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas en caso de conflicto bélico (art. 611.6) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis).

A continuación, apuntaré las características comunes de los tipos penales que conforman cada una de estas tres categorías de delitos de discriminación así como los mayores problemas interpretativos que cada grupo plantea.

### **3.1. El “núcleo duro de los delitos de discriminación”: la discriminación en la prestación de servicios y la discriminación laboral.**

Integran lo que he denominado delitos de discriminación en sentido estricto o núcleo duro de los delitos de discriminación la denegación discriminatoria de un



servicio público (art. 511)<sup>11</sup>, de una actividad profesional o empresarial (art. 512)<sup>12</sup> y la discriminación laboral (art. 314)<sup>13</sup>.

Los tres tipos penales se configuran a partir de la dimensión individual del derecho fundamental de la persona a no ser discriminado. Su finalidad no es otra que evitar que una conducta realizada por razón de la existencia de una serie de rasgos físicos o sociales en el individuo, que identifiquen su pertenencia a uno de los grupos tutelados por la posición de marginación a la que socialmente se ven abocados, le impida el acceso a la participación en la vida social en condiciones de igualdad y de normalidad. Se castiga el acto concreto de discriminación consistente en la denegación de una prestación a la que se tiene derecho, ya en el ámbito del servicio público o en el de las relaciones profesionales o empresariales, o el acto discriminatorio particular producido en las relaciones laborales.

De esta manera, la conducta discriminatoria supone en primer término una lesión del derecho individual del sujeto al disfrute, en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, de los derechos y libertades que le son garantizados. Y que se concreta, ya en el derecho individual a la obtención de una prestación de naturaleza pública o privada, ya en el perjuicio en su vida laboral.

A través de cada acto discriminatorio se produce una negación de su dignidad puesto que el trato diferenciado es realizado por razón de la presencia en él unos rasgos que indican su pertenencia a un colectivo situado previamente en posición de inferioridad, lo que afecta a la esencia misma de la persona, que es considerada como un ser inferior o marginado. Cada comportamiento discriminatorio, en esencia, supone un acto de exclusión social de una persona puesto que ve impedido, obstaculizado o condicionado su derecho al acceso y a la participación en las diferentes esferas de la vida social.

Sin embargo, con la sanción penal de cada acto de discriminación no se castiga la repercusión que tal comportamiento produce sobre la situación de marginación y desventaja del colectivo al que pertenece el sujeto, al que la suma de comportamientos

---

<sup>11</sup> “1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

<sup>12</sup> “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.

<sup>13</sup> “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”.

individuales de esta naturaleza consolida y mantiene en tal posición. No se pretende hacer responsable al sujeto activo del mantenimiento o consolidación de tal estado sino únicamente de la lesión efectiva que sobre el derecho del individuo ha producido su acto de discriminación.

Los tipos penales no se construyen por tanto a raíz del resultado que ocasionan en el grupo o, lo que es lo mismo, en torno a la dimensión colectiva del bien jurídico, sino por la lesión concreta que en el derecho a no ser discriminado se produce en la persona discriminada.

Ello tiene una doble consecuencia. La primera se manifiesta en que en estos delitos se incorpora no ya una noción social sino además jurídica del fenómeno de la discriminación<sup>14</sup>. En efecto, se castigan determinadas conductas de discriminación en tanto suponen una negación en el reconocimiento y respeto al ejercicio y goce de una serie de derechos propios de la participación social del ciudadano. En definitiva, se garantiza el derecho fundamental a no ser discriminado respecto al goce o, al menos, respecto a la expectativa, de determinados derechos. De ahí que el legislador exija, en los tipos penales de denegación discriminatoria de los artículos 511 y 512, que éstas sean un derecho del sujeto. Y que la discriminación laboral, siempre que se den los requisitos de gravedad y contumacia introducidos por el tipo del 314, afecte a los derechos o expectativas del trabajador en su relación laboral. Son, por tanto, tipos penales configurados como normas penales en blanco que requieren acudir a la normativa extrapenal para completar la conducta prohibida.

A pesar de ello, no se trata de garantizar meramente el ejercicio de tales derechos, lo que, además de desvirtuar el sentido autónomo del derecho a la no discriminación, convertiría estos tipos penales en protectores de un derecho genérico a la igualdad en el que cualquier ciudadano podría ser sujeto pasivo. Estos tipos penales no tienen por objeto garantizar la igualdad de los ciudadanos en el acceso a una determinada prestación de un servicio público o en una actividad empresarial ni el cumplimiento del mandato de igualdad en las relaciones entre empresario y trabajador. Su significado debe ser encontrado en el propio sentido del derecho a la no discriminación y, concretamente, en la específica tutela que el legislador ha querido otorgar a una serie de colectivos que, por su condición de marginación histórica y social, se ven relegados a una posición de partida desventajosa en el acceso a las posibilidades reales del ejercicio de sus derechos. La brecha abierta de este modo entre igualdad formal y la igualdad material convierte *de facto* a sus miembros en ciudadanos de segunda. Consecuencia de ello es que, pese a la prevalencia del factor individual, la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación también se encuentra presente en estos delitos a través de esta delimitación, mediante las causas de discriminación, de los grupos objeto de tutela penal y, con ello, de sus miembros como posibles sujetos pasivos.

Su configuración a partir del elemento individual también determina que se trate de delitos de lesión, ya que la denegación de la prestación o servicio o la discriminación en la vida laboral producen una lesión directa del derecho individual del sujeto a no ser discriminado al que, por razón de una serie de causas típicas, les es negado el reconocimiento de sus derechos o expectativas.

La gravedad de estas discriminaciones no se encuentra, como sí ocurre en los delitos configurados en torno a la dimensión colectiva del bien jurídico, en su carácter

---

<sup>14</sup> Sobre la discriminación como concepto jurídico, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T.: *Igualdad y no discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 170 y 171.

violento o apologético, sino en que tales vulneraciones directas del derecho individual de la persona imposibilitan su acceso a las prestaciones o actividades básicas y necesarias para en la vida cotidiana. Y, al fundamentarse en la presencia de rasgos físicos o sociales determinados, suponen una negación de la condición del ser humano. Su carácter cotidiano contribuye al enraizamiento de la situación de marginación de estos colectivos sociales.

No obstante, es precisamente esa falta de violencia o del carácter apologético lo que motiva la ausencia de una referencia a estos delitos en el texto del artículo 4 de la CERD, puesto que ésta se centra en reclamar la sanción penal para aquellas conductas idóneas para crear un caldo de cultivo contra determinadas minorías así como para las de carácter violento. Y, por ello, su incorporación a los Códigos penales en los países de nuestro entorno se produce en un momento posterior al del resto de delitos de discriminación –y no en todos ellos–, una vez que la sociedad se ha sensibilizado respecto a este tipo de discriminaciones. No así, como se acaba de ver, ocurre en el caso español donde la primera conducta de discriminación introducida en el CP, concretamente en 1983, es el delito de denegación de servicio público por un funcionario o particular encargado del servicio –con la salvedad de la previsión de 1976 a 1980 del castigo a las asociaciones ilícitas discriminatorias–.

El legislador decide intervenir sancionando las conductas discriminatorias de mayor gravedad producidas en las relaciones entre privados. Éstas tienen lugar ya en la prestación por un funcionario o particular encargados de un servicio público, por el empresario en el seno de una relación laboral o por una persona en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Se puede afirmar que el legislador penal ha avanzado en poco tiempo lo que a la doctrina constitucional y laboral le ha costado demasiado reconocer: la exigencia del derecho a la no discriminación en las relaciones entre los particulares. Se trata, por tanto, de un reconocimiento por el legislador penal de la eficacia del derecho a la no discriminación entre privados. Tal exigencia se convierte con toda seguridad en el mayor problema de legitimación que presentan estos tipos penales: el conflicto que la exigencia a los particulares del respecto al derecho a la no discriminación crea con la autonomía privada<sup>15</sup>. Si bien ésta no existe en el ámbito prestacional de los servicios públicos, sí está presente tanto en las relaciones laborales como en la realización de actividades profesionales o empresariales, construidas ambas a partir de la libertad de contratación. De ahí que el legislador trate de salvar el conflicto entre estos derechos, a mi juicio correctamente, a través de la exigencia, en el caso del 512, de que la prestación sea un derecho del solicitante lo que restringe el campo de intervención penal a las actividades prestacionales de mayor trascendencia para la vida social y, por tanto, intervenidas normativamente pese a su carácter privado.

La existencia del conflicto entre el derecho a la no discriminación y la autonomía de la voluntad nos introduce en el segundo gran problema que plantean estos delitos, la necesidad del recurso al Derecho penal para la sanción penal de este tipo de discriminaciones en lugar de la utilización de otros mecanismos sancionadores del Ordenamiento. En este sentido una de las mayores críticas que se han realizado a estos

---

<sup>15</sup> Sorprende que mientras que la doctrina apela a la autonomía privada para criticar el castigo de la discriminación en el ámbito profesional y empresarial (art. 512 CP) en cambio se pronuncie mayoritariamente de manera favorable al castigo de la discriminación laboral mediante el tipo penal previsto en el art. 314 CP. Más desarrolladamente sobre el conflicto entre el derecho a no ser discriminado y las diferentes manifestaciones de la autonomía privada así como un análisis exhaustivo sobre los artículos 511 y 512 del CP en RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado...*, ob. cit.

delitos de discriminación, particularmente a la denegación de prestaciones, es la vulneración del principio de intervención mínima<sup>16</sup>. De hecho, la existencia de una regulación administrativa, en muchos casos más paralela que complementaria, dificulta en no pocas ocasiones la delimitación de las sanciones penales y administrativas de estos comportamientos discriminatorios.

### **3.2. Delitos contruidos en torno al elemento colectivo. Los delitos de discriminación y la expansión del Derecho penal.**

A modo de segundo anillo concéntrico, que gira alrededor del bien jurídico no discriminación, se articula un segundo grupo de delitos en torno al elemento colectivo. Lo conforman en mi opinión los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia e injurias colectivas (art. 510.1 y 2)<sup>17</sup>, el delito de asociaciones ilícitas para la provocación o incitación a la discriminación, odio o violencia (art. 515.5)<sup>18</sup> y el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2)<sup>19</sup>.

Aunque en todos ellos existe un referente al elemento individual, la dimensión prioritaria del bien jurídico hacia la que se dirige el sentido de tutela es la colectiva, puesto que la conducta típica no sanciona tanto la lesión del derecho individual del sujeto a no ser discriminado como la repercusión que ciertos comportamientos consistentes en la provocación, incitación o justificación de determinadas ideologías pueden provocar en determinados grupos humanos. Por ello en estos delitos la intervención penal se adelanta a un estadio previo a la lesión individual, castigando aquellas puestas en peligro que pueden condicionar o perpetuar la situación de inferioridad, no ya de una persona, sino de una colectividad en su conjunto. Se puede decir que castigan la antesala de las conductas en sí de discriminación, puesto que se pretende impedir el asentamiento de ciertos comportamientos de esta naturaleza en la sociedad<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Las críticas se han centrado, particularmente, en el delito de discriminación en las actividades profesionales y empresariales del art. 512. Apelando al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal véanse, entre otras, las críticas de LANDA GOROSTIZA, J.: *La política criminal contra la xenofobia*, ob. cit., pág. 141 o BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pág. 102 y ss.

<sup>17</sup> “1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

<sup>18</sup> “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración (...) 5°. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello”.

<sup>19</sup> “2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

<sup>20</sup> También se refiere a la dimensión colectiva de esta conducta LAURENZO COPELLO, P., quien configura como segundo bien jurídico protegido por estos tipos penales el modelo de convivencia plural y multicultural trazado por la Constitución, garante de las ideas de pluralismo, tolerancia y respeto a las diferencias, bien jurídico de corte colectivo afectado igualmente por las conductas de discriminación. «La discriminación en el Código penal de 1995»; ob. cit., pág. 241.

Pero la distancia de estos delitos en un grado, al tutelar la dimensión colectiva, de aquellos otros que protegen la esfera interna e individual del derecho a no ser discriminado, no significa que no se trate de delitos de discriminación<sup>21</sup>. Al contrario, por su referencia al colectivo discriminado, como grupo sometido a un tratamiento desventajoso cuya situación se trata de evitar, recogen esa dimensión que caracteriza la propia noción de discriminación frente a la genérica de igualdad. Simplemente se articula la intervención penal en un momento anterior a la producción de la lesión del bien jurídico, actuando ante la posible puesta en peligro del colectivo que puede ver su situación de marginación ya existente mantenida, o incluso agravada, por la realización de comportamientos consistentes en la creación de caldo de cultivo contra ciertos sectores de la población.

De esta manera, la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1) puede repercutir en la creación o corroboración de un clima favorable para la adopción de medidas violentas, de odio o de discriminación contra ciertos colectivos. Igualmente ocurre con la profusión de manifestaciones o expresiones de contenido injurioso (510.2) que, realizada de manera continuada, puede contribuir, si no crear por sí sola, a la consolidación de un determinado estereotipo que legitime el trato de inferioridad y hostilidad al que son sometidos algunos grupos sociales. También tutela esa dimensión colectiva el delito de asociaciones ilícitas del 515.5 al tratar de evitar el efecto que los comportamientos de promoción a la discriminación realizadas por los miembros de la asociación tengan respecto al colectivo especialmente vulnerable. Y en cuanto al castigo del delito de negación del genocidio del 607.2, el legislador acude al Derecho penal para la tipificación de estas conductas con la voluntad ya no tanto de impedir un posible clima previo favorecedor a un inminente y futurible régimen genocida en nuestro país –lo que justificó su origen en los países de tradición germánica–, lo que en nuestra realidad actual no parece que entrañe un riesgo real, como de evitar el peligro que la difusión de este tipo de manifestaciones a favor de determinados regímenes pueda producir en la consolidación de un clima de racismo y discriminación respecto a unos colectivos concretos<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Por el contrario, interpreta CIVERA TORRES, M.E., refiriéndose al art. 510 que no se protege el bien jurídico igualdad puesto que no se castiga una discriminación de hecho sino un peligro abstracto a que ésta se produzca. «Artículo 510 del Código penal: aspectos fundamentales». *Revista de Ciencias penales*, vol. 3, nº 1 y 2, 2000, pág. 78.

<sup>22</sup> A ello se refiere el TC cuando, en su sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, advierte de ese contenido incendiario en el tebeo «Hitler=SS», un cómic donde se satiriza y ridiculiza el genocidio y los campos de concentración: “A lo largo de sus casi cien páginas 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”. El TC establece de esta manera un nexo causal entre la realización de este tipo de manifestaciones y la manifestación de violencia realizada contra determinados colectivos, afirmando que aquéllos suponen una incitación, bien directa o bien subliminal. Y ello sin olvidar que la profusión de estas manifestaciones supone una afeción a la dignidad y al honor de los colectivos y de sus miembros, como también ha recalcado el TC afirmando que constituyen una negación de la dignidad humana: “La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional”. También parece que la defensa de la dignidad e igualdad está presente en la fundamentación realizada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona en su cuestionada sentencia de 16 de noviembre de 1998 – “caso Varela”- que castiga como delito continuado del art. 607.2 en concurso real con el 510.1 la edición, distribución y venta de una serie

Ahora bien, es necesario precisar en este sentido que ni la prevalencia de la dimensión colectiva ni la sanción, en los delitos del 510 y 515.5, de las conductas provocadoras del odio y la violencia debe conducir a equívocos en cuanto al objeto de tutela, interpretando que no es el derecho a no ser discriminado sino el orden o paz públicos los bienes jurídicos por ellos protegidos. La identificación del bien jurídico con el derecho a la no discriminación debe ser deducida, más que de las conductas típicas concretas –provocación a la discriminación, al odio o a la violencia–, de los colectivos hacia los que aquéllas se dirigen. De esta manera, ambos tipos penales otorgan una protección cualificada a unos grupos determinados en función de su raza, etnia, origen nacional, ideología, religión, creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad y minusvalía, en desarrollo de las circunstancias contempladas en el artículo 14 de la Constitución<sup>23</sup>.

En efecto, es indiscutido que la finalidad de este delito radica en evitar la creación de un caldo de cultivo propicio para la adopción de medidas de violencia o de discriminación contra una serie de colectivos concretos. Pero el castigo de la creación de tal caldo de cultivo no se identifica tanto con la protección del orden público como con la tutela de esos colectivos. De hecho, el legislador opta por castigar las conductas dirigidas contra determinados grupos marginados tradicionalmente, y lo hace en función de la existencia de unos caracteres inherentes comunes a ese colectivo. En cambio, quedarían impunes todas aquellas actuaciones de la misma naturaleza que atentasen contra personas no pertenecientes a los colectivos protegidos, siempre que dichos actos no fuesen constitutivos de algún otro delito recogido en el Código, lo que demuestra que no es tanto la tutela del orden público como la protección de esos grupos la finalidad pretendida por estos tipos penales.

Es respecto a estos tipos penales antidiscriminatorios donde existe un mayor respaldo internacional a favor del recurso al Derecho penal. Imprescindible para comprender la razón por la que prácticamente todas las legislaciones de nuestro entorno prevén el castigo de estas conductas –la excepción supone la prohibición de las asociaciones y el castigo de sus miembros– es la prescripción del recurso al Derecho penal comprendida en el ya mencionado artículo 4 de la CERD, a partir del cual los Estados firmantes se comprometen a “a) declarar como acto punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra

---

de material de contenido revisionista del genocidio judío por parte del dueño de una librería de esta ciudad.

<sup>23</sup> No se trata ésta de una cuestión pacífica entre la doctrina penal española, puesto que aunque la doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de la inclusión del principal de estos delitos, el recogido en el 510, entre los delitos de discriminación, también hay autores que lo vinculan con la paz pública. Entre los primeros, destacan LAURENZO COPELLO, P. «La discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit., págs. 227 y 228; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pág. 75; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 332 o BUENO ARÚS, F.: «La discriminación racial y el Código penal español», AP 1994-I, pág. 95. Y entre los segundos: BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental...*, ob. cit., págs. 342 y 343; CIVERA TORRES, M.E.: «Artículo 510 del Código penal: aspectos fundamentales», ob. cit., págs. 80 y 81. Igualmente parece deducirse de las conclusiones de GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», *La Ley*, nº 4790, 1999, pág. 1848.

actividad de propaganda que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocer que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley”.

A pesar de ello, son los tipos penales que mayores dificultades presentan tanto para su legitimación, puesto que suponen un importante adelantamiento de las barreras penales, como en su interpretación y posterior aplicación.

En este sentido es posible la traslación ya de las características, ya de los problemas, que se han predicado y observado de los tipos penales del denominado Derecho penal moderno y que se encuentran presentes en este grupo de delitos de discriminación que, si bien se articulan en torno a un bien jurídico de corte clásico, la prevalencia de esa dimensión colectiva determina la existencia de ciertas similitudes con aquéllos. Como actuales tendencias de este Derecho penal moderno se han apuntado la aparición de nuevos bienes jurídicos, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>24</sup>.

Claramente en estos delitos antidiscriminatorios no estamos ante la aparición de un nuevo bien jurídico, de reciente creación en la sociedad industrial, que como nuevo valor deba ser protegido por el Derecho penal, aunque sí ha ido adquiriendo importancia, a la par que autonomía frente a la idea de libertad, en las últimas décadas del siglo XX. Pero es la existencia de una dimensión colectiva de este bien jurídico, para cuya tutela se recurre a la intervención punitiva, lo que acerca a este grupo de delitos a los problemas que se han predicado respecto a ese llamado Derecho penal moderno como es el adelantamiento de barreras, la configuración como delitos de peligro abstracto, la flexibilización de las reglas de imputación o la tendencia a la desformalización con cierto debilitamiento del principio de legalidad<sup>25</sup>.

La protección de la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación sólo puede realizarse penalmente a través de un adelantamiento de las barreras a un estadio de intervención previo a la lesión concreta del bien jurídico. El castigo de todas aquellas conductas dirigidas a consolidar a un grupo en una ya existente situación de marginalidad o a crear un ambiente propicio para una escalada de violencia contra determinados colectivos requiere la utilización de tipos penales de peligro abstracto a través de los cuales se sancionen comportamientos como la provocación a la discriminación, odio o violencia<sup>26</sup>, o la aún más cuestionable difusión de ideas o

---

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 1999, pág. 18.

<sup>25</sup> Refiriéndose a este último aspecto, MUÑOZ CONDE, F. pone como ejemplos del recurso a conceptos indeterminados o de cláusulas generales que dejan al juez la decisión final sobre lo que es o no delito el artículo 607.2, donde el juez deberá decidir qué hechos históricos fueron realmente genocidios y el 510.1 respecto a la provocación al odio. «El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias». *La Ley* nº 4043, 1996, pág. 1339.

<sup>26</sup> Castigándose un acto preparatorio. La amplitud desmedida de la conducta típica del art. 510 ha tratado de ser limitada por la doctrina penal que, conectándolo con la provocación del art. 18.1, requiere que la conducta consista en la incitación a la perpetración de un delito y sea realizada con publicidad y de manera directa. Entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit., pág. 255 y ss; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., pág. 76 y ss; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal, parte especial*, 15º edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 825 o TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Quintero Olivares, G. (dir), 5º edición, Aranzadi editorial, Pamplona, 2005, pág. 1921. También la doctrina ha intentado de limitar la intervención penal conectando la conducta del art. 607.2, la negación del genocidio, con la definición de apología del art. 18. Por ejemplo, VIVES ANTÓN, T.S. y

doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio. Otro tanto ocurre con la sanción de las asociaciones ilícitas donde se adelanta el momento de la intervención penal al estadio previo de creación y conformación de la mencionada agrupación, sancionándose a sus miembros por los fines que ésta pretende, aunque éstos no se hayan llevado a su efecto.

La configuración del delito a partir del posible resultado que puede producir sobre el colectivo tutelado conduce a la flexibilización en las reglas de imputación, en tanto en estos delitos se hace particularmente difusa la barrera existente entre su configuración como delitos de peligro abstracto y el daño acumulativo como criterio de imputación<sup>27</sup>. Y ello porque si bien la finalidad de la incriminación de estos tipos penales se encuentra en el impedimento de que una conducta concreta pueda producir un caldo de cultivo desfavorable o que implique riesgo para determinados colectivos, lo que explicaría su configuración como tipos penales de peligro abstracto respecto al elemento colectivo del bien jurídico, en estos delitos parece que no existan elementos de lesividad concretos que requieran la existencia de tal peligro para el bien jurídico; esto es, que sea comprobable, real. Se hace muy difícil determinar cómo una manifestación aislada de justificación del genocidio es capaz de producir un caldo de cultivo tal que pueda desembocar en un peligro real contra un colectivo concreto o que ratifique una situación de desigualdad extrema del colectivo judío en nuestro país<sup>28</sup>. De no ser así, con su castigo se está imputando a cada sujeto individual que realice una de estas manifestaciones la situación global de marginalidad, inseguridad o inferioridad de determinados sectores de la población. Parece, por tanto, que se trata más de un peligro presunto, estadístico o global<sup>29</sup>. Por ello en otros países como los de tradición germánica se requiere para su castigo penal que estas conductas atenten además contra la dignidad o contra el orden público, lo que actuaría como indicador de un elemento de lesividad concreto. Ello acerca estos tipos penales a los delitos de clima, donde la referencia al injusto consistente en la violación del derecho a la no discriminación corre el riesgo de ceder el paso a la defensa del mantenimiento de bienes de contornos tan difusos como la paz o la seguridad públicas. En un esfuerzo de delimitación de estos preceptos, la doctrina ha acudido a la exigencia de una situación de auténtico riesgo de conflicto social y de peligro para la seguridad existencial de determinados grupos como presupuesto para su aplicación<sup>30</sup>.

---

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 885 o MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 764.

<sup>27</sup> Vid. sobre este criterio de imputación, propio del derecho administrativo sancionador e inadmisibles en el ámbito penal SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal...*; ob. cit., pág. 104.

<sup>28</sup> En esta dirección apunta LANDA GOROSTIZA, J. cuando denuncia el salto de imputación que se produce en estos supuestos donde «todavía falta una decisión posterior “libre” y plenamente imputable de actuar según la actitud hostil, violenta, discriminatoria o de eliminación genocida que el agitador ha contribuido a generar o despertar». En «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510 CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998», *AP*, Nº 36, 1998, pág. 702.

<sup>29</sup> En términos de SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ibidem*, pág. 105.

<sup>30</sup> En este sentido, y aludiendo a la sanción de la negación del genocidio JAKOBS, G. afirmaba que sólo podría haberse legitimado un tipo penal de tal naturaleza en los primeros años tras la finalización del dominio nacional-socialista. Admite por tanto de manera excepcional estos delitos de clima en tanto tengan un período de vigencia limitado temporalmente y su duración se extienda sólo a determinados tiempos de crisis. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico». *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 322. En este sentido LANDA GOROSTIZA, J. exige que los delitos de discriminación, y particularmente del 510 y 607.2, sean aplicados *de lege lata* –pues *de lege ferenda* propone su desaparición– únicamente cuando exista un determinado clima social, de crisis, que pueda ser interpretado como la antesala del holocausto, en el cual se produzca un riesgo real para la



Ese adelantamiento de las barreras de intervención, con la intención de castigar las conductas de creación de un caldo de cultivo contra determinados grupos, ha dado lugar además a la utilización por el legislador de términos excesivamente vagos e indeterminados que amplían de manera muy considerable la conducta típica. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 510.1 –y en el 515.5– con la inclusión de términos tan indeterminados como la violencia o el odio. Pero también con la referencia a la discriminación, puesto que no todas formas de ésta son punibles, lo que permitiría castigar la provocación a todo tipo de discriminación, dejando en cambio sin respuesta penal la efectiva lesión del bien jurídico de no ser constitutiva de los delitos comprendidos en los artículos 314, 511 y 512<sup>31</sup>.

Un último gran problema común a este segundo grupo de delitos de discriminación es el conflicto de derechos que su incriminación produce entre el bien jurídico que se pretende tutelar y la libertad de expresión (art. 20 CE) y el derecho de asociación (art. 22 CE).

En cuanto a la libertad de expresión, el TC español en su sentencia 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman)<sup>32</sup>, ha afirmado que las manifestaciones de corte xenófobo y racista constituyen una grave lesión al derecho al honor, a la dignidad humana y a la igualdad, por lo que nunca va a poderse amparar bajo la libertad de expresión puesto que no se trata éste de un derecho ilimitado: “Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”. Menos aún si esas expresiones poseen un “efecto explosivo”, mediante la utilización de un “lenguaje del odio”, incitando directa o subliminalmente a la violencia a través de la vejación.

No obstante, y pese a estos esfuerzos de delimitación entre el derecho a la no discriminación –y la dignidad del colectivo– y la libertad de expresión, la duda sobre la legitimidad de la intervención penal para la incriminación de tales expresiones de efecto explosivo permanece, más aún cuando su incriminación pueda suponer un acercamiento

---

seguridad existencial del colectivo que se tutela que debe encontrarse además en una situación especialmente vulnerable. Respecto al 510, vid. extensamente *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz., 1999, págs. 355 y ss y respecto al resto de tipos penales, igualmente interpretados como una suerte de tutela antigénocida adelantada, *La política criminal ante la xenofobia*, ob. cit., págs. 105 y ss.

<sup>31</sup> Por ello BERNAL DEL CASTILLO, J. requiere que sólo en los casos en los que la provocación se refiera a alguna de estas conductas típicas pueda ser aplicado el art. 510.1. *La discriminación en el derecho penal*. Ob. cit., pág. 79.

<sup>32</sup> Donde se pronuncia sobre el contenido de unas declaraciones de León Degrelle, ex jefe de las Waffen, S.S. negando el genocidio y deseando el resurgimiento de un nuevo Führer. El propio legislador alude a esta doctrina constitucional en la Exposición de Motivos de la L.O. 4/1995, que introduce los delitos de provocación a la discriminación y de negación del genocidio en el Código penal de 1973, para justificar el recurso al Derecho penal: “Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos. Su proliferación nos obliga a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 214/1991, de 11 de noviembre)”.

al derecho penal de autor, en tanto se sancionen opiniones o consideraciones propias del fuero interno que no tienen virtualidad para poner en peligro la dimensión colectiva del bien jurídico.

En este sentido, la referencia a la provocación al odio recogida en el art. 510.1 ha sido susceptible de numerosas críticas puesto que acerca de manera vertiginosa este tipo penal al derecho penal de autor puesto que se sanciona la generalización de un estado de antipatía y aversión<sup>33</sup>, además de suponer una ilegítima restricción al derecho a la libertad de expresión e ideológica<sup>34</sup>.

Más claramente sanciona la mera expresión de una opinión el delito de negación del genocidio del art. 607.2 puesto que, al faltar cualquier elemento en el tipo que requiera que las manifestaciones proferidas supongan una incitación a la comisión de delitos, o cualquier otra restricción –como la necesidad de que tales expresiones constituyan un ataque a la dignidad humana o produzcan una alteración del orden público–, castiga cualquier juicio con independencia de si es o no idóneo para conseguir un clima social contrario a determinados grupos sociales, limitando injustificadamente la libertad de expresión<sup>35</sup>.

En cuanto a la colisión con otros derechos constitucionales es evidente que el 515.5 entra en conflicto con el derecho a la libertad de asociación recogido en el texto constitucional en el artículo 22. En principio habría bastado con la asociación ilícita recogida en el primer párrafo del artículo 515 –las que tengan por objeto cometer algún

---

<sup>33</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*. Cobo del Rosal, M. (dir). Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 688.

<sup>34</sup> Por su carácter difuso, por la conculcación de la libertad ideológica y de expresión y por el adelantamiento de las barreras penales buena parte de la doctrina penal se ha manifestado particularmente crítica con el art. 510. Así, entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit., pág. 265; LANDA GOROSTIZA, J.: «La llamada “mentira de Auschwitz”...», ob. cit., pág. 714, o el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL que propone su eliminación –aunque una minoría cualificada se manifiesta a favor de su mantenimiento con una redacción referente, que limite la provocación a la violencia contra individuos, grupos o asociaciones por las razones típicas–. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, 1998, págs. 33 y ss. En cambio, a favor del mantenimiento de esta conducta se ha manifestado CIVERA TORRES, M.E.: «Artículo 510: aspectos penales», ob. cit., pág. 99, GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995...», ob. cit., págs. 1841 y 1847 o BARQUÍN SANZ, J. –respecto al antiguo art. 165 ter– «Apología de la discriminación por motivo de origen o de creencias», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Madrid, Edersa, 1997, pág. 400.

<sup>35</sup> Por estas razones la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente en contra de este tipo penal. Véase CUERDA ARNAU, M.L. quien lo tacha de inconstitucional ante la imposibilidad de encontrar capacidad incitadora en las conductas de negación, justificación o banalización y, más aún, en las que pretendan la rehabilitación o constitución de tales regímenes, con lo que no pueden ser entendidas como forma de provocación. «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología». *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1757, 1995, págs. 114 y 115. En el mismo sentido se pronuncian LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit., pág. 269; LANDA GOROSTIZA, J.: «La llamada “mentira de Auschwitz”...», ob. cit., pág. 714, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», ob. cit., pág. 6 y «Addenda a “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”», *La Ley*, nº 4693, 1998, pág. 12 o GÓMEZ NAVAJAS, J. «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el CP de 1995», *La Ley* nº 4790, 1999, pág. 1847. Al entender que puede suponer una limitación no justificada del derecho constitucional a la libertad de expresión, la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, encargada de revisar el recurso de apelación interpuesto por el condenado Pedro Varela por los delitos de provocación y negación del genocidio, plantea una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC del art. 607.2 del Código penal, que es inadmitido por el TC en su Auto 24/2000, de 18 de enero por haberse formulado en un momento procesal inidóneo.

delito o, después de constituidas, promuevan su comisión– a no ser que el legislador pretenda una intervención aún mayor.

### **3.3. Delitos que de manera indirecta tutelan el derecho a no ser discriminado.**

La siguiente categoría de delitos antidiscriminatorios, configurada a modo de tercer anillo concéntrico alrededor de las dos primeras, la conforma un grupo de tipos delictivos que, dirigidos directamente a la tutela de otros bienes jurídicos, despliegan una suerte de protección indirecta al derecho del individuo a no ser discriminado<sup>36</sup>. En estos delitos la tutela del derecho a no ser discriminado se distancia hasta adquirir una posición secundaria tras la defensa directa de otros bienes jurídicos.

Forman parte de este tercer grupo el delito de manipulaciones genéticas para la selección de la raza (art. 160.3)<sup>37</sup>, el delito de tortura basada en algún tipo de discriminación (art. 174.1)<sup>38</sup>, y los tipos agravados de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.5)<sup>39</sup> y de amenazas (art. 170.1)<sup>40</sup>.

En todos estos tipos penales el legislador ha querido referirse de manera expresa a alguna de las causas de discriminación. Es el caso de la raza en el art. 161.2, la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual en el art. 197.5 o los grupos étnicos o religiosos a los que otorga su protección el art. 170.1 respecto de las conductas de amenazas.

La primera nota común a todos ellos es el carácter secundario que otorgan al derecho a no ser discriminado. O lo que es lo mismo, no se puede hablar de preceptos antidiscriminación en sentido estricto puesto que directamente tutelan bienes jurídicos

---

<sup>36</sup> También BERNAL DEL CASTILLO, J. establece una distinción entre lo que considera como delitos de discriminación en sentido estricto, donde el elemento de la discriminación es esencial, y aquellos otros tipos penales que protegen indirectamente el derecho a la no discriminación. No considera en cambio estos últimos como delitos de discriminación, si bien otorgan una protección indirecta o secundaria a este derecho debido a la trascendencia que en estas conductas adquiere el factor discriminatorio. *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pág. 133.

<sup>37</sup> “3. Con la misma pena [prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años] se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

<sup>38</sup> “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

<sup>39</sup> “5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

<sup>40</sup> 1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.

diferentes al contenido en el artículo 14.2 CE<sup>41</sup>. No obstante, dado que las conductas típicas se dirigen a determinados colectivos que de manera persistente son sometidos a una situación diferenciada respecto a los demás, y ello es tenido en cuenta en la configuración y agravación de los tipos, se puede afirmar que despliegan también una protección indirecta del derecho a la no discriminación.

En el delito del art. 197.5, el legislador pretende evitar que la revelación de determinados datos, junto a la mayor lesión de la intimidad que supone, revierta de manera negativa en un sujeto de tal manera que, por el conocimiento de tal circunstancia, pueda ser sometido a algún comportamiento discriminatorio. Es el elemento individual del bien jurídico no discriminación el predominante puesto que se trata de evitar el perjuicio que en el ejercicio de los derechos de la persona en cualquiera de las esferas cotidianas pueda producir la revelación de alguno de sus datos personales; si bien es cierto que el elemento colectivo es tenido en cuenta la selección de los datos objeto de especial tutela.

También prevalece el elemento individual en el delito de torturas del art. 174.1, donde la inclusión de la discriminación se configura como un elemento teleológico que guía la conducta de la tortura cometida por la autoridad o funcionario. Es la afección a la esencia de la persona que se produce cuando la tortura es realizada por la presencia en ella de alguno de los rasgos que le caracterizan como integrante de uno de los grupos discriminados lo que el legislador pretende proteger.

En cambio, en las conductas de manipulación genética para la selección de la raza y de amenazas contra determinados colectivos tiene un mayor predominio la dimensión colectiva del bien jurídico tutelado indirectamente: el derecho a no ser discriminado. La utilización de medios para la selección de la raza supone un ataque contra el art. 14.2 CE puesto que la selección y potenciación de determinados caracteres biológicos sobre otros con objeto de obtener la perfección de una raza supone el intento de mejora de una

---

<sup>41</sup>. Respecto al bien jurídico protegido por el primero de los tipos penales, el art. 160.3, ROMEO CASABONA, C. parte de la diferenciación entre dos conductas típicas en él comprendidas, la creación de seres humanos por clonación con cualquier fin, que tutelaría el bien jurídico individual consistente en la identidad e irrepitibilidad del ser humano y la utilización de cualquier otro procedimiento para la selección de la raza, que protege el bien jurídico colectivo integridad genética de la especie humana. «El derecho penal ante el racismo y la eugenesia». *Eguzkilore* nº 11, extraordinario, 1997, págs. 130 y ss. Otros autores se pronuncian en cambio a favor de la existencia de una única conducta típica que protegería la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y el derecho a la propia identidad del ser humano. Es el caso de VALLE MUÑIZ, J.M. y TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir), ob. cit., pág. 168 y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal, Parte Especial*. Vives Antón, T.S., Boix Reig, J., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J.C. 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 159. En segundo lugar, el artículo 174.1 se dirige a la protección de la integridad física y moral, entendida como una manifestación de la dignidad humana, así como a la tutela de la libertad personal cuyo ataque completa el desvalor de la conducta de tortura. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Quintero Olivares, G. (dir). Ob. cit., págs. 272. Es el bien jurídico intimidad el protegido de manera directa por el art. 197.5, concretamente el denominado “núcleo duro de la *privacy*” referido a datos especialmente sensibles, lo que se traduce en un desvalor de resultado mayor de las conductas dirigidas contra esos datos. MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Quintero Olivares, G. (dir). Aranzadi editorial, 5ª edición, 2005, Pamplona, pág. 431. No será delito de discriminación, en cambio, la revelación de datos cuando la víctima es menor de edad o incapaz, las otras dos circunstancias recogidas por este artículo junto a las referidas a la discriminación. Igualmente, LAURENZO COPELLO, P.: «Los delitos de discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit. Pág. 287, nota 131. Por último, el artículo 170.1 tutela en primer término el derecho a la libertad, entendido como la libre formación de la voluntad. PRATS CANUT, J.M. y QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Quintero Olivares (dir), ob. cit., pág. 220.

raza determinada entendida como superior, en detrimento de las demás, entendidas como inferiores<sup>42</sup>. Y en cuanto al tipo de amenazas agravado recogido por el art. 170.1, mediante la referencia a determinados colectivos como objeto de la amenaza parece que el legislador quiere huir de un mero criterio numérico y señalar los ámbitos más significativos de protección<sup>43</sup>. La cualificación responde a una protección del grupo, en tanto la acción contra determinados grupos, como los étnicos o religiosos, supone un peligro futuro y objetivo para la situación del colectivo como tal.

La consecuencia más inmediata de su configuración como delitos antidiscriminación es la imposibilidad de apreciar la concurrencia de la agravante contemplada en el artículo 22.4 en caso de la presencia de una motivación discriminatoria.

Ahora bien, frente a lo que ocurría en los delitos de discriminación en los que directamente se tutelaba el derecho a no ser discriminado, en estos tipos penales el legislador no ha tratado de unificar las causas de discriminación sino que ha optado por seleccionar el colectivo merecedor de una tutela reforzada en cada tipo delictivo<sup>44</sup>.

También se diferencian de los delitos que protegen directamente el derecho a no ser discriminado porque no requieren que la conducta sea realizada por razón de alguna de las causas de discriminación. Se exige simplemente la utilización de procedimientos de selección de la raza (art. 160.3), el descubrimiento o revelación de datos de carácter personal relativos a ciertos caracteres del sujeto (art. 197.5) o que exista una finalidad de atemorizar a un determinado colectivo étnico o religioso (art. 170.1). Esta configuración facilita su objetivación y confirma la voluntad de la tutela, aunque indirecta, de determinados colectivos sin que aparezca la duda sobre la necesidad de una motivación discriminatoria como elemento subjetivo adicional del tipo. No así ocurre con el delito de tortura que exige que, entre sus diferentes modalidades, se realice por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación (art. 174.1).

Mayores dudas sobre su consideración como delitos que, indirectamente, protegen el derecho a no ser discriminado, plantean los atentados contra la libertad religiosa y el honor de los muertos. El Capítulo IV del Título XXI, relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en su sección 3ª “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, tutela la libertad religiosa y los sentimientos religiosos. Sanciona esta Sección, en primer lugar, las conductas consistentes en el proselitismo ilegal mediante actos de violencia, intimidación o fuerza (art. 522) y el impedimento, interrupción o perturbación de actos,

---

<sup>42</sup> En este sentido afirman VALLE MUÑIZ, J.M. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. que estas conductas suponen «la construcción programada de discriminaciones entre individuos, ya sean éstos construidos como hombres-superiores o como hombres-inferiores». «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal». *PJ* nº 26, pág. 128.

<sup>43</sup> Aunque la Exposición de Motivos de la LO 2/1998, de 15 de junio, que añade a los habitantes de una población, al grupo étnico o a un amplio grupo de personas, la previsión de los grupos culturales o religiosos y los colectivos sociales o profesionales, conduce a equívocos puesto que, por un lado, señala que se busca “detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto”, lo que parece hacer referencia a la necesidad de mayor tutela de determinados colectivos, mientras que, por otro lado, extiende la protección en función de criterios meramente cuantitativos: “especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente”.

<sup>44</sup> También incide en este aspecto LANDA GOROSTIZA, J. para quien los delitos comprendidos en los arts. 160.3, 170.1 y 197.5 responden a lógicas particulares frente a la coherente y homogénea lógica antidiscriminatoria. *La política criminal contra la xenofobia...*; ob. cit., págs. 207 y 247 y 248.

funciones, ceremonias o manifestaciones religiosas. A través de ellos se protege la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución ya en su vertiente individual, de ejercicio libre de una determinada religión y de derecho a no profesar ninguna creencia –en el artículo 522–, como en su dimensión comunitaria de reunión, manifestación pública y asociación para desarrollar actividades religiosas y de culto –en el supuesto del art. 523–. A su lado, el legislador ha querido recoger otros tipos penales que no ofrecen tanto una protección directa del derecho a la libertad religiosa como de los sentimientos religiosos<sup>45</sup>. Es el caso del delito de profanación (art. 524), del delito de escarnio (art. 525) y del delito de violación de sepulturas y profanación de cadáveres (art. 526). Particularmente es respecto a este último sobre el que se plantean mayores posibilidades de inclusión dentro de los delitos que indirectamente tutelan el derecho a no ser discriminado<sup>46</sup>. Y ello porque en ocasiones, el delito de violación de sepulturas y profanación de cadáveres va acompañado de connotaciones discriminatorias – particularmente racistas<sup>47</sup>.

Sin embargo, a mi juicio, la concurrencia en ocasiones de una motivación discriminatoria no es razón suficiente para convertir a estos tipos penales en delitos antidiscriminatorios. Por el contrario, estos delitos se limitan a la protección de la libertad religiosa y sentimientos religiosos, no cubriendo el mayor desvalor que produce la conducta por su carácter discriminatorio, al afectar al derecho a no ser discriminado de determinados colectivos objeto de una tutela penal reforzada. En consecuencia, de constatarse que la conducta es realizada por alguno de los motivos discriminatorios contemplados por el artículo 22.4, habría que apreciar la concurrencia de la agravante de discriminación.

#### **4. Un último análisis: ¿Son los delitos contra la Comunidad internacional delitos de discriminación?**

Por último, requieren en mi opinión un análisis diferenciado el genocidio (art. 607.1)<sup>48</sup>, los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis)<sup>49</sup> y las prácticas de segregación

---

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 839.

<sup>46</sup> De hecho, la regulación francesa establece en el propio tipo penal de violación de sepulturas una agravación –art. 225.18 del CP– cuando los hechos se cometan por razón de la pertenencia o no, real o supuesta, de los muertos a una etnia, nación, raza o religión determinada. Sanciona también Luxemburgo de manera específica el atentado contra la integridad de un cadáver por razón de su pertenencia a una etnia, nación, raza o religión –arts. 453 y 457.2 del CP–.

<sup>47</sup> La motivación racista que, implícita o explícitamente acompaña en no pocas ocasiones a los atentados contra la libertad religiosa, junto con su conexión con la dignidad humana llevan a BERNAL DEL CASTILLO, J. a ubicar estos delitos entre los que, de manera indirecta, tutelan el derecho a la no discriminación. *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., págs. 142 y 143.

<sup>48</sup> “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. 2. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.3. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 150.4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado”.

<sup>49</sup> “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte

racial en casos de conflicto armado (art. 611.8)<sup>50</sup>. Se trata de tres figuras que, en esencia, suponen la sublimación del comportamiento discriminatorio.

No cabe duda que estos tipos penales guardan una estrecha conexión con el derecho a no ser discriminado. El delito de genocidio supone la realización de una serie de comportamientos con la finalidad de la destrucción total o parcial de un colectivo nacional, racial, étnico o religioso, lo que lo configura como uno de los más graves ataques a los derechos humanos. También la pertenencia de la víctima a determinados colectivos perseguidos –entre otros por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género– cuando motive la comisión de una serie de delitos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil dará lugar a la existencia de un delito de lesa humanidad. Igualmente, las prácticas de segregación

---

de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1°. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2°. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 1°. Con la pena de prisión de quince a veinte años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139. 2°. Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual. 3°. Con la pena de prisión de doce a quince años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a doce años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147. 4°. Con la pena de prisión de ocho a doce años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción. 5°. Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos. 6°. Con la pena de prisión de doce a quince años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida. 7°. Con la pena de prisión de ocho a doce años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días. 8°. Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima. 9°. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado. 10°. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”.

<sup>50</sup> “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...) 8. Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal”.

racial en caso de conflicto bélico suponen una grave agresión contra la esencia de determinados colectivos.

No obstante, todas estas conductas son algo más que un comportamiento discriminatorio y, por ello, no pueden ser identificadas con ésta sino que requieren un estudio autónomo. Se trata de conductas extremas dirigidas al exterminio del grupo en el caso del genocidio y de los delitos de lesa humanidad y a la lesión de la dignidad de una serie de sujetos protegidos en caso de conflicto bélico en los supuestos de prácticas de segregación racial. Por tanto, pertenecen a una categoría íntimamente relacionada con los delitos de discriminación, pero diferenciada y autónoma respecto a ellos.

El delito de genocidio tutela la existencia del grupo o grupos humanos con independencia de cuál sea su nación, raza, etnia o religión<sup>51</sup>, lo que ha motivado que parte de la doctrina penal lo ubique dentro de los delitos de discriminación<sup>52</sup>. Sin embargo, más allá que la tutela del derecho a la no discriminación, e incluyéndola, el delito de genocidio protege la existencia en sí del grupo, y lo que pretende evitar en su exterminio. La misma consideración se puede trasladar a los delitos de lesa humanidad donde se castigan una serie de conductas en tanto constituyen una parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de la misma<sup>53</sup>, donde se tutela la propia existencia del colectivo<sup>54</sup>. Por último, también el delito de segregación racial supone la sublimación de las conductas de discriminación<sup>55</sup>. Frente al

---

<sup>51</sup> BELTRÁN BALLESTER, E.: «El delito de genocidio (estudio del artículo 137 bis del Código penal español», *CPCr* nº 6, 1978, pág. 32. MUÑOZ CONDE, F. afirma que «el sustrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, grupos, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran»; en *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 762.

<sup>52</sup> Es el caso de LAURENZO COPELLO, P. que lo ubica entre las medidas antidiscriminación genéricas junto con el delito de provocación a la discriminación, las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el delito de negacionismo y la agravante de discriminación, tratándose de «la forma más brutal de discriminación que quepa imaginar», «La discriminación en el Código penal de 1995», ob. cit., pág. 228. También BERNAL DEL CASTILLO, J. para quien los actos de genocidio «son en esencia y objetivamente actos discriminatorios llevados hasta su extremo, es decir, hasta el intento de supresión física o autónoma de la totalidad de quienes comparten una identidad racial, religiosa o étnica» y por ello lo sitúa entre los delitos que protegen de manera indirecta el derecho a la no discriminación. *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pág. 136. En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., pág. 315. Por el contrario, LANDA GOROSTIZA, J. entiende que pese a estar relacionados, en tanto manifestación extrema, el delito de genocidio presenta una lógica propia, determinada por el tratamiento diferenciado y singular del que ha sido objeto por el derecho internacional, lo que impide a su juicio su tratamiento como una mera norma más antidiscriminatoria. *La política criminal contra la xenofobia...*, ob. cit., pág. 4, nota a pie 8 y pág. 105, nota 92. En sentido parecido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., afirma que el genocidio «atenta contra algo más que la igualdad». «La sanción penal de la discriminación: especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo». *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pág. 295.

<sup>53</sup> Son los elementos configuradores de los delitos contra la humanidad su comisión sistemática o generalizada, lo que se produce cuando existe bien un alto grado de planificación, bien una comisión reiterada de actos lesivos con el fin de debilitar una comunidad, y su dirección contra cualquier población civil. GIL GIL, A.: *El genocidio y otros crímenes internacionales*. UNED, Valencia, 1999, pág. 123.

<sup>54</sup> En este sentido LANDA GOROSTIZA, J. remarca la dimensión colectiva del bien jurídico de este delito pues aunque también se protejan otros bienes jurídico-penales individuales afectados por “los hechos acompañantes”, a través de la sanción de los crímenes de lesa humanidad se pretende la protección de la existencia en sí de grupos que están expuestos a ataques, generalizados o sistemáticos, cuya existencia se pone en peligro, y ha comenzado ya su destrucción. «El `nuevo` Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación». *Revista Penal* nº 14, 2004, pág. 87, nota 51.

<sup>55</sup> Sobre su inclusión como delito antidiscriminatorio la doctrina se muestra dividida. Mientras LAURENZO COPELLO, P. y BORJA JIMÉNEZ, E. no lo contemplan en sus respectivas clasificaciones, BERNAL DEL CASTILLO, J. considera que estamos ante «un auténtico supuesto de hecho



castigo de las conductas individuales denegatorias de prestaciones contempladas en los artículos 511 y 512, el artículo 611.8 castiga toda forma de segregación racial y el establecimiento de distinciones desfavorables lesivas para la dignidad. Su excepcionalidad, puesto que sólo podrá aplicarse en caso de existencia de un conflicto armado y en protección de los sujetos enumerados en el artículo 608, lo convierte en una suerte de Derecho penal humanitario que no persigue tanto la protección de unos derechos concretos, entre ellos el derecho a no ser discriminado, como particularmente la protección de las víctimas de la guerra<sup>56</sup> y, como exige expresamente el párrafo 8 del art. 611, la dignidad humana. Ello le convierte, como en el caso de los dos tipos penales anteriores, en algo más que un precepto antidiscriminatorio.

Pero la diferencia con los delitos de discriminación no se produce únicamente en términos cuantitativos, de mayor gravedad de las conductas de genocidio, lesa humanidad y prácticas de segregación racial. También existe una diferenciación cualitativa en cuanto al objeto de protección tutelado por unos y otros ilícitos penales. Mientras que en los delitos de discriminación se tutela directamente el derecho a no ser discriminado y, a través de éste, la dignidad del individuo y del grupo al que pertenece, en los delitos de genocidio y de prácticas de segregación racial la dignidad pasa a un primer plano, protegiéndose directamente a través de ellos la esencia misma del colectivo de referencia. De esta manera, si en los delitos de discriminación en sentido estricto se castiga una lesión al derecho a no ser discriminado que repercute en su dignidad como persona puesto que la sitúa en una posición de marginación e inferioridad respecto al resto por la mera presencia de unos caracteres físicos o sociales, en los delitos de genocidio y de prácticas de segregación racial no se sancionan tanto los concretos ataques a bienes jurídicos individuales como los ataques contra la misma existencia, supervivencia y dignidad del grupo a través de los comportamientos de exterminio de sus miembros o de segregación racial a raíz del estallido de un conflicto bélico. Dado que se castiga la idoneidad de la conducta para poner en peligro la subsistencia del grupo como tal, el elemento individual en cierta medida se desvanece a favor de la referencia al colectivo, que convierte estos delitos en supraindividuales y configura al sujeto pasivo como la Comunidad Internacional.

---

discriminatorio puesto que la conducta típica recoge formas de actuación que directamente lesionan el contenido esencial del principio de igualdad de trato y del derecho a no ser discriminado» por lo que se encontraría entre los delitos que protegen indirectamente el derecho a no ser discriminado. *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pág. 254.

<sup>56</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 2181.