

ESTUDIOS PENALES  
EN HOMENAJE AL PROFESOR

COBO DEL ROSAL

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU  
BERNARDO DEL ROSAL BLASCO  
LORENZO MORILLAS CUEVA  
ENRIQUE ORTS BERENGUER  
MANUEL QUINTANAR DÍEZ  
*(Coordinadores)*



VNIVERSITAT  
ID VALENCIA



Facultat de Dret

## DISCRIMINACIÓN PENAL Y ESTADO DE DERECHO

AURORA GARCÍA VITORIA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción.- II. Tratamiento penal

### I.- INTRODUCCION

Para un mejor entendimiento del tratamiento de la discriminación en el ámbito penal, la exposición de este problema se dividirá en dos apartados o secciones, la *primera* de ellas relativa a temas relacionados *con la desigualdad jurídicopenal*, como es la perspectiva sociológica, criminológica y constitucionalista, y la *segunda*, relativa propiamente al tratamiento que *nuestro Código penal* dispensa a las conductas discriminatorias.

Desde que en 1765, BECCARIA exclamara en su obra “De los delitos y de las penas”: al que dijese que la misma pena dada al noble y al plebeyo no es realmente la misma por la diversidad de la educación y por la infamia que se extiende a una familia ilustre, responderé que la sensibilidad del reo no es la medida de las penas, sino el daño público, tanto mayor cuanto es causado por quien está más favorecido” ( <sup>1</sup> ); palabras estas que supusieron a su avanzado autor entre otros sinsabores la inclusión de su libro en el Índice de libros prohibidos por Roma, y su prohibición en España por la Inquisición en 1777, simplemente por el hecho de defender la igualdad sustancial entre todos los ciudadanos, en una época donde las desigualdades entre los favorecidos y desfavorecidos socialmente resultaban clamorosas; a pesar del tiempo y las circunstancias transcurridas, resulta sabido que en realidad no hemos avanzado mucho en algunos aspectos, sobre todo en lo referente a una verdadera y justa aplicación de la Igualdad a todos los seres humanos, pero al menos, y como pone de relieve DEL VECCIO, desde el punto de vista formal, actualmente la igualdad jurídica entre las personas constituye un principio capital, implícito en la noción del derecho de la personalidad, que a cada individuo corresponde, pues la Igualdad, no es otra cosa que la repetición en todos de la misma cantidad de derecho, o mejor, de su idéntica inviolabilidad ( <sup>2</sup> ); y constituyendo al mismo tiempo una **instancia ética** de todo punto

---

<sup>1</sup> BECCARIA, C, De los delitos y de las penas. Alianza, Madrid, 1982, p 63

<sup>2</sup> DEL VECCHIO, G. Los principios generales del Derecho, Bosch, Barcelona, 1978, pp 78-79.

exigible, y que por ello, y en cuanto **conquista histórica irreversible**, su falta o abusiva limitación impide la existencia de un Estado social y democrático de Derecho <sup>(3)</sup>, ya que no puede articularse un régimen político de corte democrático, sin fe en la Igualdad básica de todos los ciudadanos, para lo que ha de ponerse también en conexión con la libertad, la justicia y el pluralismo político <sup>(4)</sup>.

Estos principios, además, **constituyen límites materiales impuestos por la dignidad humana al poder público**, por lo que solamente allí donde se reconocen y garantizan, existe como tal ese Estado social y democrático <sup>(5)</sup>.

No obstante lo manifestado sobre su reconocimiento e importancia, no puede desconocerse el hecho de que también se tiene sobre este principio una **visión sociológica, diferente y crítica** <sup>(6)</sup>.

Así, HART señala a su respecto, que a causa de estar tan profundamente arraigado en la cultura moderna dicho principio, incluso si resulta atacado por normas o situaciones discriminatorias, se le sigue rindiendo tributo verbal, dándose la paradoja de defender, al mismo tiempo, esas discriminaciones aparentemente rechazadas <sup>(7)</sup>.

Y el motivo, o uno de los motivos importantes al menos es, que como explica NUÑEZ LADEVEZE <sup>(8)</sup> ciertos conceptos, precisamente por estar asimilados, son resistentes al cambio, aun cuando pudieran reclamarlo aparentemente; derivándose el que a pesar de la necesidad de combatirlos, su persistencia esté asegurada, al haberlos forjado la propia trama que busca derribarlos, y por lo cual solamente pueden desmontarse mediante la propia coherencia que les informa. Es por eso que entonces, advierten asimismo LUHMAN, y parecidamente OLIVECRONA, tiene poco sentido polemizar contra tales conceptos, habida cuenta que desde el punto de vista del sistema

---

<sup>3</sup> DIAZ, E, Estado de Derecho y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1988, pp 40-42.

<sup>4</sup> GONZALEZ RIVAS, J.J, “Reflexiones sobre el valor de la igualdad”, en Problemas actuales del Estado social y democrático de Derecho, IV Congreso Nacional de Ciencia Política, Universidad de Alicante, 1985, p 198. Sobre la consideración de los derechos fundamentales, en su especial relación con la Igualdad, por todos: FERRAJOLI, L. Derecho y razón (Teoría del garantismo penal). Trotta, Madrid, 1995, en especial pp 908-920.

<sup>5</sup> PEREZ TREMPES, P, en la obra colectiva Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, Madrid 1997, pp 106-140.

<sup>6</sup> Véanse también otras críticas formuladas sobre la aplicación efectiva de la Igualdad, en mi trabajo “Los delitos de discriminación en el Código Penal español” (Libro Homenaje a Excmo Sr. D. Luis Portero García). Universidad de Granada.2000. pp 248-250.

<sup>7</sup> HART, H. L., El concepto de Derecho, Editora Nacional, Méjico, 1980, p 202.

<sup>8</sup> NUÑEZ LADEVEZE, L, “Para un estructuralismo jurídico”, en Estructuralismo y Derecho. Alianza. Madrid. 1973, pp 216-217.

jurídico, ofrecen la doble finalidad de minimizar el peso de la reflexión, y al mismo tiempo la posibilitan, lo cual les convierte en demasiados abstractos para la crítica, resultando al final meras fórmulas de cobertura para situaciones y hechos heterogéneos<sup>9</sup>).

Ello implica el resultar necesario compartir la idea, de que el igualitarismo entre los ciudadanos ante la Ley, en demasiadas ocasiones, y sobre todo cuando la realidad pone claramente de manifiesto lo contrario, representa más bien una más de las hipótesis en donde sólo quepa hablar, como señala HART, de una “igualdad aproximada”<sup>10</sup>) entre las personas; y sobre todo, y como lo más importante, de una “igual dignidad de los seres humanos”, en palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO Y GONZALEZ LOPEZ<sup>11</sup>) .

Aclarado entonces el verdadero papel desempeñado por el principio de Igualdad, en *mi opinión* puede decirse entonces, que el **auténtico progresismo democrático moderno**, no consiste solamente en proclamar la igualdad de todas las personas ante la ley, sino también y sobre todo, en dar cabida a sus diferencias<sup>12</sup>); y partiendo asimismo de reconocer que la Igualdad es, en suma, el principio que **proclama la identidad en los seres humanos, pese a sus diferencias de todo tipo**, de ello se deriva el que si **la libertad permite al hombre progresar, la Igualdad le permite vivir dignamente frente a otros individuos**, aun cuando aparentemente no haya progresado, y le separe de ellos esas diferencias. Es así, entonces, cuando en verdad la igualdad representa **el valor del respeto y la dignidad humana**<sup>13</sup>).

Con referencia al tratamiento que nuestra **Constitución** le otorga, debe comenzarse señalando que se halla consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución, y como expresamente dispone el artículo 53.2 de la misma, tiene técnicamente la naturaleza de derecho fundamental. En base a lo anterior, otra

---

<sup>9</sup> LUHMAN, N, Sistema jurídico y dogmática jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp 45-56 y 73; OLIVECRONA, K, El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico, Lábor, Barcelona, 1980, p 133.

<sup>10</sup> HART, cit, p 210.

<sup>11</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M y FERNANDEZ LOPEZ, F. Igualdad y Discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, p 171.

<sup>12</sup> REQUEJO Y COLL, F. “Igualdad y valores morales en la postmodernidad política”, en Problemas actuales..., cit, p.179

<sup>13</sup> Como señala SAINZ MORENO, J. Fenomenología elemental de la estructura jurídica. Madrid, 1977, p 21; y en Esquema de las Ciencias del Derecho Positivo. Madrid, 1977, p 159.

característica que evidencia su importancia, viene significada por haberse elevado a “valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, por el Título Primero, artículo 1, y en base a este rango preeminente ha de considerársele situado dentro de lo que en terminología constitucional se denomina “área de protección reforzada” (SSTC 103/22 y 104/23 de Noviembre de 1983).

No obstante, y desde la misma **perspectiva crítica** antes citada, pero ahora referida al ámbito **constitucional**, vuelve a ponerse de manifiesto que, a decir de REQUEJO Y COLL (<sup>14</sup>), la solemnidad con que se recogen determinados derechos y libertades en los textos constitucionales, remitiendo a unas implícitas concepciones morales previas, con abundante empleo de mayúsculas, realiza, a veces, la función de paraguas epistemológico contra la reflexión; y en tal sentido, también se ha puesto de relieve por autores como HERNÁNDEZ- RUBIO CISNEROS, que a pesar de la explícita proclamación de valores constitucionales como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, existe una clara confusión entre la realidad y el deseo, referentes a que lo justo, lo igualitario y lo equitativo no coinciden, pues ni libertad, ni igualdad, ni progreso, existen siempre como realidad, sino que se trata de “quimeras”, y entendiendo la palabra “quimera” como lo propuesto a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo, entre ellas se encuentra la igualdad (<sup>15</sup>).

Lo que no obsta en modo alguno, a que desde una perspectiva de realismo adecuado, puede señalarse y compartirse plenamente que, en verdad, y sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de procurar la igualdad real de los ciudadanos, contenido en el artículo 9 de la Constitución, este principio inspirador del ordenamiento jurídico, supone el derecho fundamental de la persona a **la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio injustificado en razón de los criterios jurídicos por los cuales se guía la actuación de los poderes públicos.**

Y como nota característica, al par que ejemplo relacionado con lo antedicho, e integrando en él, tanto las *prescripciones constitucionales como las penales*, debe señalarse que la petición de tratamiento igualitario, solo puede actuarse **dentro de la legalidad**; pues como afirma el Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la Constitución no garantiza la igualdad en la ilegalidad, y la no aplicación de una

---

<sup>14</sup> REQUEJO Y COLL, cit, p.179.

<sup>15</sup> HERNANDEZ-RUBIO CISNEROS, J.M. “Acerca del supuesto valor de la igualdad, en Problemas actuales.. .cit., p 220

sanción a una determinada persona, no supone la ilegitimidad de su imposición a otras personas comprendidas en situaciones jurídicas iguales o similares. Ello, por cuanto en base al principio de igualdad ante la Ley , y en detrimento del principio de legalidad, nadie ostenta un derecho fundamental a la aplicación o inaplicación de determinadas normas del ordenamiento, mientras no se haga así con todas las demás personas implicadas (<sup>16</sup>).

Por mi parte, y aun cuando comparto en general todo lo manifestado, entiendo que caben algunas observaciones :

Así, admito que el principio de igualdad debe actuarse en el marco de la legalidad, pero esto quizás, entendido de manera no tan rigurosa como lo hace el Tribunal Constitucional (también el Tribunal Supremo), por estimar *que una de las situaciones que al ciudadano proporciona un mayor sentimiento de indefensión, y de ser víctima de la injusticia es ver, precisamente, como se le considera de forma diferente en la ilegalidad*, y que, por ejemplo, ante iguales o parecidas actuaciones delictivas realizadas, a unos delincuentes se les trata de manera más benigna que a otros, por razones no precisamente comprensibles para la sociedad.

Ante ello, *creo que la aplicación, aun cuando sea jurídicamente correcta, de un precepto sancionador, y en mayor grado penal, a unas personas en forma diferente a otras, sí puede implicar en algunas circunstancias un tratamiento injustificado por desigual*; y más considerando que no cabe desconocer el hecho, de responder la distinta imposición de la ley, a la eufemísticamente denominada por el Tribunal Constitucional, "**problemática efectividad social de la ley penal**", lo cual no es otra cosa, a pesar de la retórica de su denominación, que la peor suerte corrida en algunos casos por unos inculpados respecto a otros.

Por tanto, *cuando alguien exponga haber sido diferentemente y peor tratado que otros individuos, en iguales o muy similares circunstancias*, no me parece se pueda rechazar su alegación, sin más, aduciendo para una negativa frontal como la realizada por este Tribunal, la consabida fórmula de que la equiparación en la igualdad ha de efectuarse dentro de la legalidad, sino que, por el contrario, debe procederse en lo posible, y olvidando fáciles e injustas comodidades para no hacerlo, a una **revisión de la sentencia perjudicial, por si en su caso el reo llevara razón en quejarse de un**

---

<sup>16</sup> Según expresa el TC, en Sentencias como 8/30-marzo-1981, 29/6-marzo-1987, 48/22-abril-1987, 45/16 y 58/17-marzo-1988, entre otras.

**trato desigual**, y salvo que, lógicamente, algún motivo aconseje, de manera manifiesta, un tratamiento diferente de esos supuestos iguales o demasiado similares.

**Mi solicitud no trata, pues, y en definitiva, de que todos los delincuentes sean igualmente condenados o absueltos, o se les aplique, sin más, la misma cantidad de pena, porque ello no es posible ni puede serlo, conforme a Derecho;** sino de *aplicar la ley de la manera más exacta posible, evitando divergencias interpretativas y aplicativas, entre los Tribunales*, innecesariamente, y por ello en mayor grado injustas, desfavorables al reo; lo cual por otra parte, constituye *un deber de los Tribunales, y un derecho del ciudadano, como se sabe*, ya que los errores y contradicciones en nada afectan al contenido y alcance de estos derechos, que están por encima de las deficiencias que en su interpretación puedan incurrir sus mismos intérpretes.

Lo contrario, sobre todo si se lleva a extremos rigurosos, puede en realidad suponer más bien, al menos en algunas ocasiones, una *especie de coartada* para encubrir las deficiencias y errores de los Tribunales, en la aplicación e interpretación de la ley; y especialmente considerando que, como resulta sobradamente conocido, y expresa atinadamente WROBLEWSKI, la interpretación legal está fuertemente influida por la ideología operativa de quienes aplican el Derecho, sobre todo en el aspecto constitucional, donde no es imposible la transformación de problemas políticos en problemas legales, y viceversa (<sup>17</sup>).

A lo que cabe añadir el reconocimiento, como se hace desde la ya clásica, pero no por ello menos actual STC 37/16 de Junio de 1982, de *la siempre limitada eficacia en el restablecimiento de la igualdad, de los poderes públicos*, de quienes conviene al menos que se conduzcan, sobre todo en estas situaciones, *con el mayor cuidado posible*, el cual nace, *entre otras fuentes, de la adecuada toma en consideración de otras resoluciones emitidas sobre el mismo tema*, para que, si procediera un tratamiento diferenciado, pueda razonarse en debida forma, y no se empañe así la aplicación de la justicia, en ningún caso, pero menos en un ámbito tan sensible como el penal, y tanto más proviniendo del Tribunal Constitucional, quien constituye, o debería constituir, *en mi opinión*, uno de los referentes éticos de nuestra sociedad.

---

<sup>17</sup> WROBLEWSKI, J, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Cívitas, Madrid, 1985, en especial pp 18 y ss.

Otro punto digno de atención, y en relación con que nuestra Constitución, en su artículo 23, reconoce a todos los ciudadanos la posibilidad de participar en los asuntos públicos, así como el acceso y disfrute de títulos y cargos con relevancia social y política, en igualdad de condiciones entre hombre y mujer, es que esto no siempre aparece ejercitado con la suficiente claridad ni desplegados todos los efectos materiales coherentemente derivados de su consideración formal; siendo entre los más destacables, por su cuestionabilidad, la *preferencia de la varonía sobre la primogenitura en algunos títulos nobiliarios, y en la sucesión a la Corona*, por cuanto, y especialmente con referencia al último tema, la propia Constitución afirma, en su artículo 56, sin razonamientos válidos ningunos, la preponderancia, dentro del mismo grado, del varón sobre la mujer, en el orden sucesorio dinástico; sustrayéndose así a lo dispuesto por el principio de Igualdad, al cual, y por tratarse de un derecho fundamental de obligado reconocimiento, no debería haberse sustraído, y menos con ayuda de la Constitución, ni aún la propia Monarquía, que está, como el resto de los ciudadanos -y al margen de otras prerrogativas que pueda legítimamente tener-, sometida al imperio de la Ley, de cuyo cumplimiento formal y efectivo debe dar ejemplo congruente frente a la sociedad, la cual es, por otra parte, la titular de los derechos y obligaciones que estos cargos comportan, en cuanto que, modernamente, se considera que la Monarquía está al servicio del pueblo, y se ostenta tal dignidad porque el pueblo así lo determina, no solamente con respecto al contenido de la Institución en sí, sino también con respecto a quienes la detentan.

Por ello, son disposiciones estas que no me resultan compartibles, por encontrarlas discriminatorias, y en abierta contradicción con la solemnidad de la proclamación y el respeto que, empero, muestra la Constitución en otros artículos hacia el principio de Igualdad y no discriminación, al no existir fundamento cierto para la concesión discriminatoria de tales beneficios, ni motivos adecuados que avalen este proceder, ya que la *mera condición de ser hombre* no supone, obviamente, ningún canon de razonabilidad por sí misma, ni comporta mejores cualidades en el poseedor que hagan preferible esta opción, o al menos la expliquen o puedan hacerlo convincentemente; y ante lo que solamente cabe tratarse, por tanto, de unas diferencias que ni son objetivas ni razonables, y se hallan asimismo en flagrante contradicción con la propia línea doctrinal seguida por dicho Tribunal, el cual rechaza las diferencias entre ambos sexos, por ser contrarias a la Constitución, cuando no responden a criterios de objetividad y racionalidad, como no responden las desigualdades acabadas de citar,



creadas por razón simplemente de la pertenencia del sujeto a un determinado sexo; lo no que obsta, en concordancia con mi parecer sobre el tema, a que pueda estimarse, en otros casos, tal cual sucede con la primogenitura, como derechos reconocidos y adquiridos por tradición y consuetudine.

Consecuentemente, parecen válidas las reivindicaciones opuestas a esta situación actual, por parte de quienes poseen mejor opción a esos títulos o rangos, como, en principio, resultan ser los primogénitos, o, en otro caso, a quienes expresamente se designen por los representantes legales de dichas instituciones y títulos, motivadamente, y con independencia del sexo al que pertenezcan; recordando, que como antes dije, ninguna institución debe quedar al margen de lo dispuesto en los derechos fundamentales del ser humano, constitucionalmente reconocidos; y que, como el propio Tribunal Constitucional afirma en la Sentencia 147/16 de Octubre de 1995, no pueden erigirse en argumentos invocables frente a una discriminación, ni la tradición, ni el carácter convencional de las diferencias de trato.

Además de las perspectivas anteriores, asimismo resulta interesante y conveniente, al tratar el tema de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, analizarlo desde la perspectiva de la **Criminología**, mencionando, siquiera someramente, aquellas teorías que se han significado con mayor relieve en el ámbito de la denuncia sobre la desigualdad y la discriminación social, y de sus correlativos efectos criminógenos.

A este respecto GARCIA PABLOS DE MOLINA señala, que quizás sea la teoría interaccionista del **“labelling approach”**, o teoría del **“proceso o etiquetamiento social”**, la que mejor pone de relieve la *estrecha causalidad existente entre la discriminación social y la delincuencia*, al haber hecho una interpretación más realista que otras teorías, del dogma de la igualdad de los individuos ante la ley <sup>(18)</sup> .

Así, y como es sabido, para esta teoría, **el delito** carece de sustrato material u ontológico. Es decir, una conducta no es delictiva en sí misma o por sí misma (cualidad negativa inherente a la conducta), ni su autor considerado como delincuente por razones objetivas (nocividad del hecho, patología de la personalidad, etc); **sino que el carácter delictivo de una conducta y de su autor depende de ciertos procesos sociales de selectividad sobre ellos**, siendo estos procesos tanto de *definición*, en

---

<sup>18</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A, *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996, pp 214 y ss; *Manual de Criminología*. Espasa-Calpe. Madrid. 1998, pp 582 y ss. Vid. por todos y en extenso sobre esta teoría.

cuanto que atribuyen o niegan, es decir, definen a una determinada conducta como afectada por el carácter delictivo, como de *selección*, pues seleccionan al autor, etiquetándolo como delincuente o como no delincuente.

Y sin embargo, resulta especialmente significativo comprobar que *las conductas realizadas por los individuos diferentemente considerados*, pueden llegar incluso a ser las mismas o muy parecidas.

En cuanto al proceso de atribución del **estatus criminal** (proceso de selección), es decir, *que se etiquete o no etiquete a una persona como desviado, y, en su caso, la clase de etiqueta y el trato que pueda recibir, sobre todo* después de una eventual *detención*, son hechos que *dependen de numerosas variables*, entre las que cabe destacar como más importantes las siguientes: a) características sociales (estatus individual y familiar, raza, clase social, etc); b) circunstancias relativas al hecho ejecutado (el lugar, medios o modos de realizarlo); c) reacción pública al mismo (indiferente, aprobadora, adversa, etc); d) actitudes de los agentes del sistema, respecto al desviado y sus valores, tanto por parte de los formalizados o institucionalizados (policía, judicatura, etc), como de los no oficializados (colegios, asociaciones, barrios, grupos, etc).

Bajo los presupuestos mencionados, puede complementarse en este sentido, entre otros autores con BARATTA, que la variable principal de la distribución desigual de los estatus de delincuente parece indudablemente ser, a la luz de las investigaciones recientes, la posición ocupada por el actor potencial en la escala social; la cual incide asimismo sobre la desigualdad en el proceso de selección, bajo la relevancia de factores tales como la edad, el sexo, la pertenencia a una capa social, a una raza y nacionalidad, etc, teniendo en cuenta, para mayor discriminación, que los más favorecidos socialmente, son quienes en mayor *parte permanecen en la sombra del delito* <sup>(19)</sup>.

En consecuencia de todo lo manifestado, puede decirse que para esta teoría del “labelling”, **la criminalidad es “creada” fundamentalmente por los agentes del control social, y de manera especial por los formalizados**. Dichas instancias o agencias del control social (policía, fiscalía, judicatura, etc.) no “detectan” o “declaran” el carácter delictivo de un comportamiento, sino que lo “generan” o “producen” ellas mismas al etiquetarlo así (función constitutiva del control social), *el*

---

<sup>19</sup> BARATTA, A, “Criminología y dogmática penal”, en Papers. Revista de Sociología. Nº 13, 1980, p 29 y nota 30.

*cual resulta ser por esta causa altamente discriminatorio y selectivo, al tomar en cuenta primordialmente, el estatus y el rol social de las personas;* incidiendo tal selección, sobre todo en los mensajes que transmite acerca de los afectados, a las demás instancias de control social, condicionando en fin la efectividad de estas, especialmente por el uso que hacen de los recursos disponibles para atajar o prevenir el delito, y recuperar a delincuente, entre otras cuestiones.

Particular interés tiene en este ámbito, cómo hace uso la *policía* del margen de discrecionalidad que ostenta en el momento de adoptar sus “decisiones”, definiendo una situación como delictiva o no delictiva. De estudios sobre el tema, parece desprenderse que existe una pluralidad de factores que contribuyen significativamente, relativos unos a la persona del infractor, o al denunciante; y otros, a la estructura organizacional y operativa de la policía, e incluso a circunstancias externas a la misma.

En tal sentido, se demuestra que el proceso de interacción de la policía con el infractor, condiciona en buena medida la respuesta de dicha institución al delito, y que asimismo, las decisiones de la policía descansan más en ciertos “estereotipos” que en datos objetivos, relativos al hecho mismo.

De ahí que en el momento de “definir” una situación, sería decisiva la estimación policial sobre la persona y carácter del infractor, estimación basada en innegables prejuicios (edad, raza, peinado, compostura, etc.), siendo uno de los factores clave el porte del infractor, especialmente si se trata de un joven, su apariencia física y actitud hacia la policía.

Quien sea la víctima y cómo presenta ésta su denuncia a la policía, es otro de los factores relevantes. Influyen, por ejemplo, las preferencias manifestadas por el denunciante, según solicite una respuesta “oficial”, o se conforme con una gestión informal. También, la identidad del presunto infractor y su vinculación con la comunidad (la reacción policial difiere si se trata de extranjeros, forasteros, desconocidos, familiares, amigos, etc.), así como la propia actitud de la víctima hacia la policía (cortés, respetuosa, hostil) puede explicar una u otra opción.

*En definitiva el delincuente lo es porque lo etiquetan como tal,* aun cuando el hecho que ha realizado no siempre merezca esa calificación, o al menos no tan grave.

Ante ello, se comprende que el mero etiquetamiento no sólo aísla al desviado, *sino que le margina y proscribe,* sometiéndole a un trato social

discriminatorio; y que en este ámbito, los aspectos mencionados constituyan *una radiografía del grado de tolerancia de la comunidad hacia la diferenciación*.

Desde las contingencias señaladas, y haciéndose hincapié en que el **delito es un comportamiento ubicuo** que se distribuye en igual medida por todos los grupos sociales, como se sabe, sin embargo la *población penitenciaria*, como también se sabe, *se nutre de modo muy significativo de las bajas clases sociales*. Esto no demuestra que los individuos pertenecientes a los bajos estratos sociales delincan más (por supuestas anomalías o carencias), sino que *están más expuestos que los de las clases medias y privilegiadas al riesgo de ser definidos y seleccionados* como delincuentes, por las instancias del control social formalizado.

Dicho de otro modo, la criminalidad es como un “bien negativo” que la sociedad reparte a través de ciertos mecanismos y procesos, con arreglo a los mismos criterios de distribución de los bienes positivos, pero en relación inversa y en perjuicio de las clases sociales menos favorecidas.

Por ello, el **efecto criminógeno de la pena**, es consecuencia de la *misma reacción social etiquetadora*, la cual, según se ha visto, no sólo es injusta por discriminatoria, sino intrínsecamente irracional y provocadora en sí misma de dichas consecuencias criminógenas <sup>(20)</sup>.

Además de la mencionada teoría, cabe señalar también respecto de este fenómeno, las teorías *estructural funcionalistas o de la estructura social defectuosa*, y en particular la de la “**anomia**”; y por otra parte, las teorías de la *socialización deficiente o subculturales*, y en particular, la de la “**oportunidad diferencial**”, si bien nos referiremos a ellas muy brevemente.

Para la *primera*, la teoría de la “**anomia**”<sup>(21)</sup>, *la conducta “desviada”* es una reacción normal (y por tanto esperada y esperable), a las contradicciones económicas y sociales generadas en el ámbito de una sociedad, en cuanto que la propia sociedad *ejerce una presión definida* sobre los miembros de ésta, que les induce a adoptar comportamientos “disconformes” con ella, *debido a que en su seno se produce el hecho contradictorio* de que por una parte, **la estructura cultural entroniza el**

---

<sup>20</sup> Vid. comentarios y críticas a esta teoría, por todos: HASSEMER,W/MUÑOZ CONDE,F, *Introducción a la Criminología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp 107 y ss.

<sup>21</sup> Vid. in extenso, por todos : GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología...*, cit, pp 193 y ss ; *Manual...*, cit, pp 509 y ss .Vid. comentarios y críticas a esta teoría, por todos: HASSEMER,W/MUÑOZ CONDE,F, cit, pp 107 y ss.

**objetivo de la acumulación de riqueza material y de correlativo poder, como meta máxima y obligada para todos los ciudadanos, mientras por otra parte, la estructura social restringe a ciertos grupos de la población, el acceso efectivo por vías institucionales lícitas a dichas aspiraciones.**

Consecuentemente, las *tasas más elevadas de éstos comportamientos disconformes* se concentran en determinados grupos, que obviamente son aquellos en los cuales el impacto diferencial de dicha “presión” se experimenta en mayor grado, sobre todo en función de *su baja situación social*.

Por tanto, y para esta teoría, la **causa última** de la situación delictiva reside, no ya, o al menos no tanto como se ha dicho, en las tendencias biológicas individuales, o en el derrumbamiento de ciertos valores tradicionales, **sino en el hecho de que la conducta desviada constituye la reacción normal, al suponer un modo de adaptación individual a las contradicciones generadas en el seno de la estructura social colectiva.**

En cuanto *al segundo grupo de teorías*, relacionadas con el fenómeno de las “**subculturas**”<sup>(22)</sup>, previamente debe exponerse, que la denominada subcultura, por ser en este supuesto concreto de carácter delincuencial, **tiene su origen en la frustración que experimenta el individuo en general, y de manera particular el joven perteneciente a las clases sociales deprimidas, al tratar de conseguir, sin éxito, el estatus socioeconómico codiciado.**

*No es por casualidad*, que la subcultura criminal brota en las áreas donde *se carece de oportunidades*, para triunfar siguiendo las pautas de conducta lícita institucionalizadas.

*En este contexto de privación de oportunidades, aspirar a las metas socialmente prescritas bajo condiciones que imposibilitan el legítimo acceso a las mismas*, es un preludio ya de la desviación, por la frustración generada ante el conflicto entre los objetivos o metas prescritos por la cultura dominante y las propias aspiraciones de los individuos, jóvenes especialmente, de las clases desfavorecidas, una vez concienciados del grado de improbabilidad efectiva de alcanzar dichas metas.

---

<sup>22</sup> Vid. in extenso, por todos: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Criminología..., cit, pp 206 y ss; Manual..., cit, pp 533 y ss.

Ante ello, cuando el fracaso en el intento de mejorar la propia posición social es atribuido por el perjudicado, al tipo de organización social más que a sí mismo, *se verifica un sentimiento de privación injusta referido a las normas oficiales.*

Entonces el perjudicado, y tanto más si es joven, que ve pocas esperanzas de progresar por vías o procedimientos legítimos, se unirá a otros individuos con semejantes ideas y situaciones, integrando una **subcultura criminal** (caso, por ejemplo, de las pandillas o bandas). El respaldo del grupo les hará dominar el sentimiento de deshonra, o el temor o la mala conciencia por sus comportamientos delictivos, suministrándoles en cambio, lo cual evidentemente resulta más apreciable para sus integrantes, la oportunidad de conseguir el éxito personal y la satisfacción de sus intereses, a través de la aprobación y del refuerzo que reciben de sus iguales, es decir, de los otros miembros de la subcultura, aunque sea por vías ilegítimas, ya que las *legítimas quedan lejos de sus posibilidades.*

Por ello, **el origen de la conducta desviada** para estas teorías, depende no tanto del tipo de ambiente social en que tiene lugar, como en las anteriores, **sino en un grado mayor, de la efectiva organización social**, especialmente de las clases marginadas, y del **mayor o menor número de oportunidades** (legítimas o ilegítimas) que ésta depara a sus miembros <sup>(23)</sup>.

En base a todo lo manifestado y como resumen de esta primera parte, resulta obvio que es enteramente asumible el toque de atención que sobre la cuestión propician HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, cuando advierten a la Administración de Justicia penal, *que ésta debe tomarse en serio el reproche de que tanto en la persecución como en la sanción del delincuente procede selectivamente;* y que sobre esta cuestión, la Criminología moderna no puede discutir *que apenas hay diferencias entre la criminalidad de los que están en prisión y la de los que se encuentran en libertad*, por cuanto como se ha dicho, el delito está presente en todos los estratos de la sociedad; pero sí puede afirmar que *la posibilidad de quedar en libertad está distribuida desigualmente.* Un reproche que además viene avalado, desde hace tiempo, por la Estadística criminal.

Como consecuencia lógica entonces, es posible mantener la idea de que la Administración de Justicia penal, no afecta por igual a todos aquellos a quienes debiera afectar, ya que incluso la intervención del Derecho penal puede favorecer

---

<sup>23</sup>Vid. comentarios y críticas a esta teoría, por todos: HASSEMER,W/MUÑOZ CONDE,F, cit, pp 65 y ss.

carreras criminales, sobre todo cuando incide con mayor frecuencia y dureza en los integrantes de los sectores sociales más bajos; y a mayor abundamiento se puede mantener, que la misma existencia de una persecución penal selectiva demuestra que la Administración de Justicia penal (¿aun?) no ha conseguido eliminar o compensar la injusticia social en el Derecho penal <sup>(24)</sup>

Lo cual debe mover, a todos los estamentos sociales, sin excepción, a una reflexión profunda sobre el problema de la desigualdad criminalizada, pues para cada quien, desde su propia perspectiva, urge reflexionar sobre como nos conducimos frente a él, y si en realidad todos tenemos el suficiente interés para propiciar las adecuadas soluciones, por cuanto a todos, sin excepción, nos alcanza la obligación de colaborar en erradicarlo.

## II.- TRATAMIENTO PENAL

Con referencia a la segunda parte de esta exposición, dedicada al análisis del tratamiento que la discriminación recibe en el **Código Penal** <sup>(25)</sup>, debe comenzarse señalando que es sobre todo en este ámbito, cuando se hacen presentes con mayor diaphanidad los *estrechos vínculos que unen a la Igualdad con la Justicia*, pues como señala SÁNCHEZ DE LA TORRE, la Justicia ha de procurar promover y orientar la dignidad del ser humano, impidiendo que ninguna persona abuse de otra, realizando esta tarea mediante la Igualdad <sup>(26)</sup>.

Derivado de este entendimiento, puede decirse entonces, que **el principio de Igualdad opera tanto frente al legislador**, a la hora de la formulación del Derecho, impidiendo que se dicten leyes que consagren desigualdades injustas; **como frente al juez**, en el momento aplicativo de las leyes.

Y es desde la perspectiva de esta rama del ordenamiento jurídico, que pretendo exponer y valorar la presencia del principio de Igualdad en el Código Penal; si bien quisiera antes de entrar en materia, advertir que he dejado fuera del análisis al delito de genocidio (artículo 607), por tratarse de una figura que, aun cuando constituye la expresión suma de la discriminación punible, presenta un ámbito y unas

---

<sup>24</sup> HASSEMER, W/MUÑOZ CONDE, F, cit, p 62.

<sup>25</sup> Acerca del tratamiento penal de la discriminación, vid. GARCIA VITORIA, cit, pp 250 y ss.

<sup>26</sup> SANCHEZ DE LA TORRE, A. Los principios clásicos del Derecho, Unión Editorial, Madrid, 1995, p 163.

peculiaridades que trascienden lo que constituye el objeto de esta exposición, es decir, el arsenal punitivo español contra la discriminación que se practica en un ámbito de relaciones sociales más inmediato.

**Se trata por tanto, de aquellas conductas presentes en un ámbito de más cotidiana realidad, lo que, a su vez, les hace susceptibles de una mayor comisión, y cuyos negativos efectos contrarios al principio de Igualdad y No discriminación, se dejan sentir con una mayor proximidad en los perjudicados;** siendo en su comentario, en lo que me voy a centrar.

La **discriminación**, de acuerdo con el Diccionario, implica “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc”; y consiste desde una *perspectiva penal*, según mi criterio, en un *sentimiento irracional de aversión o de menosprecio hacia otra persona o grupo humano, por cualquier causa de las, explícita o implícitamente, prohibidas por la Constitución.*

Subrayo el calificativo de ”irracional”, ya que si obedeciera a causas racionales, equivocadas o no, dejaría de entenderse como discriminación en el sentido prohibido por estas normas penales, por ejemplo el temor hacia alguien; la falta de adecuación para un trabajo solicitado; el comportamiento gravemente antisocial de alguna persona, etc.

Otra cosa es, lógicamente, que determinadas personas, a causa de la *necesidad de cumplir la función que tienen encomendada por razón de sus cargos*, puedan ser tratadas con aparente desigualdad (<sup>27</sup>), como expone al respecto, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional español, 51/10 de Abril de 1985.

Y de ahí también que impida la cualificación delictiva, la *adecuación social* de ciertas conductas, razonando en este sentido RODRIGUEZ DEVESA, el no poder considerarse discriminatorio, en sentido penalmente antinormativo, por ejemplo,

---

<sup>27</sup> Vid al respecto, por todos: PORTERO GARCIA, L. Inviolabilidad e Inmunidad Parlamentaria, Universidad de Málaga, 1979; La responsabilidad del Jefe del Estado, Revista General de Derecho, Valencia, 1982; RODRIGUEZ RAMOS, L. “Inviolabilidad del Rey” e “Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios”, en Comentarios a la Legislación penal. Derecho Penal y Constitución (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal y Coordinado por Miguel Bajo Fernández), T.I. Edersa, Madrid, 1982, pp 286 y ss; MAQUEDA ABREU, L. “Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria”, en Estudios Penales y Criminológicos, XIII, Santiago de Compostela, 1990, pp 239 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, E, “La indefensión del ciudadano frente a los políticos”, pp 94-97; “Sobre suplicatorios e inmunidades” pp 103-106, en Ensayos Penales, Technos, Madrid, 1999.



ciertas “discriminaciones” comúnmente aceptadas en la vida social, como por ejemplo, lugares o asociaciones con admisión de personas restringida por diversos factores ( <sup>28</sup> ).

A tenor de lo manifestado, debe señalarse como punto de partida, y para ser coherente con la interpretación de los tipos penales, así como con las propuestas que posteriormente formule, que el **Bien jurídico protegido** consiste, según mi parecer, en el **derecho a la igualdad de trato**, derivado del principio constitucional de Igualdad, reconocido en el artículo 14, y cuya *vertiente positiva* es, ser tratado igualitariamente; y cuya *vertiente negativa* estriba, en no sufrir un trato discriminatorio.

Y ello desde una triple dimensión: **personal**, en cuanto que el ser humano, la persona, es el referente obligado para el ejercicio de este derecho fundamental, que alcanza su máxima expresión en cuanto proyectado a ella; **social**, en cuanto que se ve afectada la sociedad misma con estas prácticas contra la igualdad de trato entre los ciudadanos, **y estatal**, por cuanto se advierte también un prisma institucional y garantista, como es el interés del Estado en evitar la discriminación (<sup>29</sup>).

Sin embargo, dado que la Igualdad se asocia con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y estos son bienes personalistas, y de obligado reconocimiento, tanto si el Estado y la Sociedad tienen interés en protegerlos, como si carecen de él, entiendo, por mi parte, que es *prevalente su sentido personal*, y tanto más si se considera que la Persona debe ostentar siempre un reconocimiento superior y previo, frente a la Sociedad, si esta quiere considerarse libre y democrática; y frente al Estado, cuando éste quiere titularse a sí mismo, como social y democrático de Derecho. Esto lo digo porque, como se sabe, hay Estados y sociedades donde no quiere reconocerse la igualdad entre sus miembros, y sin embargo la igualdad, aunque en ellos sea menospreciada, sigue teniendo el mismo valor; de ahí el destacar que la Persona, en sí misma, debe considerarse como el criterio rector para valorar la aplicación efectiva, también en el ámbito penal, del principio de Igualdad.

En cuanto a las **tipicidades** relativas al tema del tratamiento igualitario de los ciudadanos, y para facilitar la comprensión de las aportaciones que suponen a él,

---

<sup>28</sup> RODRIGUEZ DEVESA, JM, (J.M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez), Derecho Penal Español, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1996, p 727.

<sup>29</sup> LAURENZO COPELLO, P, La discriminación en el C.P. de 1995, en Estudios Penales y Criminológicos, XIX, 1996, Santiago de Compostela, pp 236 y ss, sobre la perspectiva social de este bien jurídico; y asimismo VIVES ANTON TS/OTROS, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p 66, sobre la perspectiva institucional y garantista..

voy a comentarlas mediante su previa *clasificación*, a pesar de lo difícil que resulta una sistematización coherente, por lo disperso y a veces inconexo, de su configuración.

En cualquier caso, debe hacerse constar, que dada su multiplicidad, en esta exposición solamente se resaltarán algunos de sus aspectos más llamativos.

Así, y tomando como base para su clasificación, aunque a nivel meramente aproximativo, la ofrecida por LAURENZO COPELLO <sup>(30)</sup>, y atendiendo fundamentalmente al *grado de generalidad de la protección dispensada a este bien jurídico*, pueden diferenciarse dos grupos:

**A) En el PRIMERO, figuran normas de carácter fundamentalmente preventivo.** Es decir, son conductas que ofrecen más la posibilidad de suponer una puesta en peligro del bien jurídico, del objeto de protección de la norma, antes que una lesión efectiva de éste.

Aquí, pueden estimarse incluidas:

1º) la provocación o el simple promover la discriminación, el odio o la violencia, contra grupos o asociaciones, que contempla varias hipótesis:

a) Cuando las llevan a cabo *sujetos no asociados para tal finalidad*, estaremos en presencia del *artículo 510, párrafo primero* (caso del imam de Fuengirola, condenado en el año 2004, por publicar un libro en el que se aconsejaba donde y como golpear a las mujeres que no aceptaran el sometimiento a los mandatos de los varones, sin dejar huellas apreciables de la violencia utilizada contra ellas).

b) Si estas conductas las llevan a cabo *asociaciones ilícitas, que lo son en tanto en cuanto constituye esta su finalidad*, estaremos en el *artículo 515, párrafo quinto*.

A su respecto señala BUSTOS RAMIREZ, que cualquier actividad de apoyo o aprovechamiento y cualquier forma de incitación es suficiente para integrar estos tipos <sup>(31)</sup>.

Y asimismo pone de relieve GARCIA-PABLOS DE MOLINA, que al tratarse de tipos penales de consumación anticipada <sup>(32)</sup>, no es preciso, para la consumación del delito que se hayan llevado a cabo efectivamente discriminaciones o actos violentos, sino tan sólo conductas previas encaminadas a conseguir las, que en el

---

<sup>30</sup> LAURENZO COPELLO, cit, pp 227 y ss.

<sup>31</sup> BUSTOS RAMIREZ, J, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* Ariel, Barcelona, 1991, p. 330.

<sup>32</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A, "Asociaciones ilícitas. Discriminación racial", en *Comentarios a la Legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983. t. V, Vol. 2*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp 641 y ss; del mismo autor, y sobre el tema, vid, también "Asociaciones ilícitas en el Código penal", Bosch, Barcelona, 1977, pp 240 y ss.

caso de las asociaciones ilícitas, lo serán en el marco, naturalmente, de una organización estable de personas *que persigue* estas finalidades.

Ya de por sí, la estructura misma de dichas tipicidades, hace que resulte perfectamente *advertible la existencia de grandes dificultades para concretar penalmente estas conductas y fijar los límites para la intervención del Derecho Penal*.

Y uno de los ejemplos donde se hacen particularmente evidentes las críticas antedichas, lo constituye la mención a la **provocación al odio**, severamente cuestionable, como así lo manifiesta la generalidad de la Doctrina, entre otras razones porque su *extrema ambigüedad* hace inviable una posibilidad seria y rigurosa de *concreción de la conducta delictiva*, sin contar con que supone también no sólo una tan *evidente infracción del principio de taxatividad o de certeza en la descripción de la conducta típica*, al par que se extralimita tanto en el *adelantamiento de las barreras de la punibilidad*, que podría considerarse incluso inconstitucional, y preferible por ello su erradicación del texto punitivo <sup>(33)</sup>, o bien remodelar su contenido. Porque debe observarse, que hablamos de provocar al odio, es decir, *provocar a algo tan vago y tan abstracto como un sentimiento*.

2º) Puede incluirse también en este primer grupo, la circunstancia agravante contenida en el párrafo cuarto del artículo 22, de cometer delitos por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación, referentes a la etnia, raza, nacionalidad de la víctima, y a una larga serie de motivos discriminadores.

---

<sup>33</sup> En el sentido del texto, proponen su desaparición del Código penal: GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, en la obra colectiva “Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería”, (Libro Homenaje a José Manuel Valle Muñiz), Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, pp 34-35. También señalando lo impropcedente de criminalizar tales conductas: BERNAL DEL CASTILLO, J, La discriminación en el Derecho Penal, Comares, Granada, 1998, pp 81 y ss; SERRANO GOMEZ, A, Derecho Penal. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004, p 938; TAMARIT SUMALLA, JM, aduce que la provocación de una emoción humana, el odio, no puede resultar delictivo (p 1472), al par que cuestiona el sentido del mantenimiento de esta Sección del Código, dudas que refrenda las de la propia doctrina constitucionalista sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (pp 1468-1469), en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, (Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares y Coordinado por Fermín Morales Prats), Aranzadi, Pamplona, 2004. De manera aun más contundente sobre las dudas que constitucionalmente merece este artículo, así como sobre la oportunidad de su presencia en el Código, CANCIO MELIA, M, en la obra colectiva “Comentarios al Código penal” (Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo y Coordinado por Agustín Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997, pp 1275-1276. Asimismo LLORENTE FERNANDEZ DE LA REGUERA, AJ, en la obra colectiva “Delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia y contra la Constitución”, Bosch, Barcelona, 1998, p 374, señala que la mención al odio es más retórica que práctica, por la dificultad de su prueba. También críticamente sobre la mención al “odio”, MUÑOZ CONDE, F, Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, p 824; PORTILLA CONTRERAS, G, Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, Manual colectivo dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Tomo II, M. Pons, Madrid, 1997, p 688.

Resulta aquí especialmente llamativo, así como en el artículo anteriormente citado, por desafortunado, el dar *jurídicopenalmente un tratamiento diferenciado al sentimiento antisemita* (<sup>34</sup>), como si se tratara de un motivo discriminatorio que debe merecer diferenciarse de los mismos sentimientos reprobables mantenidos contra otras etnias o razas que existen en el mundo.

Esta distinción que he criticado, lo es también por una parte de la Doctrina, que aboga además por suprimirla (<sup>35</sup>), lo que también comparto, por inútil y perturbadora, en cuanto que, desde un *punto de vista material*, en ningún caso supone una protección especial para este colectivo; y desde un punto de *vista formal*, en cambio presenta la *paradoja*, de que una normativa pensada para combatir la discriminación, se vuelve en si misma discriminadora, a causa de esta diferenciación. No será, por supuesto, esta la idea del legislador al formularla, pero, sin embargo, es el *efecto* que produce.

Obsérvese que a mayor abundamiento, en el sentido de esta crítica, el delito de genocidio, que como es sabido *tantas vinculaciones presenta con el concreto sufrimiento del pueblo judío, no hace mención especial y diferenciada del antisemitismo, dando por sentado* que, jurídicamente, todas las razas y pueblos merecen por igual el mismo respeto y protección.

**B) En cuanto el SEGUNDO grupo, donde los comportamientos infractores suponen una mayor proximidad y efectividad en la capacidad de lesionar el bien jurídico, de ahí su carácter más concreto,** pueden incardinarse las siguientes conductas:

1º) denegar una prestación por motivos discriminatorios, a quien tiene

---

<sup>34</sup> También se manifiestan críticamente sobre la mención expresa al antisemitismo que hace el artículo 510: PORTILLA CONTRERAS, cit, p 689; BLASCO DEL ROSAL, B, en el Manual colectivo coordinado por Manuel Cobo del Rosal, Derecho Penal español. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004, p 1037.

Con referencia a la agravante del artículo 22, rechazan también esta mención expresa: RODRIGUEZ MOURULLO, G, en la obra colectiva "Comentarios al Código penal" (Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo y Coordinado por Agustín Jorge Barreiro), cit, p 138; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, cit, p 32; LAURENZO COPELLO, cit 248.

<sup>35</sup> Se manifiestan muy críticamente sobre la agravante: LAURENZO COPELLO, cit, pp 245-249 y 272 y ss; BERNAL DEL CASTILLO, cit, pp 68-69. También, y en desacuerdo con la necesidad de la agravante, ya que su fundamento resulta sumamente discutible, no solamente por la dificultad que rodea a los llamados elementos de la actitud interna, sino también por la cuestionable tipificación penal de los excesos en la libertad de expresión y del disenso con los valores de la mayoría, aunque tales valores se hallen protegidos constitucionalmente: COBO DEL ROSAL, M Y VIVES ANTON, TS, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, p 811, haciéndose eco del parecer de CUERDA ARNAU, ML, citado por ellos. De este parecer, MUÑOZ CONDE, F/GARCIA ARAN, M, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p 490.

derecho sobre ella (artículo 511).

*a) Cuando esta conducta prohibida la realiza un particular, encargado de un servicio público, bien contra una persona individualizada o contra una persona colectiva o alguno de sus miembros, estaremos en los párrafos primero y segundo, respectivamente, de este artículo.*

Debe hacerse constar que, por disposición legal, “el particular” ha de ser una persona *física*, pues el legislador, como hubiera sido por otra parte deseable, no ha ejercido la opción político-criminal de prever alguna de las penas recogidas en el artículo 129 del Código penal español, aplicables en el supuesto de que el autor de este delito fuese una persona jurídica, en tanto en cuanto, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal propia, según ZUGALDIA ESPINAR, como representante de un sector doctrinal que se manifiesta en tal sentido <sup>(36)</sup>.

*b) Si la denegación se realizara por un funcionario público, estaremos en el párrafo tercero de dicho artículo 511.* Por ejemplo, un funcionario deniega a un extranjero, por serlo, una prestación de la Seguridad Social, es decir, un servicio público, a la que tiene derecho <sup>(37)</sup>.

Como adecuado enlace entre los dos grupos de delitos citados, puede traerse a colación el parecer de TERRADILLOS BASOCO, quien señala acertadamente que “promover la discriminación”, no es solamente mostrara desprecio o subrayar diferencias, sino también propiciar la desigualdad en el acceso a bienes o servicios <sup>(38)</sup>

Al respecto, comparto con CARBONELL MATEU <sup>(39)</sup>, que al *consistir la materia de prohibición en la denegación de la prestación a que se tenga derecho*, por parte del perjudicado, ello debe concretarse en el sentido de derechos fundamentales y libertades públicas; *pero no como la libertad genérica de obtener cualquier prestación en la esfera privada también*. De otro modo, si se tratara de cualquier denegación de cualquier prestación, *incluso en el ámbito privado, se rompería el carácter de “ultima*

---

<sup>36</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J.M, partidario de la teoría “societas delinquere potest”, señala que la sanción impuesta a una persona jurídica debe estar basada en su propia acción y en su propia culpabilidad, y no en una acción o en una culpabilidad “tomada prestada” de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica (Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas) en Cuadernos de Política Criminal, Núm.53.-Madrid, 1994, pp. 620-627.

<sup>37</sup> Vid in extenso sobre el tema: MACHADO RUIZ, MD, La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal, Valencia, 2002.

<sup>38</sup> TERRADILLOS BASOCO, J, “Asociaciones ilícitas”, en Código Penal comentado, Akal, Madrid, 1990; p 405.

<sup>39</sup> CARBONELL MATEU, JC, “Observaciones en torno al Proyecto de Ley sobre la Reforma del Código Penal” en Cuadernos de Política Criminal, nº 5, 1978, p 1288. En el mismo sentido, CALDERON CERREZO, A/CHOCLAN MONTALVO, JA, Código penal comentado, Deusto-Datadiar, 2004, p 1030.

*ratio” del Derecho penal. Ejemplo: nadie puede exigir a otra persona, código penal en mano, que le alquile un piso, si el dueño no lo desea, incluso aunque ello se deba a criterios discriminadores contra el solicitante, como ser extranjero.*

En atención a lo anterior, y siguiendo a RODRIGUEZ RAMOS Y QUERALT JIMENEZ, y en concordancia también con las características que el servicio público, entendemos debe reunir, puede decirse entonces que la prestación consiste en la dación o impartición de un bien o un servicio establecido por la Administración pública y de acuerdo a una normativa preestablecida, y que por parte del solicitante se tiene derecho a recibir, precisamente al proceder de un sector regulado por dicha Administración, la cual se encarga de su impartición mediante el servicio público.

A ello debe añadirse, *que el título jurídico en virtud del cual accede el particular a la prestación del servicio público, es indeterminado*, pudiendo consistir en cualesquiera de las instituciones jurídicas consorciales, que enmarcan las relaciones de colaboración entre el ciudadano y la Administración en las actividades públicas, y pudiendo provenir incluso, bajo determinadas circunstancias, de "hechos concluyentes" o de una "asunción fáctica" de la dispensación de tales prestaciones a los sujetos afectados (<sup>40</sup>).

A todo lo cual añadido *por mi parte*(<sup>41</sup>), que se trata en resumen de la denegación de servicios públicos ***dispensados obligadamente por la Administración, y por tanto los únicos que pueden ser exigidos como tales por el sujeto pasivo*** (ejemplo, el derecho a la escolarización en sus etapas obligatorias).

Otra cosa distinta, según mi criterio, serían los *servicios, relacionados con la Administración y dirigidos al público*, pero acerca de los ***cuales no haya una normativa expresa que genere un derecho, como tal, para el administrado, a obtenerlos***, aun cuando la Administración pudiera estimar conveniente su aportación, y el ciudadano interés en que se le ofrezcan, lo que podría incluso determinar su creación por la Administración, en algún caso; pero si así fuera no podrán ser reivindicables, stricto sensu, como se ha dicho, por los destinatarios (ejemplo: una piscina municipal; unos locales cedidos por el Ayuntamiento a asociaciones de vecinos, una Biblioteca pública, etc). Adviértase que no existe en ellos, como en los antecitados, una relación de

---

<sup>40</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L, "Discriminación punible", en La reforma del Código Penal de 1983, cit, t. V, Vol. 2, 1985, pp 634-635; QUERALT JIMENEZ, JJ, Derecho Penal Español. Parte Especial, , Bosch, Barcelona, 1996, pp 799 y 801.

<sup>41</sup> Sobre la diferenciación de los servicios públicos y prestaciones obligadas, y la incidencia en la cuestión de su problemática exigibilidad por el ciudadano, vid. GARCIA VITORIA, cit, pp 256 y ss.

sujeción de la Administración a su compromiso con los ciudadanos, *que solamente puede ser cumplida, para integrar los tipos descritos, por los servicios públicos estrictamente entendidos*, es decir los descritos en el primer grupo mencionado. Realmente, en este ***segundo grupo se trata, más bien, de servicios al público, derivados de la Administración***, cualidad esta que hago notar, para diferenciarlos, a su vez, de *los servicios al público, de carácter privado* (ejemplo: un hotel o una piscina, accesibles al público, pero de titularidad privada), y que podrían constituir un **tercer grupo de servicios relacionados con el público**, que presenta grandes diferencias con los otros dos grupos de servicios, *y en el cual se satisfagan intereses o se solventen necesidades del público, bajo gestión o desarrollo con carácter privado, y añadido para diferenciarlos de los anteriores, desvinculados de la Administración*, aun cuando esta deba ejercer sobre ellos una lógica función de control.

Únicamente en el caso de que los servicios públicos, integrados en el segundo grupo, que en principio no son estrictamente exigibles por el ciudadano, e incluso excepcionalmente los del tercero, por determinadas circunstancias devinieran exigibles también en algún caso, como podría ser un contrato en tal sentido con la Administración, su denegación podría incardinarse en las citadas tipicidades.

2º) La segunda conducta incluida en este grupo consiste también en la denegación de la prestación a que se tiene derecho, por motivos discriminatorios, pero realizada en cambio por alguien en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales (artículo 512). Ejemplo: un despacho de abogados, contratados para defender los intereses de una empresa, se niega a hacerlo con varios de sus miembros, aun cuando tengan derecho, porque son de diferente nacionalidad.

En cambio, y también a modo de ejemplo, no lo es, a mi juicio, un hotel que deniega la admisión a huéspedes extranjeros, porque *no se tiene derecho, como tal, a alojarse en determinados establecimientos; así como tampoco cabe su inclusión en el artículo 511, por cuanto un hotel (y salvo excepciones) no es un servicio público*, sino que, en todo caso, constituye *un servicio al público*, lo cual es diferente, según se ha expuesto. Otro ejemplo no constitutivo de discriminación sería, el que nadie puede exigir que se le proporcione trabajo en un establecimiento de titularidad privada, si el dueño no lo desea, incluso aunque su falta de interés se basara en motivos discriminatorios.

En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, deduce que se trata de un precepto dirigido exclusivamente a impedir la discriminación en el ámbito privado de las actividades empresariales y profesionales, donde no quepan discriminaciones, pero no es extensible al marco de la libre elección en un sistema de economía de mercado <sup>(42)</sup>.

Eso no quiere decir que tales conductas denegadoras queden necesariamente impunes, ya que podrían en mi opinión, constituir en algunos supuestos, no siempre desde luego, *atentados contra el honor de la víctima*, lo que supondría verse incluidas en los delitos contra el honor (por ejemplo, injurias), pero no se trataría de conductas discriminatorias en el sentido del tipo analizado, *por más que los móviles del autor puedan serlo*.

Dichas conductas denegatorias, pueden realizarse bajo forma *escrita*; en forma *oral*; o *por silencio administrativo*; y tanto pueden llevarse a cabo de *manera explícita como encubierta*, siempre que *sea real, y se pruebe la discriminación*, que solamente podrá considerarse como tal, en base a alguna de las causas señaladas en el tipo penal, *ya que de no ser así, la conducta es atípica, por mucho que disguste al afectado por ella*.

Por tratarse de *tipos de simple actividad, con la denegación no se requiere la producción de un resultado dañoso material y concreto por parte del autor*, bastando la manifestación externa de su actitud, es decir, denegando la prestación a la cual se halla normativamente obligado; aun cuando es evidente que tal denegación puede acarrear, efectivamente, la producción de un resultado dañoso para los intereses de los perjudicados. Pero, por lo general, *será irrelevante a efectos de concreción del tipo legal; computándose tal resultado material, en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito*, por la vía de la valoración de los daños y perjuicios ocasionados.

Con respecto a la *conurrencia de delitos*, cabe señalar que en el *caso de que fuesen varios los sujetos afectados, mediante una sola conducta denegatoria*, habrá *tantos delitos de discriminación*, como sujetos afectados por ella, al tratarse de bienes jurídicos personales. Igualmente, en el caso contrario, *si fueran plurales las prestaciones denegadas, y afectan a un solo sujeto pasivo*, se producirán *tantos delitos como denegaciones*.

---

<sup>42</sup> PORTILLA CONTRERAS, cit, p 699.



Y si son *varios los perjudicados mediante varias denegaciones*, habrá *concurso ideal o real de delitos*, según haya o no pluralidad de conductas.

3º) Como tercera conducta, dentro de este segundo grupo señalado, puede estimarse la contemplada en el artículo 314, situada en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores. Consiste en producir una grave discriminación en el empleo, público o privado, sin restablecer la igualdad quebrantada, mediante la reparación de los perjuicios económicos ocasionados, tras ser requerido para ello por la Administración. Por ejemplo, una empresa despide a un representante sindical, o a un trabajador extranjero, por el hecho de tener esta condición.

Que esta tipicidad presenta *importantes dificultades de aplicación*, lo pone de manifiesto no solamente el hecho de requerir para su configuración, *de una parte la previa advertencia administrativa*, sino también, *de otra*, y con ello comparto el parecer de MORILLAS CUEVA, *la dificultad de la valoración judicial de la conducta como merecedora de revestir la gravedad suficiente* para constituir este elemento del tipo, por cuanto su exigencia supone la introducción de un elemento discrecional, ante situaciones que en la mayoría de los casos se mueven en el terreno resbaladizo de las opiniones subjetivas (<sup>43</sup>).

C) Muy diferenciado de los dos grupos anteriormente señalados, y en lo que puede considerarse como un **TERCER grupo** relativo a la infracción del principio de Igualdad en el ámbito penal, hay que mencionar al artículo 511, párrafo segundo, el cual presenta unas características tan singulares, que en puridad, no es susceptible de encuadrarse en ninguno de los dos grupos anteriores.

Dicha tipicidad consiste en difundir informaciones injuriosas, sobre grupos sociales o asociaciones, a sabiendas de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad, por motivos discriminatorios. Por ejemplo se difunde que la asociación X, formada por inmigrantes latinoamericanos, se dedica a realizar prácticas de magia negra, obteniendo el dinero de sus asociados y de cuantos incautos se acercan a ella, mediante engaños o amenazas; todo lo cual es falso.

Entiendo el resultar preciso para que este tipo penal se configure, que la conducta se lleve a cabo *para difundir "informaciones"*, que es según el Diccionario

---

<sup>43</sup> MORILLAS CUEVA, L, en el Manual colectivo coordinado por Manuel Cobo del Rosal, Derecho Penal español. Parte Especial, cit, p 641.

"enterar o dar noticia de algo a alguien". *Por tanto*, si el contenido injurioso no se explicita en un marco "informativo", sino que se trata solamente de una exposición de opiniones insultantes, descalificaciones, o cualquier tipo de agresiones verbales, pero *desprovistas del carácter comunicador de una información, tal actuación quedará fuera de este tipo penal*, el cual, por lo demás, tiene muy poco en común con las prácticas de discriminación; por lo que, desde esta perspectiva concreta, realmente no debería estar incluida entre ellas, al par que desde una perspectiva más amplia, resulta innecesaria, pues otras tipicidades, en mayor grado adecuadas al supuesto contemplado, como los delitos contra el honor y la intimidad, pueden sancionar tales conductas <sup>(44)</sup>.

Para finalizar, y una vez analizados los delitos de discriminación, se pone de manifiesto algo que cualquier estudioso del Derecho advierte, y es que el legislador español, como en general suele ocurrir en estas situaciones, ha incurrido en un error frecuente al reglamentar temas muy sensibles al ciudadano, como es *crear una legislación pensada más para "impresionar" a la colectividad*, que adecuada técnicamente para protegerla. Es decir, globalmente, y a pesar de sus aciertos, resulta más efectista, que efectiva, lo cual sitúa a esta legislación, o al menos una parte de ella, en el ámbito del denominado "**Derecho penal simbólico**".

Confiemos no obstante, en que se recapacite no solamente por parte de nuestros legisladores, sino por todos aquellos que se enfrentan a estos delicados problemas jurídicos, *en los cuales confluyen para el ciudadano, obvias necesidades de protección, pero también sentimientos sociales y personales muy arraigados, y a veces extremados*, que deben ser rigurosamente *entendidos y atendidos, en vez de manipulados o desestimados jurídica y sobre todo políticamente*; por cuanto las actitudes de *torpeza e ignorancia jurídica y política hacia dichos sentimientos*, son factores que desencadenan, unas veces, y otras refuerzan, situaciones de racismo y xenofobia en la sociedad. Ejemplo: colectivo de inmigrantes que molestan y crean graves problemas a una población, envenenando la convivencia, y que tras ser advertidas las autoridades competentes, ignoran la cuestión, y a mayor colmo, a veces

---

<sup>44</sup> Sobre el tratamiento de estas cuestiones relacionadas con los delitos contra el honor y la intimidad, vid. GARCIA VITORIA, A. El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978, Aranzadi, Pamplona, 1983. Ya en esta obra mantuve y sigo manteniendo actualmente, la firme opinión de que cuando una tipicidad resulta inoperante o desfasada, debe ser retirada del catálogo punitivo, sin reparo alguno, por cuanto su presencia en él puede resultar inconveniente, cuando no perturbadora (pp 73-74). En el mismo sentido me expresé en "Incidencia de la Reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento", Libro-Homenaje al Prof. J.A. Sáinz Cantero, Facultad de Derecho de Granada, Vol. 12, 1989, p 106; y en "Cuestiones sobre la naturaleza del caso fortuito". Libro-Homenaje al Prof. Agustín Fernández Albor, Edit. Instituto de Criminología y Universidad de Santiago de Compostela. Vol. XII, 1989, p 350.

califican de “intolerantes” a las víctimas; hasta que estalla un conflicto, que suele saldarse, como es sabido, al igual que lo anterior, en perjuicio de las mismas víctimas. La solución lógica y coherente en estos casos, sería exigir e imponer responsabilidades jurídicas y políticas a *todos* los causantes de tales situaciones antijurídicas, y de manera muy especial, a quienes, por dejación de sus funciones, las han propiciado en mayor grado. Así, y con ayuda de la Justicia, se evitan las mencionadas actitudes de racismo y xenofobia.

Y al mismo tiempo, *en nombre del principio de mínima intervención*, para el cual el Derecho penal ha de ser la “ultima ratio”, una vez que se presenta como ineludible recurrir a él, debe exigirse que siga verdaderamente el camino de realización del postulado democrático de igualdad ante la ley, y que en palabras de MORILLAS CUEVA, el Derecho Penal sea un Derecho que responda a las exigencias de un Estado social de Derecho, que asuma las reglas democráticas con entera fidelidad. En definitiva, que sea un Derecho para la Igualdad y para la Libertad. Un Derecho que exista para el hombre y no el hombre para el Derecho (<sup>45</sup>), a fin de que, añadido por mi parte, pueda cumplir la función de prevenir la desoladora realidad apuntada por ORWELL, de que todos somos iguales, pero unos somos más iguales que otros (<sup>46</sup>).

---

<sup>45</sup> MORILLAS CUEVA, L, “Derecho penal e ideología”, en Derecho y Economía en la sociedad española actual”, Caja de Ahorros, Granada, p 68. Vid también : MIR PUIG, S. Introducción a las Bases del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1982, pp 163-164. Vid. del mismo autor: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pp 29 y ss.

<sup>46</sup> ORWELL, G. Rebelión en la Granja. Círculo de Lectores. Barcelona, 1984, p 174. En realidad, sus palabras son similares, pero pueden interpretarse en el sentido propuesto,