

Revista del Foro Canario

91

Las Palmas de Gran Canaria, 1995



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

ASPECTOS PENALES DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

MARÍA ELSA CARRERAS RIUDAVEST
ABOGADA NO EJERCIENTE
OFICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SUMARIO

CONSIDERACIONES GENERALES: XENOFOBIA, RACISMO, NACIONALISMO.

DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

LA VÍCTIMA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL.

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL CÓDIGO PENAL.

- 1) Delito de Genocidio.
- 2) Discriminación por razón de la raza.
- 3) Asociación para promover la discriminación racial.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

CONSIDERACIONES GENERALES: XENOFOBIA, RACISMO, NACIONALISMO

El denominado Informe Ford, aprobado el 17 de julio de 1990 por la Comisión del Parlamento Europeo, que tiene como cometido específico la investigación sobre el Racismo y la Xenofobia, nos proporciona datos imprescindibles para la comprensión de los problemas fundamentales de la situación del racismo en Europa desde el punto de vista laboral, económico, social, político y jurídico, proponiendo algunas medidas a adoptar tanto por la C.E. como por parte de los Estados miembros. Como subraya el propio informe, nos encontramos ante una de las cuestiones que centrarán el debate social y político de los próximos años, y no sólo por su utilización como pieza maestra de la estrategia de la extrema derecha europea que, según el informe mencionado, afrontará este período como fecha clave para la “reestructuración y coordinación de estas fuerzas a nivel europeo”, de donde cabe esperar una activación espectacular del racismo y la xenofobia, sino también por el cambio, los procesos de integración y apertura de los extranjeros no comunitarios legales y clandestinos —respectivamente— y, en definitiva, por la transformación de Europa de tierra de asilo en fortaleza inexpugnable, evolución de la que estaríamos viviendo (según el Informe Ford) “la primera fase del peligro eurocentrista”, acentuada por los procesos que se viven en los países del Este de Europa.

Aunque, como expone De Lucas ⁽¹⁾, no faltan las voces que denuncian ese nuevo fantasma errante por el continente, el sentimiento de rechazo hacia los extranjeros (no comunitarios), cuando no el desprecio y la discriminación hacia cualquier minoría racial no europea, lo cierto es que aún está por examinar con detenimiento el proceso que ha permitido y aun fomentado ese crecimiento, y aún más, el cálculo de sus consecuencias en el orden jurídico, social y político. La verdad es que resulta imprescindible, a los efectos que tratamos, distinguir entre xenofobia y racismo y tratar de determinar si una y otro son o no elementos integrantes del nacionalismo. Usualmente se admite que la xenofobia es el rechazo o exclusión de toda identidad cultural ajena por el mero hecho de ser tal, mientras que el racismo centra tal actitud negativa únicamente en consideraciones étnicas. En la medida en que éste es más concreto, resulta más peligroso que aquélla, que actúa más bien de modo abstracto, general y, en cierto sentido, es difícilmente eliminable, si no como característica, al menos como pulsión de toda identidad colectiva, mientras que el racismo puede ser eliminado sin que esto implique desaparición del grupo del que se predica como actitud, y esa posibilidad radica preci-

samente en su modo característico de aparecer, a través de manifestaciones expresas contra las que resulta más factible adoptar medidas.

DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la Constitución Española de 1978, la igualdad constituye un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico (artículo 1.1) y un derecho fundamental de las personas (artículo 14), con todas las consecuencias que se derivan y son consecuencia a una y otra calificación.

Aun cuando el artículo 14 mencionado se refiere al principio de igualdad ante la ley solamente a los españoles (al decir que “son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), sin embargo, como dice Bueno Arús⁽²⁾ cabe entender que el principio es asimismo aplicable a los extranjeros, en virtud del artículo 13.1 de la misma Constitución (“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”), así como el artículo 27 del Código Civil (“Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles...”) y del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre Derechos y Libertades reconocidos en España: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

Lógicamente, resulta incuestionable la aplicabilidad de estas normas al Derecho Penal, al no hacerse distinción en aquellas normas; porque, a mayor abundamiento, el artículo 9.1 de la Constitución establece que “los poderes públicos —entre ellos el Legislativo— están sujetos a la Constitución”, y por ello, las leyes penales han de contribuir, en la medida en que les corresponde, a la regulación del ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley, respetando, en todo caso, el “contenido esencial” de tal derecho (artículo 53.1 de la C.E.).

Por lo demás, la interpretación de las leyes penales, como cualquier otra disposición, se ha de llevar a cabo de acuerdo con la Constitución y los principios constitucionales, como con reiteración ha proclamado el Tribunal Constitucional (así, sentencias 26/1981, de 17 de julio; 76/1987, de 25 de mayo y 24/1990, de 15 de febrero).

Y no debe olvidarse que las normas penales han de ser interpretadas, como establece el artículo 10.2 de la norma fundamental, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, ya que aquéllas vienen siendo consideradas como “relativas a desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, a efectos de estimar que la tradicional reserva de ley en materia penal es en la actualidad, en el Derecho español, reserva de ley orgánica (artículo 81.1 de la C.E.).

LA VÍCTIMA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Durante mucho tiempo tanto por la doctrina, como por las legislaciones positivas se ha observado una falta de sensibilidad, si no de olvido, en que se ha mantenido a la víctima del delito, preocupados con preferencia del delincuente y de los fines de la pena.

Pone de manifiesto Ladrove Díaz ⁽³⁾ que la contemplación que el sistema jurídico español hace de la situación de las víctimas del delito es francamente insatisfactoria y se encuentra muy lejos de la adoptada por muchos de los países de nuestro entorno. Con muy concretas excepciones, el Estado social y democrático invocado en el artículo 1 de la Constitución Española deja en el más absoluto abandono a la víctima inocente del delito.

En España, desde la Constitución de 1978, poco se ha avanzado en una normativa sobre la protección a las víctimas del delito. Su posición procesal es incómoda, como pone de manifiesto Martínez Arrieta ⁽⁴⁾, generando una desconfianza hacia el sistema penal que se refleja en cualquier encuesta de opinión.

En definitiva, como pone de relieve Sagrador ⁽⁵⁾, la víctima del delito ha sido el “personaje olvidado” por el sistema jurídico penal, aunque últimamente se vuelve la atención sobre ella, determinando el nacimiento de una nueva disciplina: la victimología.

Una de las consecuencias de tal preocupación, por lo que aquí nos interesa, ha sido la modulación de la gravedad del delito y de la determinación de la gravedad de la pena aplicable en función de la mayor protección a las víctimas que por razones específicas aparecen más necesitadas o más débiles frente a los agresores de sus bienes jurídicos merecedoras de la tutela penal. Entre estas razones específicas, dice Bueno Arús (*loc. cit.*), se encuentra la **raza** cuando, en virtud de la misma, las víctimas o las posibles víctimas constituyen una minoría prácticamente indefensa frente a una mayoría agresiva e intolerante.

La extensión de la protección penal en un ámbito determinado de relaciones humanas requiere, en primer término, justificar dicha extensión y, en segundo término, pronunciarse sobre la técnica utilizable. Por lo que respecta a la primera cuestión, sigue diciendo Bueno Arús, no parece haber duda alguna en que los actos de discriminación racial tienen la suficiente gravedad como para requerir la intervención del Derecho Penal, por la importancia intrínseca de los bienes jurídicos tutelables, dada su vinculación con los derechos más inherentes a la personalidad humana, y, formalmente, por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en tal sentido en virtud de los convenios internacionales que regulan la materia y de los que es parte España.

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL CÓDIGO PENAL

Los ataques raciales pueden constituir, sin duda, cualquiera de los delitos contra los bienes jurídicos individuales previstos en el Código Penal: delitos contra la vida o integridad física, contra el honor, etc., sin que en la actualidad exista una circunstancia de agravación específica cuando el delito se cometa por motivos raciales, como tampoco en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992; sí se ha introducido en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal actualmente en estudio.

Pero los delitos que tienen por base la discriminación racial también pueden tener, como dice Rodríguez Devesa⁽⁶⁾, la consideración de delitos contra “las instituciones, órganos y principios políticos fundamentales que integran las estructuras básicas de la organización política de un país”, lo que atribuye al Estado un interés directo en prevenir y reprimir tales ataques a los derechos y libertades fundamentales.

En el vigente Código Penal español la materia de que tratamos está protegida en los Títulos I y II del Libro II; en el primero se contempla el delito de Genocidio, dentro de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, que comprende los delitos contra el Derecho de Gentes; en el segundo, y dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, se regulan los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes.

1.— **Delito de Genocidio.** Como pone de relieve Muñoz Conde⁽⁷⁾, el genocidio ha sido desgraciadamente una constante histórica a través de los tiempos y ha sido muchas veces el destino final de pueblos enteros tras haber perdido la guerra con otros pueblos. En épocas recientes el tema cobró enor-

me actualidad con las atrocidades cometidas por el régimen nazi alemán contra judíos y otros grupos étnicos (gitanos) y políticos (comunistas). Tras la condena de estos hechos en los famosos Juicios de Nüremberg, se hizo patente la necesidad de su tipificación expresa tanto a escala nacional, como internacional. Ya antes había habido varios intentos que cuajaron finalmente en la Convención internacional sobre genocidio de 9 de diciembre de 1948, a la que se adhirió España el 13 de septiembre de 1986.

En dicho Convenio se establecen como actos que merecen este calificativo la muerte de miembros del grupo, atentado grave a la integridad física o mental de los mismos, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que lo lleven a su destrucción física total o parcial, medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo y transferencia forzada de niños de un grupo a otro.

Como crimen especial consistente en destruir intencionadamente grupos raciales, religiosos o nacionales, la realidad internacional actual nos muestra claros ejemplos de esta triste lacra (ex-Yugoslavia, Ruanda, etc.).

La reforma del Código Penal español de 15 de noviembre de 1971 aprovechó la ocasión para introducir el delito de genocidio entre los delitos contra el Derecho de Gentes (artículo 137 bis), siendo su redacción actual fruto de la reforma de 1983, con la siguiente redacción: “Los que con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetrasen algunos de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a algunos de sus miembros.

2.º Con la de reclusión menor, 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.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

Se trata, formalmente —por su posición sistemática en el Código— de un delito contra la seguridad exterior del Estado, calificándolo como delito contra el Derecho de Gentes, es decir, un delito de Derecho internacional, tal como lo califica el artículo I de la Convención de 1948. El que fuera Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, con más precisión, lo calificaba como delito contra la comunidad internacional.

No se considera como delito político a efectos de extradición, según establece el artículo 4.1 de la Ley de Extradición Pasiva de 21 de marzo de 1985: “No se concederá extradición... cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas...”. Por tanto, los Tribunales españoles (es decir, la Audiencia Nacional —artículo 65.4º de la L.O.P.J.—) requeridos de extradición por los de otro Estado, habrán de atenerse al principio *aut dedere aut iudicare*.

Por otra parte, y desde otro punto de vista, ha de destacarse la vigencia del principio de jurisdicción internacional o de universalidad de la ley penal en relación al delito de genocidio. En efecto, la jurisdicción española es competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delito de (entre otros) genocidio, según establece el artículo 23.4,a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, la jurisdicción penal española experimenta una ampliación de su ámbito propio a la represión de infracciones cometidas en el extranjero en aplicación del principio de justicia universal que, junto al de interés protegido, viene sujeto a un último requisito, cual es el de que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena; en el caso de que la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (artículo 23.5 de la L.O.P.J.).

El bien jurídico protegido en este delito es, según expone Muñoz Conde (*loc. cit.*) la existencia del grupo o grupos humanos, cualquiera que sea su raza, religión, etc. El substrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran.

Pero como los grupos a los que nos hemos referido sólo pueden ser atacados por los ataques perpetrados contra los individuos que forman parte de los mismos, también serán bienes jurídicos protegidos por el Código Penal en la represión del genocidio, la vida, la integridad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en cuanto derechos individuales.

En el ordenamiento español, el reconocimiento de estos bienes jurídicos se desprende de la propia Constitución, concretamente de los artículos 15 (reconocimiento del derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral), 1 (la igualdad y el pluralismo como valores superiores del ordenamiento jurídico), 10 (la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social) y 9.2 (pro-

moción de la libertad y de la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran).

En cuanto a los **tipos legales**, Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) distingue entre genocidio físico y genocidio biológico, incluyendo en el primero los supuestos en que se produce la aniquilación o destrucción del grupo, causando la muerte de alguno de sus miembros (apartado primero del artículo 137 bis). En el segundo incluye aquellos hechos que, sin destruir directamente el grupo, preparan su destrucción o la favorecen: esterilización, condiciones de existencia peligrosas para la salud, desplazamientos forzosos, impedir su reproducción. Fuera del delito de genocidio quedan, sin embargo, otros actos de opresión de grupos humanos, como el prohibir el uso del propio idioma, el impedir el uso de bibliotecas, destrucción de libros, monumentos u objetos de valor histórico o artístico; es decir, el denominado genocidio cultural.

En el **tipo subjetivo** es necesario, según Muñoz Conde (*loc. cit.*) el dolo directo o el “propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso”. En contra de esta opinión considera Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) que este elemento subjetivo no se identifica con el dolo, sino que es el móvil del delito, que será excluido cuando, aparte del odio racial, por ejemplo, medien otros móviles personales (celos, venganza, robo, etc.). Sin embargo la mayoría de los autores, como el mismo Muñoz Conde, Varela Feijóo⁽⁸⁾, Beltrán Ballesteros⁽⁹⁾, Córdoba Roda⁽¹⁰⁾ entienden que lo relevante es el propósito de destrucción del grupo, siendo irrelevantes las motivaciones o móvil que determinan la forma elegida de destrucción. El propósito a que se refiere el artículo 137 bis es elemento subjetivo del tipo, dolo directo que anima a los autores de las conductas descritas.

La Convención de 1948 (artículo III) incluía, entre otras prescripciones, la punición expresa de la **asociación directa y pública** destinada a cometer el delito de genocidio y la de la tentativa, la instigación y la complicidad en el genocidio, que no han sido expresamente incorporadas a nuestro Código Penal, por entender que son suficientes en este sentido las normas generales en él contenidas, como es la consideración de asociación ilícita “las que tuvieran por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión” (artículo 173.1º), y la introducción en dicho Cuerpo legal, también como asociación ilícita, “las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (artículo 173.4º, introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 26 de junio, tipo penal al que más adelante se aludirá).

En cuanto a la **tentativa, instigación y complicidad**, basta para su apreciación con las reglas generales que respecto a la tentativa (artículo 3), la

provocación para delinquir (artículo 4) y la complicidad (artículo 16) contiene nuestro Código Penal.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la **imprescriptibilidad** de los crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad de 27 de noviembre de 1968, así como el homólogo Convenio Europeo de 25 de enero de 1974, declaran la imprescriptibilidad del delito de genocidio. España no ha suscrito estos Convenios, por lo que habrán de aplicarse las normas generales que sobre la prescripción de los delitos y las penas se contienen en los artículos 112 a 117 del Código Penal. Cabe señalar que, a estos efectos, el que fuera Proyecto de Código Penal de 1992 establecía que el delito de genocidio y las penas impuestas por el mismo no prescribirán en ningún caso.

Por último, ha de señalarse que la responsabilidad penal por hechos constitutivos del delito de genocidio alcanza, no sólo a los funcionarios, sino también a los gobernantes y funcionarios públicos. En este sentido, el artículo IV de la Convención establece que “las personas que hayan cometido el genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigados, sean que fuesen gobernantes, funcionarios públicos o particulares”, lo que en Derecho español no ofrece ningún obstáculo (salvo la inviolabilidad de Rey, ex artículo 56.3 de la Constitución). Los gobernantes, en cuanto autoridades, y los funcionarios públicos, verán agravada su responsabilidad criminal por la concurrencia de la circunstancia agravante de prevalecerse de dicha condición para la comisión del hecho, cuando así hubiera ocurrido, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.10 del Código Penal. Pero, además, los actos de genocidio nunca se podrían justificar como actos políticos o actos de Estado; el problema de la obligatoriedad o de no cumplimiento de una ley que impusiera o permitiera tales comportamientos se habría de resolver sobre la base de la nulidad de tal ley, por inconstitucionalidad evidente, de modo que la “obediencia debida”, a los efectos de la causa de justificación contemplada en el artículo 8.12 del Código como circunstancia eximente, no operaría, pues los requisitos que hacen debida dicha obediencia se han de deducir, a sensu contrario, de los requisitos del delito de desobediencia del artículo 369 del Código, según el cual no se debe obedecer cuando el mandato superior “constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley”, considerándose en este caso como infringido, tanto el propio Código, como la Constitución (véase el apartado sobre bien jurídico protegido) y la Convención de 1948.

En el **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1944** la materia de que se trata se regula en el Título XXI (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), Capítulo II (“Delitos de genocidio”); el artículo 596 establece que “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:

1º Con la pena de... si mataren a uno de sus miembros.

Si concurrieren en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º Con la de... si produjeran alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 —causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, o la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral— y 150 —causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad— de este Código.

3º Con la de... si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturbaren gravemente su salud.

4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaren por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5º Con la de... si produjeran cualquier otra lesión de las señaladas en el número 2º de este artículo”.

La redacción de este artículo es similar, como puede apreciarse, al vigente artículo 137 bis, si bien se amplían los tipos penales; la posición sistemática del artículo es más apropiada, denominándolo ya como delito de genocidio.

2.— **Discriminación por razón de la raza.** Como veíamos más arriba, la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está protegido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto internas (artículo 14 de la Constitución Española de 1978), como internacionales (artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; y 14 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965; Convención

Internacional para la lucha contra la discriminación en la enseñanza de 15 de diciembre de 1960; y Convención Internacional para la prevención y represión del delito de “apartheid” de 1972).

Complemento de este derecho es el principio de igualdad, que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ninguna de aquellas condiciones o circunstancias pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana, como dice Muñoz Conde (*loc. cit.*), aparece como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico.

Según el artículo 1.1 de la Convención de 1965, “la expresión discriminación racial denotará 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 fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. La misma Convención establece, en su artículo 5, los derechos respecto de los cuales los Estados partes se comprometen a prohibir la discriminación racial: derecho a la igualdad de trato en los Tribunales, derecho a la seguridad personal, derecho de sufragio, derecho de participar en los asuntos públicos, acceso a las funciones públicas, derecho a circular libremente, libertad de residencia, derecho a salir y regresar al país, derecho a una nacionalidad, derecho al matrimonio, derecho a ser propietario, derecho a heredar, libertad de pensamiento y de conciencia, libertad de opinión y expresión, libertad de reunión y asociación, derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo, derecho a la sindicación, derecho a la vivienda, derecho a la salud pública y a la asistencia médica, derecho a la seguridad social, derecho a la educación y a la formación profesional, derecho a participar en las actividades culturales, derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público.

Pero la discriminación no equivale, sin más, a desigualdad de trato; el mismo Convenio excluye de su aplicación a las diferencias que hagan los estados entre ciudadanos y no ciudadanos (art. 1.2) y admite que los Estados adopten “medidas especiales y concretas para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a esos grupos, con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (art. 2.2).

La discriminación consiste, por tanto, como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, en una diferencia de trato arbitraria o carente de una base objetivamente razonable (sentencias 63, 64/1984, 49/1985, 20 y 52/1986, etc.).

Formalmente, y por su posición sistemática en el Código Penal, los delitos tipificados en los artículos 165 y 181 bis, son delitos contra la seguridad interior del Estado o, como algunos autores sostienen, delitos contra la Constitución y dentro de ellos pueden ser calificados como delitos contra los derechos y libertades fundamentales, y en el caso que nos ocupa consisten en la privación a otras personas del derecho a la igualdad (es decir, a la no discriminación) ante la Ley.

La reforma del Código Penal introducida por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, ha querido reforzar la protección penal de los principios antes mencionados, siguiendo con ello los precedentes del Derecho comparado y de las Convenciones internacionales sobre el particular.

El delito se estructura en nuestro Código a través de una doble tipificación contenida en los artículos 165 y 181 bis. En el primero de ellos se castiga al “particular encargado de un servicio público que por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho”, castigándose dicha conducta “cuando los hechos referidos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón de origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de algunos de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinada”.

En el artículo 181 bis se castiga a “los funcionarios públicos que cometieren algunos de los actos previstos en el artículo 165”.

En ambos preceptos la conducta típica consiste en denegar una prestación a la que el discriminado tiene derecho, siendo el **bien jurídico protegido** el derecho a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

No tiene sentido la restricción que hace el Código respecto de los sujetos activos del delito, al limitarlo “al particular encargado de un servicio público” o a “los funcionarios públicos” por lo que cabe preguntarse si el legislador, al excluir como posibles sujetos activos del delito a los simples particulares, ha pretendido proteger a los grupos contra los que se realiza la discriminación o, por el contrario, ha estimado que tal persecución sólo merece la sanción penal cuando se lleve a cabo en el ámbito de la actividad de los poderes públicos, con la finalidad de preservar la mala imagen que para un determinado estado determinaría la conducta por parte de sus servidores.

Como sostiene Rodríguez Devesa (*loc. cit.*), no significa discriminación que una persona se niegue a contratar en el ámbito jurídico privado con quie-

nes pertenezcan a una determinada raza o color, o que se reserve la pertenencia a un club o a una asociación a quienes reúnan las características previamente establecidas, incluidas las raciales, en cuanto que todas estas conductas se encontrarían amparadas por la libertad de contratación ampliamente garantizadas por el Código Civil. Pero, como dice Bueno Arús (*loc. cit.*), en la medida en que el artículo 1.255 de dicho cuerpo legal limita la libertad de contratación cuando los pactos sean “contrarios a las leyes”, tal vez podría defenderse la idea de que el mencionado precepto, interpretado en un sentido compatible con la Constitución no permite las denegaciones que se han ejemplificado y que, en el caso de darse éstas, aunque no procediese recurso de amparo, se podría intentar la alegación procesal de abuso de derecho, no amparado por la ley, con base en el artículo 7.2 del mismo Código. La punibilidad de la discriminación en el ámbito jurídico-privado, sigue diciendo el mismo autor estaría excluida en todo caso, puesto que aquí no se trataría de una discriminación referida a un servicio público.

El delito que estamos comentando es un delito de omisión propia, al consistir en denegar una prestación a la que el sujeto pasivo tiene derecho, que ha de estar relacionado con la prestación de los servicios públicos; el precepto constituye una norma en blanco que ha de ser completada con las leyes y demás disposiciones de que se trate.

La denegación ha de venir motivada, entre otras posibles razones, por la etnia o la raza a la que pertenezca o no pertenezca el sujeto pasivo. La distinción entre raza y etnia no es pacífica, y así Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) dice que por razas hay que entender las razas claramente diferenciadas (la blanca, la negra, la amarilla o la cobriza). Los grupos étnicos serían aquellos que, dentro de una raza, presentan determinadas características antropológicas que los distinguen. Por el contrario, Beltrán Ballester (*loc. cit.*) entiende que la raza es en lo social un conjunto de adaptaciones selectivas que, debidas al tiempo y al medio, originan en el organismo humano efectos secundarios que, como diferencias extraespecíficas, distinguen a un hombre de otro, generando en un lugar dado una sociedad peculiar o etnia cuya característica diferencial es un particular modo de vivir. La etnia significa pueblo o agrupación humana con características raciales, culturales, de origen ordinariamente homogéneas, producto de una larga evolución, generalmente en condiciones de aislamiento. La raza es una particularidad más configurativa de lo étnico quizás la principal, pero no la única ni ineludible. Para la mayoría de los autores, sin embargo, raza y etnia se trata de términos análogos; los textos internacionales prefieren hablar de raza y de origen nacional; así, el artículo 1 de la Convención de 1965 emplea de manera enumerativa los términos raza, origen nacional y étnico, sin mayores precisiones.

Dentro del Título XVIII del **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994** (“Delitos contra la Constitución”), en el Capítulo IV, la Sección 1ª regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución; el artículo 490 tipifica la conducta de “los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza”. Y en el artículo 491 la del “particular encargado de un servicio público que, por razón de origen... o pertenencia o no a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona le denegare una prestación a la que tuviere derecho”, castigándose asimismo “cuando los hechos se cometieren contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón del origen... o de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinada”, extendiéndose la punición a los funcionarios públicos que cometieren alguno de los hechos previstos en dicho artículo.

3.— **Asociación para promover la discriminación racial.** Por último, el Código Penal sanciona como delito las asociaciones ilícitas que “promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173.4º, añadido en la reforma de 1983).

El **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994** se pronuncia de forma igual, añadiendo el vocablo “xenófoba”, junto al de “racial”.

Son de aplicación a este delito las consideraciones que hacíamos al comienzo del apartado dos de este trabajo, así como la referencia a las declaraciones básicas de derechos fundamentales internas e internacionales.

Antes del análisis de esta figura delictiva conviene dejar sentado qué se entiende por asociación, para lo que ha de recurrirse a su significado gramatical o lingüístico, en virtud del cual asociación sería toda unión de varias personas organizadas para la persecución de determinados fines, sin que pueda establecerse qué número de personas sería el mínimo indispensable para entender la existencia de una asociación; tampoco el Código Civil ofrece apoyo para determinar este número de personas.

En principio bastaría con dos; pero, como dice Muñoz Conde (*loc. cit.*), del sentido originario de la expresión y del propio Código Penal, en su artículo 513 (“la mera asociación de tres o más personas para cometer el delito de robo”), puede deducirse que son necesarias por lo menos tres personas para poder hablar de asociación, siendo indiferente la forma en que esas personas lleguen a ponerse de acuerdo y que unas lleven la iniciativa y que otras se

adhieran simplemente a ellas. La asociación penalmente relevante no tiene que tener, por tanto, personalidad jurídica; porque, como dice el artículo 22.2 de la Constitución española “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales” y, por tanto, es obvio que las asociaciones ilegales o ilícitas no son reconocidas, sino perseguidas por el Derecho. En todo caso, es preciso el acuerdo por el que nace la asociación sea duradero, y no puramente transitorio; y en ello radica la diferencia entre la asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación del delito. La asociación, dice García Pablos⁽¹¹⁾, es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos.

Al igual que ocurre en el delito estudiado en el apartado anterior, se trata de un delito contra la seguridad interior del Estado, y dentro de ellos, delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

En principio, la ilicitud se deriva de los fines delictivos o de los medios empleados para la consecución de un fin ilícito; en este sentido la propia Constitución (art. 22.2) establece que sólo los fines delictivos y los medios violentos convierten una asociación en ilícita. El mandato constitucional de prohibición de dichas asociaciones se puede cumplir con normas administrativas, sin necesidad de recurrir a las penales, de modo que, sólo en el caso en que se den los supuestos tendenciales o de medios empleados a que se refieren los cuatro números del artículo 173 del Código Penal estaríamos ante el tipo penal.

La **conducta típica** empleada por el número 4º del artículo 173 (“promover o incitar”) indica el propósito del legislador de adelantar la barrera penal, convirtiendo aquí la discriminación racial en un supuesto de consumación anticipada, de tal manera que, para la consumación del delito no es preciso que se hayan llevado a cabo efectivamente actos de discriminación racial, sino que basta con la aparición de conductas previas encaminadas a conseguirlas en el marco de una organización estable de personas.

Las conductas promotoras o incitadoras de la discriminación racial son actividades programáticas de la asociación, integradas en su objeto o fin social, aunque no es indispensable que constituyan el objeto exclusivo de la asociación.

Pero el Código español no recoge en toda su amplitud las obligaciones que la Convención de 1965 impone a los Estados partes; así, el artículo 4.b) de esta última exige “declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propa-

ganda, que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones en tales actividades constituyen un delito penado por la ley”, mientras que el Código Penal se limita a penalizar las asociaciones que promuevan la discriminación racial, pero no cualquier otra actividad de propaganda que persigan el mismo fin; sin que la llamada propaganda racista pueda estar amparada en la libertad de expresión que reconocen los artículos 16 y 20.1 de la Constitución; en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que tales libertades comprendan el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, las cuales afectarían tanto al honor de las personas, como al valor de la dignidad humana, que no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre).

A MODO DE CONCLUSIÓN

La dificultad de definir universalmente el contenido de la categoría “raza” o “etnia” y, por ello, el significado exacto del racismo, no impide afirmar que la existencia, a veces aparente, de razas, es decir, de grupos de personas más o menos identificadas por características biológicas, o de etnias, con características culturales o de origen diferenciadas, ha sido históricamente aprovechada como instrumento de explotación, persecución y exterminio, una vez instalada en el cuerpo social la convicción de superioridad de una supuesta comunidad racial sobre otra y, a veces, por simples rivalidades de las comunidades afectadas. Por consiguiente, el modo de producción relevante del racismo se asienta, no sobre el hecho objetivo de la existencia de razas o etnias, sino sobre el interesado manejo que de esa aparente realidad hacen, en determinadas circunstancias, ciertos agentes sociales (antisociales, diríamos mejor).

En el actual momento de la sociedad europea, parece percibirse la presencia de una incipiente, pero clara, tendencia racista, dirigida a colectivos africanos, sudamericanos, gitanos o de otro orden, con acusaciones del sistema de protección social, de reducción del mercado del trabajo para los nacionales (radicalmente distintos), etc.

Ante ello, es procedente una clarificación de la tipificación penal de los actos de discriminación racial, con fundamentación en la protección de los valores y derechos fundamentales reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales (y por nuestra Constitución).

La regulación legal de los delitos relacionados con la discriminación racial en nuestro Ordenamiento jurídico no deja de ser insatisfactoria, pues no recoge todos los comportamientos que los Convenios o Convenciones internacionales de los que España es parte obligan a tipificar; de ahí que el legislador tenga que plantearse la necesidad de adaptar la legislación nacional a dichas normas internacionales, no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también procesal, evitando que, en el futuro, puedan realizarse actos que, directa o indirectamente, supongan un desconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías.

BIBLIOGRAFÍA

- (1) DE LUCAS, F. J.: *Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)*, en Jueces para la Democracia, diciembre de 1990.
- (2) BUENO ARÚS, F.: *La discriminación racial y el Código Penal español*, en Actualidad Penal, núm. 6 de 1994.
- (3) LADROVE DÍAZ: *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.
- (4) MARTÍNEZ ARRIETA: *Hacia una Ley de protección a las víctimas de los delitos*, en Actualidad Aranzadi, núm. 31 de 1991.
- (5) SAGRADOR: *La victimología y el sistema penal*, en "Psicología social y sistema penal". Alianza. Madrid, 1986.
- (6) RODRÍGUEZ DEvesa: *Derecho Penal español. Parte Especial*. 16ª Edición. Dykinson. Madrid, 1993.
- (7) MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 7ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988.
- (8) VARELA FEIJÓO: *El delito de genocidio*, en Temas Penales. Santiago, 1973.
- (9) BELTRÁN BALLESTER, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 6 de 1978.
- (10) CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*. Volumen III. Barcelona, 1977.
- (11) GARCÍA PABLOS DE MOLINA: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, en Derecho Penal y Constitución. Barcelona, 1977.