

# RACISMO, XENOFOBIA Y ESTADO DEMOCRÁTICO

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

*Prof. Titular de Derecho penal, Facultad de Derecho  
Universidad del País Vasco*

**Resumen:** La intervención penal contra la xenofobia y la discriminación se ha “expandido” para hacer frente a las nuevas coordenadas sociales de un mayor rechazo al extranjero, al inmigrante, al diferente. Tras exponer la historia legislativa de la normativa antidiscriminatoria, se examina el Derecho comparado así como los estándares internacionales en esta materia, aportando a continuación algunas conclusiones críticas respecto del modelo de política criminal español, deteniéndose en el análisis del delito de provocación.

**Laburpena:** Arrazakeria eta xenofobiari aurre egiteko eman den interbentzio penala, zabaltzen ari da, hauen aurka gizartearen koordenada berriak sortu bait dira atzerritarren eta inmigranteen aurka. Diskriminazioaren aurkako historian eman den legeria azaldu ondoren, zuzenbide konparatua aztertzen da, baita nazioartean gai honi buruz ematen diren ekintzak ere. Horri buruz, konklusio zorrotzak ateratzen dira espainiar politika kriminalari buruz, probokazio delituaren analisi zehatzago bat eginez.

**Résumé:** L'intervention pénale contre la xénophobie et la discrimination s'est “développée” pour faire face aux nouvelles coordonnées sociales d'un plus grand rejet à l'étranger, à l'immigrant, à celui qui est différent. Après avoir exposé l'histoire législative de la réglementation antidiscriminatoire, on examine le Droit comparé ainsi que les standards internationaux dans cette matière, en apportant ensuite quelques conclusions critiques en ce qui concerne le modèle de politique criminelle espagnol, et en s'arrêtant dans l'analyse de l'infraction de provocation.

**Summary:** The penal intervention against the xenophobia and the discrimination has “expanded” to face the new social coordinates of a greater rejection of the foreigner, the immigrant, the different one. After a commentary about the legislative history of the antidiscriminatory norms, it is examined the Compared Law as well as the international standards in this matter. Likewise, some critical conclusions related to the criminal policy Spanish model are commented, paying attention to the analysis of the provocation crime.

**Palabras clave:** Derecho penal, Política Criminal, Racismo, Xenofobia, Discriminación.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Zuzenbide penala, politika kriminala, arrazakeria, xenofobia, diskriminazioa.

**Mots clef:** Droit pénal, Politique Criminelle, Racisme, Xénophobie, Discrimination.

**Key words:** Penal Law, Criminal Policy, Racism, Xenophobia, Discrimination.

## 1. IRRUPCIÓN DE LA NORMATIVA PENAL CONTRA EL RACISMO, LA XENOFOBIA Y LA DISCRIMINACIÓN: PRIMERA APROXIMACIÓN

1. Tras la entrada en vigor del nuevo CP la normativa penal *específicamente* antixenófoba –y, más aún, con vocación de tutela del principio de igualdad y de interdicción de la discriminación– ha experimentado una ampliación sin precedentes. Por aludir únicamente a grandes trazos a las figuras más relevantes se ha incorporado desde una agravante genérica que castiga la comisión de *cualquier* delito por motivos racistas, étnicos, ideológicos, discriminatorios, etcétera (art. 22-4º CP) hasta un precepto dirigido contra la provocación a la discriminación, odio o violencia por razones similares (art. 510 CP), pasando por la incriminación de conductas de denegación de prestaciones en el servicio público o en el ejercicio de actividades profesionales (art. 511 y 512 CP), la difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio (art. 607-2º CP), las amenazas dirigidas a atemorizar a un grupo étnico, religioso, social... (art. 170 CP), la discriminación grave en el ámbito laboral (art. 314 CP), etcétera.

La propia Exposición de Motivos del CP alude a la voluntad de “avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos (...) introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias” y, si bien, acertadamente, se reconoce que el Derecho penal no es el “instrumento más importante” para llevar a cabo la mencionada labor promocional, el texto finalmente aprobado plasma un prolijo elenco de figuras delictivas cuya redacción literal parece ser, a mi juicio, el corolario de un denso programa, nada tímido, de extensa intervención jurídico-penal.

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

3. La alta carga emotiva e ideológica que rodea la discusión relativa a las prácticas de racismo y xenofobia contribuyen a ocultar, sin embargo, otras perspectivas de análisis que apuntan a una valoración político-criminal mucho más crítica. Conviene ya avanzar y subrayar la sospechosa rapidez del proceso legislativo que ha determinado que en el lapso aproximado de doce años que discurren entre la Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983 y el nuevo CP de 1995 se haya pasado de presentar un modelo político-criminal claramente deficitario e insuficiente con relación a los estándares de derecho comparado e internacional de nuestro ámbito de cultura, a otro modelo que puede calificarse como de los más “expandidos” y amplios: esto es, como aquél que por el número y variedad de figuras delictivas, por las técnicas de tipificación empleadas y por el posible ámbito punible sobre el que aquéllas se hacen bascular, determina uno de los potenciales de prohibición penal de conductas –e incluso de meras opiniones– más extensos del mundo occidental.

4. Las afirmaciones vertidas resultan del estudio de la cuestión desde una triple perspectiva que marca el sucesivo orden de exposición. En primer lugar, recorreremos la breve historia legislativa en la materia intercalando, a la vez, referencias a la situación social de relaciones interétnicas o de prácticas discriminatorias en el Estado español: se busca con ello revelar algunas claves que clarifiquen el complejo panorama normativo vigente y que contribuyan, en una primera aproximación, a comprender la “lógica” del legislador víctima de la ausencia de un mínimo de claridad conceptual que, desgraciadamente, ha sido transmitida a los textos legales. En segundo lugar, compararemos la política criminal plasmada en el nuevo Código con las corrientes legislativas de los países más próximos a nuestro ámbito de cultura. Finalmente, en tercer lugar, haremos una breve referencia a las obligaciones y estándares internacionales. Todo ello permitirá, ya en el apartado final, una caracterización de conjunto de la actual normativa “antidiscriminatoria” y de las tendencias expansionistas que se acogen y que aún se corre el riesgo de que se profundicen por vía interpretativa. Por último abordaremos en un apartado especial el “delito de provocación” del art. 510 CP –y también la denominada “mentira de *Auschwitz*” (art. 607-2º CP)– cuya posición en el conjunto de la legislación antidiscriminatoria es central y representa, sin duda, el precepto clave en el cual confluyen de manera más rotunda las tendencias expansionistas en la materia pero que, a la vez, es susceptible de una interpretación necesariamente “correctora” como delito de peligro abstracto que puede poner las bases para una orientación interpretativa del conjunto de la normativa en clave más garantista y acorde con el modelo de un Derecho penal propio del Estado social y democrático de Derecho.

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

### Reforma de 1983

1. Si se deja a un lado un antecedente del delito de asociaciones de 1976, de efímera vigencia, y tampoco se considera el delito de genocidio como precepto antixenofobo o antidiscriminatorio en sentido estricto, la reforma parcial y urgente de 1983 se erige en el primer hito legislativo en la materia pues introduce dos figuras delictivas: el delito de denegación de prestación discriminatoria en el ámbito del servicio público (art. 165 y 181 bis CP 1973) y un delito de asociaciones relativo a “las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173-4º CP 1973).

2. El tipo de figuras introducidas muestra la desorientación y el voluntarismo del legislador penal que, tal y como se confiesa en la Exposición de Motivos de la Reforma del 83, persigue, nada menos, que garantizar el **principio de igualdad**, para lo cual se decide a incriminar una modalidad asociativa cuya redacción y significado ya fue calificado por GARCIA PABLOS como “enigmático e impreciso” limitada además exclusivamente al ámbito “racial” y, por otro lado, se copia casi literalmente un precepto del entonces vigente Código penal francés relativo a la denegación de una prestación a la que se tenga derecho motivada, en este caso, no sólo por la raza, sino también, por la etnia, origen, religión, grupo político, sindicato, sexo y situación familiar. Como más adelante incidiré, se trata de figuras marginales en derecho comparado y alejadas de las recomendaciones más relevantes de derecho internacional o de las propias instituciones europeas.

Ahora bien, lo más grave, a mi juicio, consiste en partir del referente del principio de igualdad genérico como interés o eventual bien jurídico-penal merecedor y, al parecer, necesitado de tutela punitiva. El análisis de los antecedentes legislativos y de las discusiones durante la confección de la ley revelan que, como en tantas ocasiones, tal derivación hacia el principio de igualdad es puramente ideológica en el sentido negativo del término. El legislador pretende hacer un gesto contra el racismo o a favor de la vigencia del principio de igualdad y de la interdicción de la discriminación pero, en absoluto, es consciente, ni explícita, ni refleja en los preceptos penales el conjunto de conductas sobre las que debería pivotar la prohibición. Maneja como equivalentes conceptos sustancialmente diferentes como son el racismo, la discriminación o la transgresión de la igualdad genérica y el resultado, como no podía ser de otra manera, resultó letra muerta pues nunca encontraron aplicación en la jurisprudencia.

En definitiva, se legisló de cara a la galería, entre invocaciones genéricas a la Constitución y a las Convenciones y declaraciones internacionales al más puro estilo del derecho penal simbólico, desconociéndose la realidad social sobre la que se quería incidir y desplazándose demagógicamente –contra las corrientes mayoritarias en derecho comparado– el referente valorativo desde la preocupación por las conductas racistas y xenóforas más radicales hacia todos los ámbitos de discriminación y de transgresión del principio de igualdad. Este salto en el proceso de “subsunción al revés” desde las conductas xenóforas hacia los comportamientos de trato diferenciador arbitrario pondrá las bases para, que en posteriores reformas legislativas, la intervención penal canalice un programa antidiscriminatorio ajeno históricamente al ámbito punitivo y más propio de regulaciones de derecho civil, laboral o administrativo.

## Ley de 1995

1. Transcurridos apenas 12 años desde la Reforma de 1983, sin un solo pronunciamiento judicial en la materia y en plena discusión de lo que sería el nuevo Código penal vigente se aprobó después de un proceso legislativo peregrino y carente de eco en los medios de comunicación social la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio.

2. La motivación inicial, a partir de una Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Popular del Congreso, apunta a combatir, como se expone en la Exposición de Motivos, la “proliferación en distintos países de Europa de violencia antisemita y racista que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi” y “la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre”. Para ello se propone la incriminación de una apología sui generis del genocidio.

3. Como se ve, se parte de un referente simbólico de la realidad xenófoba: las manifestaciones ideológicas del neonazismo y una vez más se considera urgente la tipificación de una figura marginal en derecho comparado (la *Auschwitzlüge*) a la vez que enormemente polémica por el riesgo de castigo de la mera opinión, rechazable moralmente dicho sea de paso, pero inocua y necesariamente a salvo de la amenaza penal en un Estado que se pretenda democrático y respetuoso de la libertad de pensamiento, expresión e ideológica.

4. Ahora bien lo que no era sino una proposición de un grupo minoritario en el parlamento fue sorprendentemente secundada por el grupo socialista y los demás grupos parlamentarios y sustancialmente ampliada en sus objetivos durante el decurso legislativo con la aspiración de crear una suerte de “embrión” de “Ley contra el racismo” que adelantara el programa normativo que ya se estaba consensuando en el proyecto de nuevo Código penal. Una vez más, el impulso ideológico determina que se desplace el curso inicial de la iniciativa en un sentido claramente expansivo tanto en figuras penales como en ámbitos de proyección de sus prohibiciones. Pues, en efecto, lo que no iba a ser sino una ampliación del ámbito de prohibición del genocidio, claramente circunscrito por tanto a conductas de simpatía ideológica filo-nazi, acaba incluyendo también un delito de provocación a la discriminación y una agravante genérica para los delitos contra las personas y el patrimonio por motivos racistas o antisemitas, étnicos y nacionales, pero también, por razones puramente ideológicas, religiosas o de creencias.

5. Se confirman así las ideas avanzadas en el marco de la Reforma de 1983, por cuanto se constata que el impulso legislativo de referencia simbólica –el combate del racismo neonazi, no preocupa sin embargo el antigitano– desenfoca el problema de raíz y alberga el riesgo de convertir al derecho penal en un instrumento de censura ideológica. Pero, además, la confusión –por extensión– del racismo con la discriminación y la transgresión del principio de igualdad determina que los tenores típicos sean potencialmente proyectables sobre otros ámbitos como, por ejemplo, el del debate político e incluso el de las creencias y credos religiosos. La ley de 1995 pasa así de ser una Ley contra el racismo a convertirse en una Ley contra la intolerancia y la discriminación racista, étnica e ideológica: esto es, un instrumento de potencial censura ideológica que, por desgracia, se verá todavía mucho más ampliado en el nuevo Código penal de 1995.

### **CP 1995: El Legislador**

1. La Ley de 1995 entró en vigor el 13 de mayo de dicho año y nunca fue aplicada, pese a que, por ejemplo, se produjeron en octubre de 1995 fuertes disturbios en Ceuta con grupos de inmigrantes ilegales que reclamaban poder acceder a la península con declaraciones racistas del alcalde, intentos de linchamiento por parte de la población ceutí, etcétera...No tengo noticia de que se iniciaran ningún tipo de diligencias por parte de la fiscalía en relación a poder calificar las lesiones como agravadas por xenofobia o por delito de provocación a la discriminación a pesar de que la amplia normativa recién aprobada daba pie para ello. Dicha inacción, sin embargo, contrasta con una nueva vuelta de tuerca que se estaba preparando con el Proyecto de nuevo Código penal de 1995 que, con mucho, supera en figuras delictivas y ámbitos de prohibición a la ya suficientemente prolija Ley de 1995.

2. En efecto, la nueva normativa penal protectora del principio de igualdad supone un salto cualitativo de expansión y ampliación sólo unos meses después de la aprobación de la Ley de 1995. Se pasa así de 5 figuras penales (delito de provocación, de asociación, de apología, de denegación de prestación y una agravante genérica para algunos grupos de delitos) y referidas principalmente al universo de conductas xenófobas en sentido estricto e ideológicas, a un conjunto normativo de

11 figuras penales en las que las ya existentes hasta el momento se amplían notablemente (agravante para todos los delitos, mayor extensión del delito asociativo y de provocación a la discriminación pero también al odio y violencia; castigo autónomo de la mentira de Auschwitz...) y se incluyen además: un delito de manipulación genética prohibiendo la selección de la raza (art. 161-2); un delito de amenazas dirigidas a atemorizar a grupos étnicos, etcétera (art. 170-1); una cualificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando se afecten a datos de carácter personal que revelen el origen racial, etcétera (art. 197-5); el nuevo delito de discriminación laboral grave (art. 314); se amplía el delito de denegación de prestación al ámbito de las actividades profesionales o empresariales (art. 512); y, finalmente, en relación a los delitos cometidos con ocasión de conflicto armado, se castiga a quien realice, ordene realizar o mantenga respecto de personas protegidas prácticas de segregación racial, etcétera (art. 611-6).

Ahora bien, con ser evidente el incremento cuantitativo en figuras delictivas, la mayor extensión cualitativa se produce de la mano de la ampliación que se da prácticamente en todas las figuras señaladas respecto de los ámbitos de discriminación y transgresión del principio de igualdad en que las conductas se prohíben: a modo de ejemplo, la agravante genérica se activa cuando el delito –¡cualquiera del Código!– se cometa por motivos racistas, antisemitas, étnicos, nacionales u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Del ámbito estrictamente xenófobo o étnico se pasó a la ampliación a motivos ideológicos en la Ley de 1995 y con el Código penal, como expresamente se recoge en la discusión parlamentaria, por “coherencia con el principio de igualdad” se incriminan también el ámbito sexual y de enfermedad o minusvalía. Incluso en algunos delitos, así el de discriminación laboral grave, se hace referencia expresa también a la filiación sindical, parentesco e incluso al uso de lenguas oficiales en el Estado español.

3. Aunque no es posible entrar en el detalle de cada precepto se repite en prácticamente todos ellos un proceso de generalización del tipo que en principio en el Proyecto se circunscribía a conductas de carácter xenófobo o ideológico pero que vía de enmiendas y por coherencia formal con el principio de igualdad se va ampliando a otros campos sin atenderse a si todos ellos son equiparables desde el punto de vista de la vulnerabilidad actual e histórica del colectivo correspondiente como dato sobre el que valorar la necesidad de intervención. Esto es: ¿debería protegerse igualmente al colectivo de personas de color que a las personas con un defecto físico? ¿son equiparables las condiciones de marginación social de las mujeres, hombres, homosexuales, judíos, separados, viudas, vascos, catalanes...? Equiparar todos estos ámbitos a efectos punitivos en relación a conductas, por otra parte, de una enorme generalidad (provocar al odio, por ejemplo), supone un intento tosco de incriminar las conductas de transgresión del principio de igualdad que deja en manos de los operadores jurídicos un conjunto de instrumentos con un potencial de intervención que de utilizarse según los marcos literales posibles podría llevar, simplemente, a la paralización de la vida social. Ante este panorama desolador, voy a presentar a continuación los modelos político-criminales en derecho comparado como primer paso para intentar una pre-comprensión hermenéutica que permita una interpretación teleológica, correctora, en aras de reconducir la intervención penal en la materia a parámetros de racionalidad y de coherencia con el modelo de Estado social y democrático de derecho.

### 3. DERECHO COMPARADO

1. Si restringimos el análisis de derecho comparado a tres ámbitos jurídicos, el germánico (Alemania, Austria y Suiza), el anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos) y el románico o latino (Francia, Italia y Portugal), dos son los modelos político-criminales dominantes en relación a la persecución penal de conductas racistas y xenófobas.

Por un lado, el modelo europeo –incluido el Reino Unido– que hacen del delito de provocación xenófoba –y esencialmente xenófoba, étnica, no discriminatoria– la figura central en la materia y, por otro lado, el modelo de Estados Unidos que, según la jurisprudencia más reciente de su Supreme Court se decanta por leyes agravatorias de delitos comunes renunciando, por presunta inconstitucionalidad, a figuras en la línea de la provocación xenófoba europea (fighting words).

2. Debe subrayarse que en ambos casos las descripciones típicas se centran en conductas racistas en sentido estricto (motivadas por el color de la piel de la víctima) o xenófobas (razones étnicas) y sólo excepcionalmente y de manera progresiva se ha ido extendiendo la tutela penal antixenófoba a otros ámbitos más propios de la protección antidiscriminatoria, hasta el punto de que, al día de hoy, se puede seguir hablando básicamente de intervención antixenófoba y de ciertas tendencias expansivas de futuro todavía no desarrolladas.

3. En concreto, si nos fijamos en los ordenamientos penales de Europa occidental dentro del modelo general estructurado en torno al delito de provocación antixenófobo, cabe distinguir, a su vez, dos sub-modelos:

- por un lado se situaría el Reino Unido y los países germánicos (Alemania y Austria, menos claramente Suiza) integrando lo que podría denominarse como un modelo político-criminal europeo **restringido** caracterizado por el hecho de que además de la centralidad de la figura de provocación ésta, o bien constituye el único instrumento penal antixenófobo (Reino Unido), o bien se ve complementado únicamente por figuras “apologéticas” (ámbito germánico: “mentira de Auschwitz”) o, sólo en Suiza, por delitos de actos de discriminación. En este segundo caso puede hablarse de un modelo restringido con ciertas tendencias expansivas en la medida en que conductas que en un momento dado no eran más que modalidades del delito de provocación –denegación de entrada a un Restaurante a los turcos, negar la existencia del holocausto– adquieren autonomía formal como figuras independientes;
- por otro lado, se encontrarían, marcando un significativo contraste, los países latinos (sobre todo Francia, pero también Italia y en menor medida Portugal) que responden a un modelo político-criminal europeo **expandido** que sintetiza de manera acumulativa el modelo estadounidense incorporando tipos cualificados por xenofobia o agravantes genéricas en tal sentido (Italia) con el modelo europeo (delito de provocación) pero que, además, incorpora de forma decidida las tendencias expansivas ya aludidas respecto del ámbito germánico como pueden ser la mentira de Auschwitz o delitos de actos de discriminación pero que, con matices según los países, van desplazando el sentido de protección de la tutela de minorías vulnerables frente a ataques masivos como “antesala del holocausto” hacia una protección antidiscriminatoria de matriz más individual. Los países latinos, con realidades sociales de menor tensionamiento histórico y actual respecto de las relaciones interraciales, curiosamente disponen así de un elenco de tutela

penal mucho más amplio en figuras y en ámbitos de proyección que aquellos países –los anglosajones y germánicos– que, sin embargo, albergan en su suelo el problema, todavía hoy, en sus más crudos términos.

4. En conclusión, en derecho comparado no se parte del principio de igualdad o de interdicción de la discriminación a la hora de diseñar la intervención penal en la materia por más que algunas tendencias de futuro –aún embrionarias– apunten en dicha dirección de forma tímida. Un análisis de la historia legislativa, de la jurisprudencia y de la doctrina en los círculos jurídicos aludidos muestra de forma inapelable que el sentido de protección se cifra en la tutela de determinados colectivos, básicamente los judíos y las personas de color, para evitar que se vuelva a repetir una eliminación masiva como sucedió en la Alemania nazi. Se pretende así crear un tipo, como el de provocación xenófoba, que de forma preventiva y adelantada tenga como efecto conjurar el peligro de genocidio antes de que sea demasiado tarde mediante la prohibición de conductas que contribuyan a crear un “clima” envenenado (Klimadelikte) próximo a la explosión social, al enfrentamiento civil, a la caza del hombre. Por supuesto que cabe poner en duda la legitimidad de un tipo en esta línea que, por cierto, se configura en derecho comparado –claramente en Alemania– como delito de peligro abstracto, pero en cualquier caso ahora interesa destacar que el punto de mira de la legislación penal no es el del desarrollo de un programa antidiscriminatorio para lo cual ya se disponen de mecanismos en el derecho civil, laboral o administrativo sino el de la protección y tutela de minorías étnicas –y no de otro tipo– ante el posible advenimiento de su “holocausto” como reacción de derecho excepcional. Una breve alusión a los estándares internacionales y europeos confirmará este aspecto.

#### 4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. Los dos modelos político-criminales expuestos (el de Estados Unidos y el Europeo) son fiel reflejo de la distinta actitud ante lo que puede considerarse el instrumento internacional clave en la materia: la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (ratificada y en vigor para el Estado español desde el 4 de enero de 1969). Dicha Convención contiene un mandato absoluto en su artículo 4 de establecer la prohibición penal de la provocación xenófoba para lo cual propone un determinado modelo legislativo que, sin embargo, deja margen de maniobra para la forma de redacción final del tipo por parte de cada Estado ratificante. Esto es, resulta obligatorio incriminar la provocación xenófoba pero el cómo se haga exactamente se deja al arbitrio de cada país. Ante este mandato obligatorio los Estados Unidos se negaron a ratificarlo debido a que entendían que podía resultar atentatorio contra la libertad de expresión y esta actitud tiene su reflejo en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales que rechazan la constitucionalidad de figuras similares a la de provocación (*fighting words*) y admiten únicamente el castigo agravado o figuras cualificadas por razones de xenofobia.

Los países europeos, por el contrario, incluido el Reino Unido pese a su incardinación en la órbita del *common law*, optan por la ratificación masiva del citado instrumento y con mayor o menor celeridad van incorporando la figura de provocación xenófoba –y sólo xenófoba– a sus ordenamientos penales.

2. La centralidad de la figura de la provocación en el ámbito de derecho comparado tiene según lo expuesto su origen en la Convención de 1965 que no fue sino la

respuesta de la comunidad internacional a una ola de antisemitismo (sinagoga de Colonia ultrajada, pintadas de esbásticas...) que iniciada de forma virulenta en las navidades de 1959 en Alemania se extendió como reguero de pólvora por buena parte de los países europeos occidentales y que, por ello, determinó a Alemania a tomar la iniciativa a nivel interno introduciendo en 1960 la denominada Volksverhetzung en su Código penal (parágrafo 130) y a nivel internacional impulsando los trabajos de lo que en tiempo récord llegó a convertirse en la actual Convención de 1965.

El delito de provocación, en consecuencia, tal y como se concibe en Alemania y en la citada Convención pretende ser así una respuesta a actos de provocación antisemita que, por técnica legislativa de abstracción y subsunción al revés, se formula en términos algo más genéricos pero que se dirige esencialmente a atajar excesos propagandísticos de los reactivados movimientos ideológicos filo-nazis. No debe por ello extrañar que su incardinación sistemática en los Códigos germánicos se haga entre los delitos contra la paz y orden públicos de clara matriz supraindividual.

3. Recapitulando, el origen de la normativa antixenófoba debe situarse en la reacción contra la ideología filo-nazi a principios de la década de los 60 que lleva a la mayoría de los países europeos a incluir en sus Códigos penales –a partir de la Convención de 1965– un precepto con claros rasgos de legislación excepcional, polémicamente cercana a un delito de opinión (Gesinnungsinkriminierung) que, sin embargo, se acepta por la proximidad y la honda huella que en el subconsciente europeo había dejado la trágica experiencia del holocausto. De ahí que los motivos o razones del delito de provocación se restringieran a los propios del genocidio, esto es, a aquellas actuaciones basadas en razones étnicas. La Convención de 1965 contiene además del mandato de incriminación aludido otras disposiciones que invitan a adoptar medidas en la línea de los programas antidiscriminatorios raciales pero en ningún caso, respecto de estas últimas, se establece obligación ninguna no ya de incriminar sino ni siquiera de adoptar leyes civiles, administrativas, laborales, sugiriéndose y dejándose la puerta abierta a desarrollar, al arbitrio de cada país, programas educativos o de pedagogía social.

## **5. ALGUNAS CONCLUSIONES CRÍTICAS RESPECTO DEL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL ESPAÑOL**

1. A la vista de la situación en derecho comparado el modelo político-criminal español del CP 1995 se revela como el más expansivo de los países latinos: se produce, como en aquellos, una suerte de síntesis acumulativa que incorpora el delito de provocación (y complementariamente el de asociaciones) propio del modelo europeo restringido y, por otro lado, también una agravante genérica y tipos cualificados (delito de amenazas, delito de revelación y descubrimiento de secretos) en la línea legislativa de los EE.UU. Pero además, desde la perspectiva europea, desarrolla más que ningún otro país de los estudiados las líneas expansivas que determinan la incorporación como figuras autónomas de la denominada “mentira de Auschwitz” con una formulación genérica predicable respecto de cualquier genocidio; así como delitos de actos de discriminación como la denegación de prestación tanto en el servicio público como en las actividades profesionales o empresariales, y el delito de discriminación laboral grave.

2. A mi juicio un tal modelo responde al problema ya apuntado de que se parte desde el principio del referente del mandato de igualdad e interdicción de la discriminación: resulta sintomático que en 1983 se incluyera el entonces 165 y 181 bis

como delitos de discriminación para inaugurar la intervención penal en la materia y no incluir, en su caso, un delito de provocación en claro incumplimiento de la Convención de 1965 que aunque ratificada en 1969 siguió siendo ignorada hasta 1995. El desenfoco inicial hacia la tutela genérica y demagógica del principio de igualdad ha determinado que la evolución legislativa española en la materia haya sido exactamente la contraria a la de los países de nuestro entorno y lo que en aquellos no resultan ser sino figuras marginales o derivadas del delito de provocación se implantan en nuestro país antes que los instrumentos de mayor raigambre y más aquilatados jurídicamente.

Por si fuera poco, sólo en nuestro país se ha dado la “homogeneización” de causas de discriminación en prácticamente todas las figuras (10 de las 11: no en el 161-2) lo que definitivamente parece imponer una interpretación en clave de programa antidiscriminatorio penal antes que otra en el sentido visto de tutela de minorías étnicas frente a los ataques más graves y masivos –antesala del holocausto– que contra dichos grupos pudieran llevarse a cabo. El paso, en definitiva, hacia una configuración inconsciente y demagógica de la normativa como protectora del principio de igualdad y aseguradora de derechos individuales a un sin fin de colectivos ha puesto las bases para erigir al derecho penal en esta materia de «ultima» en «prima» ratio.

3. Tampoco puede servir de excusa a semejante “inundación” de preceptos penales la apelación a las obligaciones internacionales en la materia pues como se ha expuesto en realidad sólo había obligación de incorporar un delito de provocación xenófoba y no además de éste otras diez figuras penales proyectadas nada menos que sobre los ámbitos étnico, ideológico, sexual, de minusvalías, etcétera.

4. A la vista de lo expuesto las propuestas de lege ferenda son obviamente la desincriminación de buena parte de los preceptos y la modificación radical de los que se mantuvieran pero de lege lata las dificultades son múltiples. Por ejemplo de delimitación con ilícitos administrativos que, de forma desconexa, han empezado a extenderse por diversos sectores de regulación como es el caso de la Ley del Deporte o de extranjería que llegan a definir el concepto de discriminación y a imponer sanciones por actuaciones discriminatorias o exhibición de esbásticas, etc., generándose a mi juicio problemas de difícil solución respecto del que se puede definir, siguiendo al Prof. CANCIO, como el “escalón más bajo de sanción” por representar el adelantamiento más drástico de barreras punitivas, esto es, el delito de provocación del art. 510. A él, como delito de peligro abstracto, me voy a referir a continuación, como ejemplo máximo de expansión de los delitos antidiscriminatorios y con una perspectiva crítica y correctora orientada por criterios teleológicos en aras de lograr una contención del ámbito punible a pesar del tenor literal del mismo.

## **6. EL “DELITO DE PROVOCACIÓN” COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO: EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA «EXPANSIÓN»**

1. Al principio de la intervención ya nos referíamos a la relación que se produce entre los nuevos sectores de intervención del llamado “derecho penal moderno” y el recurso a los delitos de peligro en la medida en que los nuevos objetos de tutela presentan rasgos supraindividuales o colectivos cuya protección eficaz desplaza el paradigma del delito de lesión de los bienes jurídico-penales individuales.

Ahora bien, a pesar de que ocupan el centro del debate dogmático y político-criminal, los nuevos sectores de intervención del derecho penal moderno no se restringen únicamente a aquellos ámbitos amenazados por los riesgos que entraña el vertiginoso avance tecnológico (energía nuclear, ingeniería genética...) ni la compleja estructura de producción económica (delincuencia socioeconómica), sino que también comprenden –como es el caso que nos ocupa– a sectores de actividad cuya revalorización responde a la asunción generalizada en la sociedad de determinados valores o principios propios de la filosofía del Estado social. Se trataría de un ámbito de penetración del instrumento punitivo abonado de forma más clara por factores ideológicos, por ejemplo, de adhesión al principio de igualdad real e interdicción de toda clase de discriminación.

2. La política criminal antixenófoba, y en el caso del CP 1995 marcadamente protectora del principio de igualdad, al parecer concebida en términos de tutela de derechos individuales a un trato no discriminatorio, se ha configurado según las características más criticadas –y criticables– del “derecho penal moderno” tanto por el desconocimiento antigarantista de principios político-criminales básicos a la hora de la concreta redacción de los tipos como por una imagen típica de las diferentes figuras, pero destacadamente en el caso del delito de provocación del art. 510 o la mentira de Auschwitz (art. 607-2), tendente a desdibujar las categorías dogmáticas del derecho penal.

2.1. Respecto de los principios político-criminales se han plasmado los tipos penales con abandono manifiesto del principio de legalidad material desconociéndose el **mandato de determinación** en aras de la máxima eficacia y con el fin de cerrar toda posible “laguna de punibilidad”. Dicho afán ha desembocado, sin embargo, en la transformación del instrumento penal **de ultima en prima ratio**. Repárese, por ejemplo, en la incriminación de la “provocación” al odio, pero también a la “discriminación” o el castigo de la mera negación del genocidio.

2.2. En el plano dogmático, me gustaría destacar únicamente dos aspectos: en primer lugar, la elevación a tipo de autoría de conductas que no merecerían ni el calificativo de actos preparatorios según una definición jurídico-penal rigurosa y la utilización, según alcanzo a ver, de la técnica de los delitos de peligro –abstracto– de una forma particularmente tosca.

A. El tenor típico del art. 510 hace referencia a la “provocación” a conductas que, sin embargo, no tienen por qué constituir una conducta delictiva y, menos aún, un delito concreto. Odiar o discriminar e incluso la utilización de la violencia entendida ésta en un sentido amplio no tienen por qué ser necesariamente constitutivas de delito. Desde este punto de vista se dificulta una interpretación restrictiva del tipo dentro de la lógica de la “provocación” a un delito según el artículo 18 CP. Una parte sustancial de la doctrina propone una tal interpretación precisamente para evitar una ampliación desmesurada del precepto. En cualquier caso se castiga autónomamente al “provocador” como autor con lo cual aunque político-criminalmente no resulte proporcional conductas de participación en tal provocación o tentativas de provocación al odio podrían resultar sancionadas según el art. 510.

Pero aún más criticable puede resultar la puesta en relación del art. 607.2 con el art. 615 que castigaría nuevamente, desde una interpretación sistemática formalista, los actos preparatorios de la negación del holocausto: no ya negar, sino conspirar, pro-

vocar o proponer la mentira de Auschwitz podría integrar el tipo. El desconocimiento de raíz de las diferencias materiales entre las categorías de **autor y partícipe** combinado con la técnica de incriminación de actos preparatorios mediante cláusulas parcialmente generales da lugar pues a un resultado que según coyunturas políticas y la sensibilidad y formación de los operadores jurídicos –particularmente jueces– podría llevar a un ejercicio del *ius puniendi* insoportable.

B. Similares problemas pueden plantearse –a mi juicio ya se han planteado, con el debido respeto, en relación al “caso Varela”– si se procede a una interpretación formalista –reconozco que favorecida por el tenor típico escandalosamente indeterminado– del art. 510 como **delito de peligro abstracto** en clave de pura prohibición ético-social en la que no se exija, sino que se presuma, una cierta peligrosidad según un juicio impersonal *ex ante* para un bien jurídico-penal.

Disintiendo de la cada vez menos mayoritaria doctrina dominante los delitos de peligro abstracto no pueden ser interpretados como una mera subsumción formal en el tenor literal posible del tipo presumiéndose en tal caso que la conducta, pues así la ha definido el legislador, es peligrosa. Desde luego un insulto velado, pongamos vertido en un programa radiofónico, contra la comunidad judía o contra los inmigrantes “ilegales” acusándoles de estafadores y ladrones de riqueza de los nacionales cae dentro de lo que el sentido literal del artículo 510 describe. También negar que los judíos fueron víctima del holocausto y su difusión en libros. Ahora bien si se acepta sin más, si se presume que estas conductas son peligrosas para la dignidad humana o la igualdad de determinados colectivos (interpretación dominante en la incipiente doctrina española que identifica el bien jurídico con la dignidad humana) se eleva a ilícito penal y se tabuiza una transgresión ético-social. Sin duda resulta funcional a la aspiración expansionista del derecho penal pero en un grado tal que se arrumban los principios más irrenunciables del ejercicio del *ius puniendi*: se castiga con pena de prisión el pensar disidente, molesto, políticamente incorrecto hoy en relación al tema del holocausto y mañana quien sabe si en relación manifestaciones del nacionalismo vasco o español o catalán...

La técnica del delito de peligro abstracto es legítima siempre que, como recientemente subraya la Prof. CORCOY, se precisen al máximo los comportamientos típicos de suerte que la lesión del objeto del delito pueda servir de primer elemento que una vez confirmado permita comprobar, en todo caso, la idoneidad de la conducta para poner en peligro de forma normativamente relevante el objeto o bien jurídico-penal tutelado. Esto es, siguiendo a TORIO, sólo son aceptables los delitos de peligro abstracto concebidos como delitos de peligro posible esto es, aquéllos en que la comprobación de la tipicidad de la conducta pasa por un examen según criterios lógicos pero, sobre todo, normativos, teleológicos, que determinen si es idónea para conmovir el objeto de tutela. No cabe pues presumir la peligrosidad sino que deberá confirmarse su presencia *ex ante*.

Por el contrario, una interpretación formal del art. 510, o del 607-2, como delitos de peligro presunto llevaría hasta el extremo el riesgo y el potencial expansivo de este conjunto de figuras dentro de una lógica autoritaria de castigo desproporcionado del pensamiento, considerando al ciudadano como menor de edad y al que se sometería a una legislación excepcional. Pero a la vez dificultaría una adecuada coordinación y delimitación respecto de los ilícitos administrativos que en esta materia, de forma inconexa, se están prodigando en la actualidad (*Ley de extranjería, Ley del Deporte...*).

3. Desde mi punto de vista, para finalizar, de lege ferenda debería suprimirse esta figura –y la de la mentira de Auschwitz– pero de lege lata se impone una interpretación correctora restrictiva que sólo podrá llevarse a cabo satisfactoriamente con una reorientación del sentido de tutela del conjunto de figuras de la denominada normativa antidiscriminatoria. La perspectiva no puede ser individual como si de lo que se trata es de proteger los derechos de cada individuo a no ser tratados de forma irrazonablemente arbitraria o discriminatoria. Recuperando el sentido histórico y la práctica interpretativa en el Derecho comparado de nuestro ámbito de cultura así como la líneas hermeneuticas sugeridas por los estándares internacionales, la perspectiva debe ser colectiva: el sentido de tutela, el bien jurídico-penal debe cifrarse en un objeto supraindividual cual es el de la seguridad existencial de minorías especialmente sensibles frente a ataques que pongan en peligro su confianza en la supervivencia de su grupo. Se trataría de una normativa complementaria de la del genocidio y sólo excepcionalmente aplicable también respecto de otros grupos no étnicos.

Se pondrían así las bases para una interpretación del artículo 510 como delito de peligro abstracto como figura autónoma que tutelaría un bien jurídico supraindividual que pretende intervenir en lo que, con una imagen gráfica, se ha venido a definir como la “antesala del holocausto”.

