

EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.

San Sebastián

Diciembre 1997

193 - 200

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Ilmo. Sr. D. Francisco BUENO ARUS

Abogado del Estado

Resumen: En el nuevo Código penal español de 1995 se incrementa el ámbito de punibilidad de las acciones relativas a la discriminación racial. Después de analizar los distintos tipos penales que se han introducido en relación a esta materia, se estudia el bien jurídico protegido en cada uno de los casos mencionados. Asimismo, se muestra la postura de diferentes organismos internacionales frente a este fenómeno.

Laburpena: 1995eko Espainiako Kode Penal berrian, handitu egin da arraza-bereizkeriarekin erlazionaturiko ekintzak zigortzeko eremua. Gai honen inguruan sartu diren mota penalak analizatu ondoren, aipaturiko kasu bakoitzeko ondasun juridiko babestua aztertzen da. Aldi berean, nazioarteko hainbat erakundek fenomeno honen aurrean duten jarrera erakusten da.

Résumé: Dans le nouveau Code pénal espagnol de 1995 le cadre de punition des actions en ce qui concerne la discrimination raciale a été augmenté. Après avoir analysé les différents types pénaux introduits par rapport à cette matière, on étudie le bien juridique protégé dans chaque cas. De même, on montre la positions des différents organismes internationaux face à ce phénomène.

Summary: The spanish new penal code of 1995 increases the scope of punishment of racial discrimination's actions. Once analysed several penal models introduced on this matter, the protected juridical goods are studied. Likewise, the text shows the position of many international institutions opposite to this phenomenon.

Palabras clave: Discriminación Racial, Derecho Penal, Raza, Política Criminal.

Hitzik garrantzizkoenak: Arraza-bereizkeria, Zuzenbide Penala, Arraza, Politika kriminala.

Mots clef: Discrimination raciale, Droit Pénal, Race, Politique Criminelle.

Key words: Racial discrimination, Penal law, race, criminal politics.

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal español, de 23 de noviembre de 1995, ha incrementado el ámbito de punibilidad de las acciones relativas a la discriminación racial que se inicia en nuestro ordenamiento sancionador con las Leyes de reforma de 15 de noviembre de 1971, 25 de junio de 1983 y 11 de mayo de 1995. La exposición de motivos del Código vigente alude vagamente a ello, al señalar que “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva... eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”, concretamente, otorgando “una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación”. De manera inexplicable, no se explicitan los motivos que ha tenido el legislador para asumir esta directriz de Política criminal, pero su actitud está, desde luego, clara.

2. TIPOS PENALES

2.1. El *artículo 511* del nuevo Código castiga a los funcionarios públicos y a los particulares encargados de un servicio público “que denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho”, por razón, entre otros motivos, de “su pertenencia a una etnia o raza”, y también “cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de... la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza...”

El *artículo 512* castiga a “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales” realicen la misma denegación. Se trata en uno y otro caso de normas penales en blanco, pues la determinación de las “prestaciones a las que se tiene derecho” requiere un examen en cada caso concreto de las normas legislativas o administrativas atinentes a la prestación reclamada e injustamente denegada.

2.2. El *artículo 314* tipifica una especificación de la conducta anteriormente descrita, al castigar a “los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de... su pertenencia a una etnia, raza o nación... y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

Las diferencias con los delitos anteriores son esencialmente las siguientes:

a) la discriminación aquí no se refiere a cualquier derecho sino concretamente al derecho al empleo, público o privado;

b) la discriminación ha de ser grave, lo que puede valorarse teniendo en cuenta los artículos 17.1 y 96.12 del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995;

c) la conducta punible supone una doble omisión: no proporcionar empleo en las condiciones debidas y no reparar posteriormente los efectos de la discriminación;

d) hay una condición objetiva de penalidad, que restringe el ámbito de lo punible y que consiste en el previo requerimiento o sanción administrativa, lo que, a su vez, plantea el problema de la aplicabilidad del principio *non bis in idem*, que habrá de resolverse, a mi juicio, con arreglo a las reglas generales establecidas por el Tribunal Constitucional.

2.3. Como actos preparatorios de las conductas discriminatorias también merecedores de pena, el CP de 1995 se refiere a dos: la provocación y la asociación para promover la discriminación.

a) El *artículo 510.1* sanciona a “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 pertenencia de sus miembros a una etnia o raza...”, donde llama la atención que la provocación se castigue con mayor pena que la discriminación consumada (*art. 511*). El concepto de *provocación* habrá de interpretarse con arreglo a la definición auténtica contenida en el artículo 18 del mismo Código.

b) El *artículo 515*, que declara punibles las asociaciones ilícitas, considera como tales, en su apartado 5.º, a “las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de... la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación...”, donde puede comprobarse la mayor amplitud de la protección penal, en relación con el delito anterior, al hacerse también extensiva a la discriminación contra las personas y no sólo contra los grupos o asociaciones.

Es sabido que el concepto de *asociación ilícita*, a diferencia del de conspiración para delinquir, requiere estabilidad, permanencia, una cierta organización y la finalidad de cometer un número indeterminado de delitos. No se requiere personalidad jurídica. La responsabilidad criminal se gradúa en función de que el sujeto sea fundador, director, presidente, miembro activo o cooperador de la asociación (*arts. 517 y 518*). La provocación, conspiración o proposición para cometer el delito de asociación ilícita es punible en todo caso, con arreglo al *artículo 519*.

El concepto de *promover* tiene la suficiente amplitud como para abarcar cualquier tipo de comportamientos propiciadores de la discriminación (GARCIA-PABLOS), tanto de carácter inmediato como mediato, y dirigidos lo mismo a un destinatario individual que a un público colectivo. Una interpretación flexible debe permitir que el indicado término abarque igualmente las conductas de mera *propaganda*, punibles según la Convención de 1965, aunque no abarcará tales actividades cuando se lleven a cabo fuera del ámbito de una asociación.

2.4. Dentro del mismo artículo que tipifica la provocación a la discriminación, el Código Penal de 1995 sanciona también una modalidad de injurias con fundamento racial: “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a... la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza...” (*art. 510.2*). Constituye una modalidad especial del delito de injurias, cualificada por su motivación y por el carácter colectivo del sujeto pasivo, y respecto de la cual no se exige necesariamente el dolo directo que la jurisprudencia ha considerado tradicionalmente connatural a los delitos contra el honor.

2.5. Como supuesto más grave de discriminación racial, el *artículo 607* castiga, como reos de genocidio, a “los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, mataran, agredieran sexualmente o lesionaran a alguno de sus miembros, o 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 llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus

miembros, o adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. Aquí se comprenden supuestos de genocidio físico (muerte, lesiones) y biológico (evitar la reproducción), y, quizá también, supuestos de genocidio cultural (traslado forzoso de los miembros del grupo).

Igualmente es punible, y constituye una novedad del CP de 1995, “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos” (*art. 607.2*).

La provocación, conspiración y proposición para el delito de genocidio son punibles en términos generales con arreglo al *artículo 615*.

La gravedad de los delitos de genocidio se manifiesta en la imprescriptibilidad excepcional tanto de los delitos como de las penas (*arts. 131.4 y 133.2*), de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas de 27 de noviembre de 1968 y el Convenio del Consejo de Europa de 25 de enero de 1974, y en el principio de jurisdicción internacional o de universalidad de la ley penal (*art. 23.4 de la LOPJ*), así como en el rechazo de su consideración de delito político a efectos de la extradición (*art. 4.1 de la Ley de Extradición pasiva de 21 de marzo de 1985*).

La obediencia debida como causa de justificación en los delitos de genocidio ha sido también rechazada en numerosas declaraciones internacionales, desde las Cartas de los Tribunales Internacionales de Nuremberg (8 de agosto de 1945) y Tokio (19 de enero de 1946) hasta el reciente Estatuto del *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia* (25 de mayo de 1993).

2.6. Otra novedad interesante del CP de 1995, en el ámbito de los delitos relativos a la manipulación genética, es el delito de “creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (*art. 161.2*), donde la discriminación tiene un sentido absolutamente opuesto al de todos los delitos mencionados anteriormente.

2.7. Como cláusula de cierre del sistema, nos encontramos con la circunstancia agravante prevista en el *artículo 22.5º*: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a... la etnia, raza o nación a la que pertenece (la víctima)...”, circunstancia agravante que podría ser apreciada en cualquier delito en el que la motivación racial no sea elemento integrante del tipo, y en cuya redacción lo único que resulta extraño al lector es la referencia al *antisemitismo*, única en el contexto del Código, discriminatoria a su vez e inútil, por otra parte, toda vez que dicha actitud estaría comprendida en la redacción general de la circunstancia.

3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

3.1. El bien jurídico protegido por el legislador en cada uno de los casos mencionados es aparentemente distinto: los *derechos fundamentales y libertades públicas* (capítulo IV del título XXI: *delitos contra la Constitución*) en los supuestos

de los artículos 510 a 521; los *derechos de los trabajadores* (título XV) en el del artículo 314; la *comunidad internacional* (título XXIV), o bien el derecho de los grupos a su existencia y su integridad, en los delitos de genocidio, y *el derecho a la propia identidad del ser humano* (PRATS) o *el derecho a la individualidad* (VALLE MUÑIZ) en el delito de selección de la raza (título V: *delitos relativos a la manipulación genética*).

3.2. Mayor claridad conceptual se obtiene en este ámbito, interpretando los preceptos penales desde la Constitución y desde los tratados internacionales, de acuerdo con el artículo 10.2 de la propia Constitución y la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a la Constitución Española, se advierte que la regulación penal aquí resumida se endereza en todo caso a la protección de la *igualdad* como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), igualdad que no permite discriminación alguna por razón, entre otros factores, de la raza, ni entre los españoles (art. 14 CE), ni con relación a los extranjeros, en los términos establecidos en los tratados y en la ley (art. 13.1 CE). La protección penal de los valores superiores y de los derechos fundamentales significa la protección penal del mismo Estado (Social y Democrático) de Derecho.

3.3. También en el ámbito del Derecho internacional los conceptos de igualdad y de discriminación revisten un valor supremo en el articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 y de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, entre otros.

3.4. Ahora bien, la igualdad se puede predicar en abstracto, v.g., cuando se prohíben las discriminaciones, odios o violencias por el simple hecho de ser diferentes (art. 515.5 CP), o también con referencia al respeto o al ejercicio de otros derechos, que pueden oscilar desde la vida de la persona o del grupo (genocidio), hasta el derecho al empleo (art. 314 CP) o cualesquiera otros derechos subjetivos, relativos caso por caso a la prestación a la que se tiene derecho y que ha sido denegada injustamente (arts. 511 y concordantes).

Especial importancia reviste en el ámbito que nos ocupa el genocidio, por tratarse de un *delito internacional*, lo que significa, no solamente un delito formalmente establecido por tratados internacionales, sino también una conducta sancionada por una norma cuyo ámbito de protección se extiende a intereses que afectan a toda la comunidad internacional, con independencia del ámbito territorial de comisión del delito concreto, como es el supuesto del derecho a la existencia de grupos con caracteres específicos. Aquí, la protección de los bienes personales más importantes (v.g., la vida) se combina con la protección de una cultura determinada, cuya supervivencia es cuestión que afecta a la humanidad entera.

3.5. En todo caso, la protección penal se asienta sobre dos conceptos de no fácil definición, como son los conceptos de *raza* y de *discriminación*.

Por lo que se refiere a este último, el artículo 1.1 de la citada Convención de 1965 establece que “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 de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

El concepto de *discriminación* es, por tanto, un concepto jurídico indeterminado, de los que tanto abundan (inevitablemente) en las disposiciones legislativas y en los tratados internacionales. Ciertamente, discriminación no equivale sin más a desigualdad de trato, porque el ámbito del Derecho es el ámbito de lo razonable y es razonable que presupuestos desiguales sean tratados desigualmente. La discriminación equivale, en suma, a una diferencia de trato carente de una base objetivamente razonable, como viene sosteniendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, y eso es algo que sólo se puede matizar caso por caso.

3.6. No menos indeterminado es el concepto de *raza*, al que RODRIGUEZ PIÑERO tilda de “genérico, elástico e impreciso”, poniendo de manifiesto su sentido biológico y también su sentido cultural. De hecho, en las normas internas e internacionales alusivas al tema los términos *raza* y *etnia* aparecen siempre unidos, y, con frecuencia, también los de *origen*, *linaje* y *nacionalidad*. Entiendo que un análisis lingüístico minucioso de estos términos para tratar de distinguirlos resultaría superfluo. Hay conceptos que se entienden suficientemente en el uso diario del lenguaje aunque no sea fácil su definición precisa. Pienso que, a los efectos que aquí se consideran, es satisfactoria la conceptualización que nos ofrece el profesor antes citado: “Toda diferenciación basada en una identificación biológica o socio-cultural del individuo puede llegar a considerarse como una discriminación racial, por raza o nacimiento”.

La consideración específica de la raza de la víctima a efectos penales tiene su razón de ser en el ámbito de la *Victimología* o *Victimodogmática* propia de nuestros días. Me refiero a la corriente de Política criminal consistente en prestar atención preferente a los problemas propios de las víctimas de los delitos, tanto en el plano social como jurídico, y a dispensar a aquéllas una especial protección cuando sus características, entre las cuales puede naturalmente encontrarse la raza, las hagan más vulnerables o incluso totalmente indefensas frente a un grupo agresivo e intolerante, que puede además valerse de una posición de privilegio.

Asimismo, merece ser destacada la estrecha vinculación entre las conductas racistas y la *delincuencia organizada*, en nuestros días. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en el “Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada”, aprobado por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior (JAI) de la Unión Europea, en su reciente reunión de 28 de abril de 1997, celebrada en Luxemburgo. Tal vinculación significa que la lucha contra el racismo también ha de incorporar en gran parte los medios de lucha contra la delincuencia organizada, que constituye uno de los temas de mayor preocupación en los últimos años en los foros internacionales de Política criminal.

4. CONSIDERACIONES DE ORDEN INTERNACIONAL

4.1. La Secretaría General de las Naciones Unidas, obedeciendo la Resolución de la Asamblea General 47/77, de 16 de diciembre de 1992, ha elaborado un modelo de legislación para que sirva de orientación a los Gobiernos en la promulgación de nuevas leyes contra la discriminación racial. Dicho modelo de ley abarca los principios generales, los tipos penales, las sanciones, la indemnización a las víctimas, los procedimientos de recurso y el establecimiento de una Comisión nacional independiente para combatir la discriminación racial. Los tipos delictivos comprenden delitos de opinión, actos de violencia e incitación a la violencia, organizaciones racistas, delitos cometidos por funcionarios públicos y discriminaciones raciales en la esfera del empleo de la educación, de la vivienda y en el suministro de bienes, instalaciones y servicios.

España no ha seguido este modelo de una Ley especial para regular todo lo relativo a la discriminación racial como objeto de sanción, y ha incluido tales delitos en los capítulos correspondientes del Código Penal ordinario. En mi opinión, la regulación que hace el CP de 1995 de esta materia, supliendo las deficiencias del CP anterior, constituye en términos generales un cumplimiento satisfactorio de las obligaciones asumidas al ratificar el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 y la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, tanto en lo que se refiere a las conductas prohibidas como a las penas conminadas, que son de privación de libertad, multas e inhabilitaciones, en armonía con lo sugerido con el modelo de las Naciones Unidas del que se acaba de hacer referencia. La sanción que no prevé en este orden nuestro CP es el de “servicio comunitario con el fin de promover buenas relaciones entre los diferentes grupos raciales”.

4.2. Con carácter complementario, procede recordar que la Unión Europea ha declarado a 1997 como el “Año europeo contra el racismo” y que, en este contexto, y a iniciativa española, el Consejo adoptó el 15 de julio de 1996 una Acción común, según la cual cada Estado se compromete a garantizar una cooperación judicial efectiva, a sancionar adecuadamente y a renunciar, si es preciso, al principio de la doble incriminación por lo que respecta a comportamientos constitutivos de discriminación racial, que en ningún caso deberán considerarse delitos políticos que justifiquen la denegación de una solicitud de asistencia judicial.

En la misma línea, el Parlamento Europeo ha adoptado en mayo de 1996 una Resolución por la que, entre otros extremos, se aprueba la creación de un observatorio para el racismo y la xenofobia, se insta a la protección de las minorías, se hace un llamamiento a los políticos para que se abstengan de manipular los instintos xenófobos, se insiste en la necesidad de que se fomenten medidas en el campo de la educación para la lucha eficaz contra el racismo y la xenofobia, se pide a la Comisión que presente una propuesta de directiva contra la discriminación de las minorías en la Unión, se respalda la idea de llevar a cabo acciones específicas para determinados grupos, como los negros, los inmigrantes y los gitanos, se subraya el papel de los periodistas contra las manifestaciones racistas, etc.

4.3. Todo ello es evidentemente constructivo y su innegable sintonía con los principios constitucionales de un Estado Social y Democrático de Derecho hace que no pueda haber ninguna dificultad para la asimilación de estas resoluciones por parte de

España. Pero, como es sabido, la solución de los problemas sociales no se encuentra siempre, o no en primer término, en las normas y en la práctica jurídicas. En la Resolución a que me vengo refiriendo el Parlamento Europeo se confiesa convencido de que “el racismo y la xenofobia están profundamente arraigados en nuestra sociedad”, debido a la historia colonial de los Estados miembros, al empeoramiento de la situación económica, al renacimiento del egoísmo y la pérdida de los valores y de los principios de convivencia, de comunicación y de tolerancia; a la falta de estímulos capaces de ayudar a las personas a adecuarse a una sociedad multicultural, y a la exclusión económica y social de los inmigrantes.

Así las cosas, el problema del racismo puede que no sea principalmente un problema de normas jurídicas, sino un problema de actitudes sociales y de conciencias personales que las instituciones educativas y cada uno de nosotros, en definitiva, tenemos que ir contribuyendo a solucionar, avanzando al menos un paso cada día. Sin esta convicción, de poco servirán los propósitos normativos y los planes nacionales e internacionales para la erradicación de la discriminación por motivos raciales. Pero esto no quiere decir, por supuesto, que hayamos de abandonar la lucha por el Derecho, sobre la que IHERING escribió páginas admirables, o atribuirle un mero segundo plano. El Derecho también tiene un importante papel pedagógico que cumplir, y que lo cumpla o no dependerá en gran parte –insisto– de nuestra propia convicción.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BUENO ARUS, Francisco: “*Los recursos legales ante los ataques raciales en el Derecho penal español,*” en C. GORTAZAR y J.M.^a RUIZ HUIDOBRO (coordinadores): *Recursos legales contra la discriminación racial y los ataques raciales*, Delegación Diocesana de Inmigrantes-ASTI, Madrid, 1994, 77 ss.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director): *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 3 tomos, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “*Asociaciones ilícitas. Discriminación racial,*” en Manuel COBO DEL ROSAL y Miguel BAJO FERNANDEZ: *Comentarios a la legislación penal. Tomo V-2. La reforma del Código Penal de 1983*, Edersa, Madrid, 1985, 641 ss.
- MIGUEL ZARAGOZA, Juan de: *La protección jurídica contra la discriminación racial*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 824, 15 noviembre 1969, 3 ss.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.