

Director:  
**José Miguel Zugaldía Espinar**

Coordinador:  
**Esteban Juan Pérez Alonso**

***El Derecho Penal  
ante el fenómeno  
de la inmigración***

**r''**

**tirant lo blanch  
alternativa**

## EXTRANJERIA Y DISCRIMINACION : ANALISIS DOGMATICO Y JURISPRUDENCIAL.

AURORA GARCÍA VITORIA  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. II. Perspectiva sociológica y constitucional. III. Tratamiento penal

### I.- INTRODUCCION

Para un mejor entendimiento del tratamiento de la discriminación en la esfera penal, y concretamente en el ámbito de la extranjería, la exposición de este problema se dividirá en dos apartados o secciones.

La *primera* de ellas, relativa a temas relacionados *con la desigualdad jurídicopenal*, desde las perspectivas sociológica y constitucionalista.

La *segunda*, contiene el estudio de las conductas discriminatorias descritas en el Código penal, así como en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003 de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre, cuyo Reglamento se aprobó, con fecha 30 de Diciembre del 2004; e igualmente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de Género (LOMPIVG)<sup>1</sup>; al par que se hacen, por nuestra parte, comentarios a esta legislación que estimamos obligados, de carácter jurídico-penal (de lege data) y de política criminal (de lege ferenda), en cuanto que como es sabido, el problema de la discriminación a las personas extranjeras, presenta múltiples connotaciones, por lo que necesariamente debe ser abarcado desde una perspectiva jurídica amplia y variada, resultando de especial interés, el conocimiento del tratamiento jurisprudencial que se le dispensa.

---

<sup>1</sup> De especial relevancia en el tema del tratamiento igualitario entre mujeres españolas y extranjeras es la declaración contenida en el artículo 17 de dicha Ley, así como el reconocimiento de los derechos que asisten a todas las víctimas de violencia de género, sin distinción, en artículos 18 y ss. Vid. sobre el tema MOYA ESCUDERO, M /RUIZ SUTIL, C , “La mujer extranjera víctima de malos tratos”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para Operadores jurídicos*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla. 2004. pp 235 y ss.

## II.- PERSPECTIVA SOCIOLOGICA Y CONSTITUCIONAL

Aun cuando actualmente resulta sabido que no hemos avanzado mucho en lo referente a una verdadera y justa aplicación de la Igualdad a todos los seres humanos, al menos, desde el punto de vista formal, la igualdad jurídica entre las personas constituye un principio capital, implícito en la noción del derecho de la personalidad, que a cada individuo corresponde, constituyendo al mismo tiempo una conquista ética y jurídica irreversible, indispensable para la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, ya que no puede articularse un régimen político democrático, sin Igualdad básica entre todos los ciudadanos, como no puede tampoco, debido a su íntima conexión, prescindir de la libertad y la justicia; pues si **la libertad permite al hombre progresar, la igualdad le permite vivir dignamente frente a otros individuos**, aun cuando aparentemente le separe de ellos algunas diferencias.

Constituyen además, estos principios, en razón de la justicia, **límites materiales impuestos por la dignidad humana al poder público**, por lo que solamente en los países donde se reconocen y garantizan, existe como tal ese Estado social y democrático de Derecho<sup>2</sup>.

En este sentido, y como ejemplo de la necesaria conexión entre libertad y justicia e igualdad entre todas las personas, españoles o extranjeros, puede citarse la **Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 356/1994, de 23 febrero<sup>3</sup>**, en la cual se argumentó con gran acierto, que la prueba sobre la tenencia, por parte de una extranjera, de determinada sustancia estupefaciente, era radicalmente nula, pues el registro personal que condujo al hallazgo y ocupación, fue consecuencia de la privación de libertad ilegítimamente practicada, **siendo así que resulta ineficaz toda prueba obtenida violentando los derechos y libertades fundamentales**; en este caso, contemplados en los preceptos constitucionales 17.1 y 24.2.

---

<sup>2</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. Asimismo pone de relieve las estrechas relaciones existentes, entre los valores citados, DIAZ, E, Estado de Derecho y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1988, pp 40-42; PEREZ TREMPES, P, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid 1997, pp 106-140.

<sup>3</sup> Como podrá observarse, no existe un gran número Sentencias del Tribunal Supremo sobre la discriminación entre los extranjeros, debido a que las penas que eventualmente se aplican en estos supuestos, no reúnen la gravedad suficiente para llegar hasta dicho Tribunal.

Al respecto, se trataba de agentes de Policía integrados en el Grupo Anti-droga, que realizaban controles en la Estación de autobuses de Oviedo, por tener sospechas de que en el recinto se llevaban a cabo transacciones o entregas relacionadas con el tráfico de drogas **y, al proceder a la identificación de la acusada, por la forma de reaccionar, nerviosismo y no dar explicación satisfactoria de su presencia en la ciudad, fue conducida a la Comisaría con la finalidad de practicar un cacheo, que dio como resultado el hallazgo en el interior de su bolso de dos envoltorios con cocaína de alta concentración.**

Partiendo del conocimiento de tales hechos, la sentencia reconoce **el no ser cuestionable que, en una sociedad democrática, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, pero asimismo, el no tratarse de un valor absoluto.**

Desde la *primera perspectiva*, la sentencia deja claro que *nadie puede ser privado de su libertad*, sino con la observancia de lo establecido en este artículo: «el tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos» [artículo 17.1 de la Constitución Española en relación con el 17.2]; y en los casos y en la forma previstos en la Ley: «cuando existan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presenta caracteres de delito y que se tengan, también bastantes, para creer que la persona tuvo participación en él» (artículo 17.1 en relación con el 492.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pueden añadirse a estas citas legales el artículo 282 de la Ley Procesal y artículo 11.1.f) y g) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que les atribuyen la prevención e investigación de los delitos públicos, sin hacer aplicación del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que regulaba específicamente el punto debatido, pero sin vigencia en el momento de los hechos.

Ahora bien, con referencia *al segundo aspecto, es decir, el carácter no absoluto de tal derecho*, la Sentencia entiende que la medida acordada por la Policía, cumplió con los matices de racionalidad, necesidad y proporcionalidad indicados, y por ello fue correcta desde la perspectiva constitucional y de ley ordinaria; por lo cual, admitir en este supuesto una vulneración del derecho fundamental de la acusada a la libertad, que podría atraer la aplicación del artículo 184 del Código Penal (vigente en esa fecha), no parece ser una conclusión ajustada para un caso, en que la racional sospecha se

tornó en sospecha fundada al hallar en el bolso de la acusada, droga en cantidad significativa.

Consecuentemente, declaró la Sentencia, que **la prueba obtenida lo había sido lícitamente, y la posesión de la droga que ella acredita enervaba la presunción de inocencia de la acusada, y justificaba la calificación delictiva de la sentencia de instancia.**

Ante esta decisión, el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, formuló un Voto particular, respecto de la sentencia recaída, con lo siguientes razonamientos<sup>4</sup>:

1.-Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 25 junio 1986 los derechos fundamentales constituyen la parte esencial de la Constitución en cuanto sometidos en su hermenéutica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948 (ApNDL 3626) y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2) y gozan de superprotección procesal por las vías del amparo jurisdiccional y del constitucional (artículo 53.2).

La libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico y encuentra la específica plasmación de una de sus acepciones en el artículo 17 de la Constitución que en su apartado 1 establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. La norma jurídica que desarrolla y complementa el precepto constitucional mencionado, se encuentra en la parte de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula la detención. El texto procesal penal reafirma este criterio y dispone en el artículo 489 que ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriban las leyes. Entrando en detalle, el artículo 492 desarrolla los supuestos en que la autoridad o agente de la policía tiene la obligación de detener, y enumera una serie de casos que justifican la detención para terminar afirmando, que **cuando no existe procesamiento previo, delito flagrante o mandamiento de prisión, es necesario que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga, también bastantes, para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él (artículo 492.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).**

**Resulta claro que la acusada no observaba ninguna actitud especialmente llamativa, y que la única razón aportada para su detención -según el hecho probado-, fue la de encontrarse en la Estación de autobuses y no dar, como ya se ha dicho, explicación satisfactoria sobre su estancia en la ciudad.**

**La acusada fue detenida y trasladada a Comisaría donde fue cacheada, encontrándose la droga en un bolso que portaba.** La propia sentencia recurrida reconoce que nos encontramos ante un supuesto de detención ya que, citando una conocida doctrina del Tribunal Constitucional, **no pueden encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad**, pudiendo producirse incluso la detención en el

---

<sup>4</sup> La tipografía en negrita es nuestra.

curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona. **La cuestión se reduce, por tanto, a determinar si la detención ha sido legítimamente practicada** y si existe vulneración de derechos fundamentales que puedan invalidar la prueba obtenida.

2.-La invasión en los derechos fundamentales de la persona realizada en el curso de una investigación de hechos delictivos, tiene que practicarse en virtud de indicios fundados y racionales para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y no cabe basarla en meras sospechas o conjeturas, debiendo exigirse racionalidad en la noticia y probabilidad de su existencia, sin que sea una indicación adecuada para llevar a cabo una actividad selectiva el hecho de que una persona se encuentre en una estación de autobuses. Esta doctrina se desprende de alguna resolución de esta Sala, y más concretamente, del Auto de 18 junio 1992 (RJ 1992\6102) dictado en materia de escuchas telefónicas, pero que es extensible a toda clase de derechos y libertades de la persona.

3.-La interpretación favorable a la libertad de la persona encuentra su apoyo además, en los textos internacionales suscritos y ratificados por España. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 9 establece que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977\893 y ApNDL 3630) refuerza esta declaración al establecer que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria exigiendo que estas decisiones se ajusten a las previsiones establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

En el área regional más cercana a nuestra estructura constitucional el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) comienza afirmando en su artículo 5 que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley. Entre los casos previstos figuran aquellos en que haya sentencia o resolución judicial previa. También se extiende la posibilidad de detención a los supuestos en que existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedir que se cometa una infracción o se huya después de haberla cometido. En todo caso y según el artículo 17 del mismo Convenio, ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que atribuyan a un Estado, grupo o individuo el derecho a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio, o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece como criterio general que todas las excepciones establecidas con relación a las detenciones deben interpretarse restrictivamente (Sentencia de 6 noviembre 1980, Caso Guardi). En materia de libertad no caben las restricciones genéricas derivadas de las necesidades de una sociedad democrática porque el Convenio las excluye expresamente al eliminarlas de la redacción del artículo 5 en contraste con otros numerosos artículos en los que se regulan diferentes derechos individuales y en los que se limitan su ámbito y **se permiten injerencias fundadas en la necesidad de satisfacer determinados fines, compatibles con la esencia de una convivencia democrática.**

La sentencia recurrida justifica su decisión amparándose en la existencia de otras posibilidades de detención fuera de los casos de sospecha racional de haberse cometido un hecho delictivo, y cita como ejemplos las previstas en materia de extranjeros, extradición y enajenados. En relación con la detención de extranjeros prevista en la Ley de Extranjería (RCL 1985\1591 y ApNDL 5093) sólo puede justificarse en los supuestos establecidos en el artículo 26.1 apartados a), c) y f) y exige la incoación previa de un

expediente de expulsión. En los supuestos de extradición, que también cita la sentencia recurrida, exige como presupuesto la existencia de expediente de extradición. Lo mismo sucede en los casos de internamiento de enajenados que necesitan para su validez de una previa demostración del estado mental de la persona que se pretende detener.

**4. Como ponen de relieve las Sentencias del Tribunal Constitucional -107/1985 (RTC 1985\107) y 22/1988 (RTC 1988\22)-, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no pueden proceder, discrecionalmente a retener transitoriamente a cualquier persona en el curso de una actividad preventiva o de indagación sobre hechos delictivos. Para proceder a la limitación de la libertad deambulatoria de una persona la decisión que se adopte debe estar firmemente asentada en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. La Ley Orgánica reguladora del funcionamiento de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de 13 marzo 1986 en su artículo 5.2 consagra la prescripción de cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria, imponiendo que todas las actuaciones se acomoden a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.**

**Los funcionarios policiales no pueden paralizar la actividad cotidiana del ciudadano basándose en arbitrarias e infundadas valoraciones de la realidad circundante. En una sociedad democrática, la libertad de deambulación, que constituye un derecho de las personas, no puede ser considerada como una prenda entregada a la entera disponibilidad de los mecanismos de actuación policiales.**

Con esta doctrina no se trata de dificultar la necesaria y encomiable actuación policial contra el tráfico de drogas, sino de encauzarla por las líneas que imponen los principios constitucionales. **Por lo expuesto el motivo debió ser estimado.**

Por mi parte, debo decir que comparto en su integridad el Voto particular, en base a las razones expuestas por su autor, y a las cuales me remito.

Como corolario de lo expuesto<sup>5</sup> sobre la identidad de este Principio, puede decirse 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>6</sup>; pues la igualdad es, en suma, el principio que **proclama la identidad en los seres humanos, pese a sus diferencias de todo tipo.**

---

<sup>5</sup> Vid al respecto, mis trabajos: “Los delitos de discriminación en el Código Penal español” (*Libro Homenaje a Excmo Sr. D. Luis Portero García*). Universidad de Granada.2000. pp 250 y ss; “Discriminación penal y Estado de Derecho” (*Libro Homenaje al Prof. Dr.D. Manuel Cobo del Rosal*). En prensa.

<sup>6</sup> REQUEJO Y COLL,F. “Igualdad y valores morales en la postmodernidad política”, en *Problemas actuales....*, cit, p.179.

Si se acepta en este sentido, es entonces, cuando en verdad la Igualdad representa **el valor del respeto y la dignidad humana**<sup>7</sup>; **todo lo cual se hace particularmente presente en el tema de la discriminación sobre los extranjeros.**

Nuestra **Constitución** le otorga, al reconocerlo en el artículo 14, la naturaleza de derecho fundamental, como expresamente dispone el artículo 53.2 de la misma, al par que, en razón de su importancia, lo eleva a “valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, por el Título Primero, artículo 1.

Desde una perspectiva de realismo adecuado, y sin detrimento del deber inherente a los poderes públicos, de procurar la igualdad real de los ciudadanos, contenido en el art. 9, este principio supone el derecho 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.**

No obstante, y como nota característica, debe señalarse que la petición de tratamiento igualitario”, especialmente cuando la igualdad es invocada no solo de manera formal, sino que además existe, a través de ella, una pretensión de ejercicio de derechos, motivó, en su momento, la advertencia hecha por el Tribunal Constitucional, y dirigida especialmente a ciudadanos extranjeros, si bien por extensión aplicable a cualquier otro ciudadano, relativa a que: **”Quien pretende ser amparado en el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento español le concede, ha de satisfacer también las obligaciones que de él dimanar” (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 21-Diciembre-1984)**<sup>8</sup>.

A su respecto, un ejemplo especialmente adecuado sobre lo que la sentencia constitucional observa, y que resulta enteramente compatible, tanto en su contenido como en su fundamentación, viene a ser la **Sentencia del Tribunal Supremo núm.**

---

<sup>7</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.

<sup>8</sup> Ello supone, entre otras cosas, respetar y observar las leyes y costumbres españolas. De ahí que, a modo de ejemplo, el que el imam de Fuengirola, extranjero, edite un libro sobre como golpear a las mujeres sin dejar huellas de la violencia ejercida, y cuya publicación de antemano había sido reprobada por las autoridades españolas, inmersas en ese momento, como lo siguen estando, y lo está el pueblo español -prueba evidente, es la reciente Ley Orgánica Integral de Violencia contra la Mujer (LOMPIVG)- en la lucha contra la violencia femenina, contradicen severamente el respeto debido al país de acogida, lo que no debe ser permitido, y de hecho no lo fue, por cuanto se sancionó penalmente al imam.

**2027/1994, de 22 noviembre**, en la cual dicho Tribunal critica, que el recurrente esgrima una vulneración constitucional, en este caso el artículo 14 de la Constitución (en relación con el número 1 del artículo 13 que hace extensibles a los extranjeros las garantías), en cuanto que lo alegado fué que había sido objeto de discriminación por razón de raza, suponiendo, sin mayores fundamentos, que su coche fue detenido y su identificación gestionada, **por el hecho de ser de raza negra.**

Puntualiza la sentencia, que tal conjetura carecía de toda acreditación, pues como manifestaron los policías en atestado y sumario y ratificaron en el juicio oral, se hallaban de servicio en el lugar de la aprehensión, porque en él se realizaban transacciones de droga, y vieron que el acusado circulaba muy despacio y observando minuciosamente a los transeúntes como si buscara a alguien en concreto, por lo que, relacionándolo con lo anterior, les infundió sospechas que motivaron su identificación, y el hallazgo de la droga en el coche delante de él, vino a confirmar que las sospechas eran fundadas.

Luego, para nada, explicita correctamente la Sentencia, jugó la discriminación racial, en la que, sin embargo, y a tenor de su comportamiento, incurrió el propio recurrente; pues lo que no se puede pretender, como señala el propio Tribunal, motivando acertadamente su resolución, es que al amparo de los artículos 13 y 14 de la Constitución, los extranjeros, y en concreto los de raza negra, vayan a disfrutar de impunidad para el tráfico de droga, porque los policías, a fin de no incurrir en prácticas discriminatorias, no puedan identificarles por éste o por cualquier otro motivo, como sea simplemente comprobar si cuentan con documentación legal.

En definitiva, de nuevo destaca con absoluta razón el Tribunal Supremo, no existió vulneración del artículo 14, y por ello, el recurso, arbitrario y carente de todo fundamento, fue desestimado, en cuanto se olvida en él, a decir del mismo Tribunal, que **las libertades y garantías constitucionales no son para delinquir impunemente, ni españoles ni extranjeros, cualquiera que sea su raza.**

### III.- TRATAMIENTO PENAL

Con referencia a la segunda parte de este trabajo, dedicada al análisis del tratamiento que la discriminación recibe en el **Código Penal**<sup>9</sup>, debe comenzarse señalando 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; todo lo cual se patentiza de modo especial frente a los extranjeros, por su, a veces, especial vulnerabilidad en este ámbito de la desigualdad ante la ley.

Y es desde la perspectiva señalada, que pretendo exponer y valorar la presencia del principio de igualdad, a través del arsenal punitivo contra la discriminación practicada en un círculo de relaciones sociales, inmediato a la persona.

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.

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*<sup>10</sup>; presentando especial relevancia, en el caso de los extranjeros, la raza, la etnia y el origen nacional, así como dentro del apartado “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, puede señalarse la precariedad de medios culturales, y sobre todo económicos.

Al respecto, debe hacerse constar que en las descripciones típicas relativas al tema, no se menciona expresamente este último apartado, pero una **interpretación extensiva, secundum lege**, la posibilita, no solamente bajo el aspecto negativo de que ignorarlo sería contrario a la Constitución, por transgredir sus artículos 1, 9, 10 y 14, sino porque incluso positivamente, la interpretación de las normas tiene como referente supremo la Constitución misma, y en consecuencia, todas las normas del ordenamiento

---

<sup>9</sup> Vid. asimismo lo dispuesto en la LOMPIVG, artículos 33 y ss, y en la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España, artículo 23.

<sup>10</sup> En el sentido expuesto, resulta de gran interés la definición ofrecida por el artículo 23 de la ya citada Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España.

jurídico, y su correlativa interpretación y ejecución, deben acomodarse a ella. En definitiva, habida cuenta de que como pone de relieve GARCIA-PABLOS DE MOLINA, el principio de Igualdad ante la ley, veda cualquier discriminación, siendo la **dignidad de la persona** el soporte y fundamento de dicha igualdad<sup>11</sup>, omitir su inclusión a la hora de interpretarlas bajo el principio de Igualdad, no sería adecuado constitucionalmente.

Por otra parte, he subrayado el calificativo de “irracional”, ya que si obedeciera a causas racionales, equivocadas o no, no podría considerarse 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.

Y acerca, precisamente, de la necesaria vinculación entre “irracionalidad” y “discriminación”, ya que la desigualdad solamente es discriminatoria, cuando se utiliza irracionalmente contra alguien, así como resulta igualmente necesario el entendimiento de que *la discriminación constituye un atentado contra la dignidad de la persona*, puede verse la muy interesante **Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 20/2003 (Sección 17ª), de 21 enero.**

En su parte dispositiva se condenaba a **JD, como autor penalmente responsable, con respecto a la agresión sufrida por F, de una falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal, con la agravante del artículo 22.4 del citado cuerpo legal.**

El motivo de la condena proviene de que la víctima, F, denunció que el acusado, JD, le golpeó e insultó, llamándole además, "negro de mierda" y "negro, hijo de puta".

Por su parte, el acusado y apelante JD, reconoció que participó en los hechos. Su declaración, como atinadamente observa el Tribunal, “no tiene desperdicio”, pues a decir del inculpado: "Si le llamó "negro de mierda" fue porque era lo más evidente”, como, añade el Tribunal, si fuera bajo o gordo. Al mismo tiempo, el Tribunal recalca que el acusado no entiende como insulto el “llamar negro a alguien que lo es”; y que "no recuerda lo de los "putos negros" aunque iba muy bebido".

---

<sup>11</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Estudios Penales*. Bosch, Barcelona, 1984, p 384, que el principio de igualdad ante la ley, veda cualquier discriminación, siendo la **dignidad de la persona** el soporte y fundamento de dicha igualdad.

Ante tales actuaciones, el Tribunal apreció, con absoluto acierto, “una prueba abrumadora de que el acusado actuó impulsado por el **desprecio irracional que sentía hacia personas cuyo color de piel es distinto de la suya propia**”; pudiendo esto llevarle a creer, se añade en la sentencia, que tales acciones (realizadas habitualmente en grupo, y tras consumir bebidas alcohólicas para darse ánimos, lo que impide apreciar circunstancia atenuante alguna), “constituyen una afirmación de la superioridad de la raza blanca, cuando quienes pertenecen a ella sólo pueden sentir vergüenza e indignación por hechos tan repulsivos”.

**Siendo además** entendible, a decir del Tribunal, que el Ministerio Fiscal hubiera interesado -a la vista del resultado de la prueba- la transformación del procedimiento o la deducción de testimonio, para iniciación de uno independiente, por **posible delito contra la integridad moral, a tenor del artículo 173 del vigente Código Penal**.

Personalmente, y dejando aparte que efectivamente, llamar “negro” a alguien que lo es, en principio, no puede ser ofensivo, por tratarse de un hecho objetivo y en el que no cabe ninguna valoración subjetiva al respecto, comparto enteramente la calificación de los hechos y la aplicación de la agravante, así como la no consideración de la atenuante de realizar los hechos bajo el influjo del consumo de bebidas alcohólicas, que con tan equivocada generosidad suele apreciarse en algunos Tribunales<sup>12</sup>.

Así como hubiera compartido que, dada la transcendencia de la conducta, y las vejaciones a que sometió al denunciante, se le hubiera imputado *también un delito contra la integridad moral, en concurso real con la falta de lesiones, sin la agravante, en este caso, de actuar por motivos racistas*; en cuanto que, entiendo, el mayor contenido de injusto del artículo 173.1, consume las vejaciones e insultos racistas, por lo que la aplicación de la agravante 4ª del artículo 22, lesionaría el principio “non bis in idem”.

Y en la misma dirección de pensamiento, pero en sentido inverso, debe señalarse que impide la cualificación delictiva, la *adecuación social* de ciertas conductas, razonando RODRIGUEZ DEVESA, el no poder considerarse discriminatorio, en sede penalmente antinormativa, ciertas “discriminaciones” comúnmente aceptadas en la vida

---

<sup>12</sup> Vid. las razones, en mi trabajo, “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, en *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Edit. Edersa, Madrid, 2002, pp 584 y ss.

social, por ejemplo, lugares o asociaciones con admisión de personas restringida por diversos factores<sup>13</sup>, como puede serlo un club privado que imponga como criterio de admisión, el que los socios sean españoles, nacidos en España, y de familia asimismo española.

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* reside en 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>14</sup>; y prueba de este interés son, dentro de la globalidad de las medidas antidiscriminatorias en el ordenamiento jurídico español, *su concreción en el ámbito penal, en lo relativo a problemas de extranjería*, a través de los delitos de discriminación, y de las disposiciones recogidas en la citada Ley sobre los extranjeros en España<sup>15</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

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ DEVESA, JM, (J.M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez,) Derecho Penal Español, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1996, p 727.

<sup>14</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, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p 66, sobre la perspectiva institucional y garantista.

<sup>15</sup> En el sentido que expongo, resulta un ejemplo adecuado a seguir, el interés que el Estado español manifiesta en el artículo 67, apartado primero, de la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España, en observar, para su control y erradicación, las tendencias racistas y xenófobas que puedan surgir en el seno de nuestra sociedad.

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 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 tratamiento igualitario de los ciudadanos, y dada su multiplicidad, en esta exposición solamente se resaltarán algunos de sus aspectos más llamativos, entre los que destaca su defectuosa redacción, pues la prolijidad insuficiente de ésta<sup>16</sup>, les convierte, ya desde su concepción formal, en tipicidades confusas, al no estar contenidas nada más que algunas causas discriminatorias mencionadas en la Constitución, faltando en cambio, otros supuestos constitucionalmente señalados.

La objeción que puede derivarse acerca de las causas no mencionadas en los tipos es, que ignoramos si no lo están porque el legislador ha considerado innecesaria, por sobreentendida, su mención explícita en todos los artículos; o porque considera, en cambio, inconveniente su presencia, en cuanto que no deben ser estimadas penalmente relevantes, a efectos discriminatorios.

Lo cual, supone un innecesario escollo, que, a mi juicio, solamente puede ser salvado acudiendo, una vez más, y como antes se dijo, a la interpretación extensiva, si se entiende que falta su mención explícita, pero no su presencia implícita.

En tal sentido, podría haberse obviado el problema, con el mero hecho de sustituir la mención expresa de ciertas causas, por una fórmula genérica y omnicompreensiva, como puede ser: “El que por cualquier causa produzca una discriminación...”, o aun más simplemente: “El que produzca una discriminación...”.

---

<sup>16</sup> Acertadamente tilda su redacción, de "desconsideración del legislador a la debida economía terminológica en la descripción de los preceptos", RODRIGUEZ RAMOS, L, “Discriminación punible”, en *La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, Vol. 2, Edersa, 1985, p 632. Puede parecer un contrasentido hablar de “prolijidad”, y al mismo tiempo de “insuficiencia; pero creo que los razonamientos expuestos para describirlas así, avalan este parecer.

Para facilitar la comprensión de las aportaciones que suponen, voy a comentarlas mediante su previa *clasificación*<sup>17</sup>, a pesar de lo difícil que resulta una sistematización coherente, desde la perspectiva del bien jurídico, por lo disperso y a veces inconexo, de su configuración.

En principio, 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<sup>18</sup>.

Aquí, pueden estimarse incluidas:

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

Ya de por sí, la estructura misma de las conductas mencionadas, hace que resulte perfectamente *advertible, la existencia de grandes dificultades para concretarlas penalmente, 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 –se habla de provocar a un “sentimiento”-*, 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>19</sup>, o bien remodelar su contenido.

---

<sup>17</sup> Siguiendo, en términos generales, la aportada por LAURENZO COPELLO, cit, pp p 227 y ss.

<sup>18</sup> Vid al respecto, por su interés, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España, y en especial los artículos 23, 24, 54 y 67.

<sup>19</sup> En el sentido del texto, proponen su desaparición del Código penal: GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, 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 improcedente de criminalizar tales conductas: BERNAL DEL CASTILLO, J, La discriminación en el Derecho Penal, Comares,

Dichas conductas:

a) Cuando las llevan a cabo sujetos *no asociados para tal finalidad*, estaremos en presencia del *artículo 510, párrafo primero*.

Resulta de particular interés en este ámbito, el **Auto de Audiencia Provincial Vizcaya núm. 741/2003 (Sección 1ª), de 3 noviembre**, porque se somete a consideración en él, **si el vocablo “maketo”, utilizado por los denunciados, sería o no constitutivo de la infracción penal del artículo 510. 1 CP.**

Al respecto, el Tribunal entendió que, aun compartiendo sustancialmente, por un lado, los razonamientos expuestos por el Juzgador «a quo», **en el sentido de rechazar que la mencionada expresión en el programa de fiestas tuviera por finalidad promover la discriminación, el odio o la violencia contra un grupo o asociación, sin embargo no dejaba de tener tintes claramente despectivos, hacia un colectivo ciertamente indeterminado**, y del que incluso según las declaraciones judiciales prestadas por algún imputado, estaría incluido él mismo.

En consecuencia y desde los parámetros anteriormente referidos, la Sala consideró que la palabra “maketo”, que los denunciados insertaron en el Programa de las Fiestas del Barrio de San Vicente de Barakaldo, **no puede ser considerada como integrante de la modalidad delictiva del artículo 510-1º CP, pero sí pudiera ser constitutiva, en su caso, de una falta de las previstas en el artículo 620-2º CP**; por lo cual acordó estimar, en parte, el recurso interpuesto por los denunciados.

A esta calificación, se opuso mediante un Voto particular, la Ilma. Sra. Nekane San Miguel Bergaretxe, en el sentido expuesto a continuación:

---

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*, 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 *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp 1275-1276. Asimismo LLORENTE FERNANDEZ DE LA REGUERA, AJ, en *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, en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tomo II, M. Pons, Madrid, 1997, p 688.

Comparto los argumentos que han llevado a la emisión de la resolución de sobreseimiento y archivo emitida por el Juez de Instrucción, y en relación con el ánimo ofensivo, aspecto que es expresado como motivo por mis compañeras de Sala, para mantener la calificación como falta, si de las diligencias de instrucción practicadas se deduce, como así es, la ausencia de ese ánimo (elemento subjetivo únicamente aprehensible por los datos objetivos del comportamiento en este caso) considero que la prolongación de la tramitación de la causa, existiendo constancia precisa de la ausencia de ese elemento (como adecuadamente ha sido valorado por el emite de la resolución en la instancia) no es acorde con la finalidad de la instrucción, finalizada. Por ello estimo que había de desestimarse íntegramente el recurso presentado.

Personalmente, y para ser coherente con el análisis que he hecho de esta figura delictiva, he de decir que comparto el parecer de la Sala solamente con respecto a la calificación penal de los hechos como constitutivos de injuria, y no de provocación a la discriminación (artículo 510-1º del CP).

Y no la considero incluida en el artículo 510-1º del CP, en cuanto que, desde mi perspectiva, su utilización en las circunstancias descritas, no parece capaz de provocar a algo como el odio (figura esta de la que anteriormente me he manifestado contraria a su acogimiento delictivo, por tanto no puedo ahora alegarla) o a la discriminación (la violencia parece estar fuera de lugar en el supuesto contemplado); pues de existir tales sentimientos y actitudes, claramente se hallarían presentes con anterioridad al empleo de ese término, siendo precisamente su existencia anterior, lo que, posteriormente, se traduce en la utilización del término "maketo", siempre peyorativo, como lo son incluso expresiones de similar aunque menor matiz despectivo, en otras comunidades autónomas; y además, en este caso concreto de un programa de fiestas de barrio, su expresión se hace tanto más inconveniente como inoportuna, lo cual contribuye a resaltar su carácter ofensivo.

Discrepo, en cambio, de calificar la conducta a examen, simplemente como una falta de injurias. Me parece demasiado benigna, ya que utilizar en un programa de fiestas de un barrio, expresiones, de una parte tan innecesarias en ese contexto, y de otras, tan cargada de sentido despectivo, como lo es la palabra "maketo", en el ámbito geográfico, político y social donde se utilizó, según resulta de general conocimiento, no puede por menos que ser considerada tal conducta, constitutiva de delito, y no de simple falta. Ello desde la perspectiva objetiva del tipo.

En añadidura a lo manifestado, y desde la perspectiva subjetiva del tipo, resulta difícil creer que esta palabra, atendidas las circunstancias de forma, lugar y

tiempo en que se realiza, se pueda llevar a cabo con algún elemento subjetivo distinto al de ofender a los destinatarios; primero, porque es sobradamente conocido que tales expresiones siempre se utilizan en sentido despectivo, y en segundo lugar, pensar que existan otros ánimos capaces de desvirtuar dicho elemento subjetivo, tales como jurídicamente se entienden los de bromear, corregir, o informar, en ese contexto específico aludido, resulta todavía más insultante que la utilización misma de la de por sí, insultante palabra “maketo”.

De ahí que prefiera la calificación de delito de injuria, prevista en el artículo 208 y 209 CP, sin la agravante nº 4 del artículo 22 CP -cuya utilización pudiera pensarse factible en principio- por cuanto si el empleo de la expresión “maketo”, en este contexto se califica de delito, en vez de falta, y si esa misma expresión, se considera además constitutiva de una agravante, entiendo que lesionaría con ello el principio “non bis in idem”.

Con referencia al Voto particular, me parece técnicamente correcto. Siempre entendiéndolo, obviamente, desde la perspectiva muy personal de quien lo formula. Fuera de ella, y en razón de los argumentos que he señalado anteriormente, es difícil compartirlo, tanto más que como he expresado, la calificación de la Sala, ya de por sí me resulta demasiado benigna.

b) En relación con el apartado anterior, 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, me parece tan interesante como correcta en el análisis de las situaciones fácticas y en las conclusiones jurídicas inferidas, en cuanto que, adecuadamente, no estimó la presencia de esta figura delictiva, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1477/1998, de 27 noviembre.**

En ella se relata que en la ciudad de Astorga, en el barrio denominado P d R, calle del C, sin número, se instalaron cuatro familias de raza gitana, nacionalidad portuguesa y un número de personas, entre adultos y niños, de 20 a 25, de los cuales algunos habían adquirido la nacionalidad española, y otros o algunos de los mismos trabajaban o vivían de una pensión; pero la mayoría no disponían de medios de vida, lo

cual, en primer lugar y a causa de la falta total de medidas de higiene, además de poder ser causa de posibles enfermedades y extrema suciedad, daba lugar a que parte de los integrantes del referido colectivo vagabundearan por las calles, ejercieran la mendicidad y cometieran pequeños robos y hurtos, causando molestias e inseguridad a los vecinos del barrio.

Tal situación dio lugar a que los acusados **F, G. y M A**, como directivos de una Asociación de Vecinos del barrio, no constituida para este fin, comenzaran a realizar gestiones ante organismos y autoridades nacionales, comunitarias, provinciales y locales, así como ante otras entidades privadas con fines sociales, para que se les desalojara del edificio donde habitaban, y se les proporcionara otro alojamiento adecuado, pero sin pretender se les expulsara de la ciudad de Astorga.

Y como sus gestiones no eran atendidas y la situación se prolongaba, sin ejecutar acto de violencia, intimidación u otra análoga personalmente frente a los extranjeros, decidieron convocar una manifestación, solicitando ayuda y cooperación del resto de los vecinos, para que las referidas autoridades y entidades actuaran, para lo cual repartieron octavillas en las cuales se hacía constar que estaban cansados de que en Astorga se protegiera, por parte de las entidades y autoridades, la vagancia, la suciedad, la falta de respeto, los robos, los altercados y la ebriedad. Advirtiendo además a otras personas, que lo que los perjudicados en ese momento soportaban junto a sus casas, lo podrían tener también ellos cualquier día.

**En base a los hechos relatados**, la sentencia anterior, recurrida, **absolvió a F, a M A, y G, del delito de asociación ilícita**, por el que habían sido acusados por Simón L. Q., en relación a las protestas de la citada Asociación de Vecinos, de la que los tres acusados eran directivos.

El querellante mantuvo que la actuación de esa Asociación y de sus dirigentes, que llegaron a convocar una manifestación en una plaza del pueblo, estuvo movida por la intención de expulsar a tales familias de la localidad, por razones racistas y xenófobas; lo que negó la Audiencia Provincial y por eso absolvió a los inculpados, siguiendo los argumentos al respecto del Ministerio Fiscal y la defensa de los acusados, opuestos a la existencia del delito de asociación ilícita, del entonces vigente artículo 173.1.º y 4.º (actuales 513 y 514); pues, la citada Asociación de Vecinos, **ni tuvo por objeto la**

**realización de ningún delito, ni tampoco promovió nunca tal comisión ni la discriminación racial, ni en sus actuaciones incitó a acto alguno contra personas por razón de su etnia o de su procedencia como grupo social.**

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, la raza, y a una larga serie de motivos discriminadores.

Con referencia a esta agravante, son de gran interés las siguientes sentencias, que la aplican a los hechos delictivos realizados, y cuya imputación comparto, a tenor de las conductas realizadas y móviles que impulsaban a los autores:

**a) Sentencia Audiencia Provincial Murcia núm. 36/2002 (Sección 3ª), de 20 diciembre.**

En ella se califican los hechos como constitutivos de un delito de incendio del artículo 351-1º, último inciso del Código Penal, en concurso ideal del artículo 77, con una falta de lesiones del artículo 617-1º del mismo texto legal, con la **conurrencia de la circunstancia agravante del artículo 22-4º CP (motivos racistas)**; siendo penalmente responsables de los hechos, G como autor, y S como cómplice (éste únicamente en cuanto al delito de incendio).

Tales calificaciones proceden de que G, se encontraba en la cafetería "XXX", ingiriendo bebidas alcohólicas, en cantidad no concretada, lo que no afectó a sus facultades intelectivas y volitivas, y sobre las 2,30 horas de la madrugada, cuando abandonó el local, **propuso a los menores que le acompañaban, desplazarse a la vivienda sita en el Camino de V E(Lorca), donde habitaban una veintena de súbditos marroquíes y prenderles fuego con artefactos incendiarios, que elaborarían previamente, con la única finalidad de asustarles y que se marcharan de la zona, donde aquellos tenían su residencia.**

Seguidamente G, cogió de su domicilio una garrafa de plástico de ocho litros de capacidad llenándola con gasolina que adquirió en la Estación de Servicio "VVV",

desde donde llamó a S, a quien **comunicó que iba a ir a quemar a los moros para pegarles un susto** (lo que ya había planeado en ocasiones anteriores sin decidirse a hacerlo), por lo que S se personó en la gasolinera, en su vehículo, desplazándose hasta la vivienda de G, donde éste preparó dos artefactos incendiarios, tipo cóctel "molotov", observando S como los elaboraba, y advirtiéndole que su participación se limitaría a trasladarle al lugar y recogerle una vez que hubiera lanzado los botes, como así lo hizo; *si bien comprobando ambos, al acercarse a la vivienda de los inmigrantes, que estaban las ventanas abiertas, las persianas subidas, y luces en las habitaciones, por lo que la presencia de personas en ella, se hizo evidente para los inculpados.*

Posteriormente G, y tras ausentarse S, esperó a que las luces de la vivienda se apagaran, y cuando presumió que los inmigrantes dormían, lanzó los artefactos incendiarios. A continuación llamó a S, quien se personó para recogerlo, y tras pasar por delante de la vivienda de las víctimas, a fin de comprobar las consecuencias de su acción, lo dejó en su domicilio, según dice la Sentencia.

Por mi parte, comparto la calificación delictiva para ambos responsables, dadas las particularidades del caso concreto.

No obstante, cabe preguntarse, con respecto a S, declarado solamente cómplice en el delito de incendio, si debió ser declarado también autor en comisión por omisión de la falta de lesiones, pues sabiendo, como sabía, la importancia de la conducta incendiaria que G iba a realizar, y siendo como eran conocidas por él las circunstancias en que se iba a desarrollar, resultaba previsible y evitable, desde su perspectiva, que se pudieran producir desgracias personales para las víctimas, como efectivamente ocurrió, y siendo el azar, que no su conducta, lo que evitó males mayores.

Ante lo dicho, entiendo que no basta para eludir la propia responsabilidad, debido a su injerencia en los hechos acaecidos, y por la cual él mismo se situó en ellos -salvo que los sucesos rebasen el ámbito de lo predecible, y por tanto esperable, y además evitable-, con que la persona en quien recaen estas características de previsibilidad y evitabilidad acerca del resultado al que contribuye, se autoexonere luego de mayores responsabilidades, diciendo que su comportamiento solamente llegará hasta un cierto límite, habida cuenta que ese límite no puede él controlarlo en su totalidad, y a su voluntad, en situaciones como las que nos ocupan, una vez puesto en marcha por él

mismo; pero sí es en cambio el resultado, previsible, y sobre todo, evitable por su parte, y ante cuya elusión nada hace, salvo retirarse del lugar de los hechos, para desentenderse de lo que pueda acaecer, y no le convenga que le responsabilicen, pero a lo que nada es ajeno.

Tal vez, por las razones expresadas, la calificación recaída en S, debió ser más severa. No obstante, antes lo dije, es aceptable la que se le impuso.

**b) Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 20/2003 (Sección 17ª), de 21 enero**

En dicha resolución, ya comentada con anterioridad, al tratar el tema de la “irracionalidad” que suponen las conductas discriminatorias, se narra que cuando la víctima, F, se encontraba con otros amigos, en la calle R C de Majadahonda, **se les acercó un grupo de personas, entre las que se encontraba JD, las cuales, tras pedirles tabaco y contestar los primeros que no tenían, comenzaron a insultar y pegar a F, causándole las lesiones que** figuran en el parte médico que consta en las actuaciones y de las que tardó en curar cuatro días.

Al día siguiente, cuando la misma víctima, F, salía del restaurante “GGG” donde trabaja, sito en la calle R C, para cambiar su coche de sitio, apareció **L, el cual comenzó a insultarle y pegarle. A continuación aparecieron más chicos, entre los que se encontraba de nuevo JD, los cuales también le pegaron produciéndole las lesiones** que figuran en el parte médico que constan en las actuaciones y de la que tardó en curar 16 días.

Por estos comportamientos, se condenó a **JD como autor penalmente responsable, de la primera agresión sufrida por F, de una falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal, con la agravante del artículo 22.4 del citado cuerpo legal**, a la pena de dos meses de multa, con una cuota diaria de doscientas pesetas, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.1 del Código Penal, así como a que indemnizara a F, por las lesiones sufridas en la cantidad de 40.000 pesetas.

Y en cuanto a la **segunda agresión, en la que también participó L, se les condenó como autores penalmente responsables de una falta de lesiones del**

**artículo 617.1 del Código Penal, con la agravante del artículo 22.4 del citado cuerpo legal.**

En el relato de los hechos de la segunda agresión, la víctima afirmó que **JD fue el primero que lo golpeó e insultó. Refirió asimismo que le llamó "negro de mierda" y "negro, hijo de puta", corroborando otra persona estas manifestaciones del perjudicado, así como que la agresión iniciada por JD, fue luego secundada por varias personas.**

**Con respecto al segundo imputado, la víctima aseguró que, aun cuando fue inicialmente agredido por L, quien le insultó llamándolo "negro cabrón", "negro, hijo de puta", posteriormente también intervino JD, y le golpeó igualmente, según se dijo antes.**

El testimonio del agresor principal, JD, resulta de gran interés para el tema objeto de este trabajo, **pues solamente reconoció su participación en los primeros hechos, presentando los segundos como una pelea, en donde, a su decir, si llamó a la víctima "negro de mierda", fue por ser evidente, no constituyendo esto ningún insulto, en cuanto que la víctima era efectivamente negra.**

Adujo además, que la pelea fue motivada por un incidente anterior, al cual describe como una reacción defensiva frente a la actitud amenazadora de la víctima, y causada por una subida ingesta de bebidas alcohólicas, que le hace "olvidar" que **también profirió insultos contra los "putos negros", en general, y no solamente contra la víctima.**

Esta versión de descargo "coincide malamente", dice la sentencia, con el testimonio de X, Y y N, que dan otra, muy distinta, de lo sucedido, y a favor de la víctima F, de quien dijeron fue agredido por un grupo de personas, entre las que las que se encontraba JD. **Estos testigos relataron, asimismo, insultos de tinte racista, como: "negro de mierda" y "puto negro".**

Para mayor indignidad, resta todavía un último testimonio, al que la sentencia califica de "muy ilustrativo del talante del recurrente y de sus compañeros", por cuanto el agente de la Guardia Civil que acudió en una de las reyertas, refiere que fue recibido por el grupo de agresores con este comentario: **"¡Vaya Guardia Civil, que defienden a los**

**negros antes que a nosotros!"**, insinuándole, además, que un coronel (se supone conocido por alguno de los agresores), le iba a quitar el uniforme.

De ahí, señala la sentencia, que alegar por la defensa del inculpado, con estos antecedentes, no estar probado que el agresor JD hubiera participado en ambas agresiones, movido por prejuicios racistas, "sólo puede explicarse como un desesperado intento de proporcionar algún fundamento al recurso interpuesto".

Todo lo cual comparto plenamente, como comparto asimismo las decisiones del Tribunal que motivaron la siguiente sentencia.

### **c) Sentencia Audiencia Provincial Huelva núm. 278/2004 (Sección 3ª), de 16 noviembre**

Resultan en ella especialmente interesantes varios aspectos a tener en cuenta, por cuanto se dan, claramente, algunos de los trazos principales, que a mi entender, caracterizan la realización de estas conductas. A saber:

\*Los implicados son, de por sí, personas **violentas, o con tendencia a comportarse, de forma violenta**. En la sentencia se indica que el recurrente LP, uno de los autores, había sido condenado, con anterioridad, por un delito de robo con violencia, a la pena de siete meses de prisión.

\*Actúan **por motivos o impulsos irracionales, de carácter xenófobo**, como en el caso citado en la sentencia, **o cualesquiera otros de contenido discriminatorio**; muy a menudo, señalo por mi parte, tan disgregados de la realidad, que ni siquiera saben o pueden explicarlos, de forma mínimamente entendible o coherente, ante otras personas. Ver a este respecto, el conjunto de hechos probados.

\***Falta de dignidad y valentía personal**. Por eso casi nunca actúan individualmente, salvo que su superioridad física, laboral, o psicológica, sobre la víctima, les resulte patente. En la sentencia se dice que el autor principal, **en unión de otras personas no identificadas, puestos de común acuerdo y actuando conjuntamente**, se dirigieron a la zona de la Estación de autobuses, y después de haber observado que en un pasillo de entrada a dicha estación, en la calle, se encontraban **durmiendo** tres ciudadanos marroquíes llamados E, JI y D, **se armaron de palos como bates de**

**béisbol y de navajas, colocándose en la cara unos pasamontañas que les permitía no ser identificados, tras lo cual, de forma súbita e inesperada,** con la intención de causar la muerte de dichas personas, comenzaron a dar fuertes golpes a los tres marroquíes, quienes se vieron sorprendidos al encontrarse dormidos, no pudiendo hacer más que poner los brazos por delante para tratar de parar los golpes que les propinaban los cuatro procesados, los cuales golpearon de forma tan violenta con los palos en la cabeza de E que le causaron lesiones consistentes en traumatismo craneo-encefálico, graves fracturas craneales y hemorragia cerebral, a consecuencia de las cuales falleció al siguiente día.

También a consecuencia de los golpes propinados, los otros dos marroquíes no fallecieron, pero resultaron con lesiones graves.

\*En cuanto a la correcta aplicación de esta circunstancia, hace hincapié la sentencia, que **la agravante** de cometer el delito por motivos racistas, o cualesquiera otros discriminatorios, como tal agravante **es necesario probarla, al igual que el hecho mismo.** Y así se deduce, dice la sentencia, de la declaración del autor LP, referente a que le propusieron la acción, **para agredir** a los marroquíes que se encontrasen en la Estación de autobuses. Se trata, en definitiva, añade acertadamente, de **un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico, de actuar procesalmente con alguna de las motivaciones a que el artículo 22. 4º, hace referencia.**

También en la siguiente sentencia, igualmente interesante, son apreciables las características antecitadas:

#### **d) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 364/2003, de 13 marzo**

Se relata en ella, que los acusados G L. M., C R. P., FJ F. V. y MC B. G., se encontraban en la calle donde también estaba Mohamed Abdel M., de nacionalidad egipcia, que estaba vendiendo flores por los bares de la zona y a los transeúntes, **y puestos de común acuerdo los cuatro acusados,** C y MC se acercaron a Mohamed Abdel M., momento en que MC preguntó que de dónde era, contestándole Mohamed que egipcio, ante lo que éste **le dijo "moro de mierda",** respondiendo Mohamed que le dejaran trabajar, momento en que **C le tiró la lata donde Mohamed llevaba las flores y**

**le dio una patada en los testículos, al tiempo que le decía "vete a trabajar a tu país".**

Mohamed pidió auxilio, pero **los cuatro acusados se dirigieron a un contenedor y cogieron palos** de madera, uno de ellos de unos cincuenta centímetros de longitud y con dos clavos en uno de sus extremos, y una barra de hierro cuadrada de unos ochenta y cinco centímetros de longitud. Concretamente FJ, C y MC cogieron cada uno de ellos un palo y G la barra de hierro, **y se dirigieron todos juntos hacia Mohamed**, que salió corriendo, momento en que el dueño de un bar próximo salió a la calle y abriendo sus brazos trató de parar a los acusados para evitar que agredieran a Mohamed, haciendo caso en un primer momento FJ, pero una de las acusadas dijo "esto no va a quedar así", ante lo que los cuatro acusados evitaron al dueño del bar, y **siguieron corriendo detrás de Mohamed, al grito de "al moro, al moro"**, y cuando le alcanzaron, **G le dio a Mohamed, totalmente indefenso y de espaldas, dos fuertes golpes con la barra de hierro en la cabeza, al tiempo que los otros tres acusados rodeaban a Mohamed e impedían que la gente que pasaba por el lugar le socorrieran.**

**Mohamed quedó tumbado en la puerta del bar L F, momento en que G dijo "el moro ya está muerto"**, y en ese instante apareció un Policía Nacional fuera de servicio, que al ver los hechos sacó su placa policial, gritando "Policía", al tiempo que sacaba su arma reglamentaria, ante lo que los acusados salieron corriendo, tiraron los palos y barra de hierro y se metieron en el bar EEE, donde fueron detenidos por el agente fuera de servicio y una dotación policial que había sido avisada, la cual encontró en la calle, el palo de madera de unos cincuenta centímetros de longitud y con dos clavos en uno de sus extremos, y la barra de hierro cuadrada de unos ochenta y cinco centímetros de longitud, pero no así los otros dos palos de madera.

A consecuencia de estos hechos, Mohamed Abdel M. sufrió unas lesiones que tardaron en curar ciento diecinueve días, de los que quince días estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, precisando periódicas asistencias médicas así como tratamiento médico, habiéndole quedado como secuelas cefaleas ocasionales, y reacción depresiva, mejorables con tratamiento sintomático.

La Audiencia de Instancia, condenó a G L. M., C R. P., FJ F. V. y MC B. G., **como responsables, en concepto de autores, de un delito de lesiones**, con la concurrencia en todos los acusados, **de la agravante de actuar por motivos racistas**, cuya indebida aplicación, a decir de los acusados, motivó el recurso; el cual se desestima por el Tribunal Supremo, en base a **la naturaleza del motivo**.

A este respecto, se razona por el citado Tribunal, que la Sala de Instancia sitúa el uso de la **expresión “moro de mierda”**, dirigida por la acusada B. G. al luego lesionado, en el inicio del incidente, el cual se prolongó, de inmediato, en la acción de la otra acusada, consistente en tirar al suelo las flores que vendía, y al tiempo, recibiendo, de la misma, una patada en los testículos. **Después, la persecución se llevó a cabo a gritos de “al moro, al moro”**. Todo, mientras el acosado se limitaba a adoptar una actitud meramente defensiva.

Así las cosas, continúa muy acertadamente la sentencia que comentamos, **“dado el uso de aquellas expresiones y la absoluta gratuidad de la agresión, la inferencia consistente en atribuirle como único fundamento la particularidad racial de la víctima, no sólo no puede considerarse arbitraria, sino que está dotada de plena racionalidad”**.

En cambio, **no se apreció esta circunstancia**, por resultar insuficientemente probada, lo que evidentemente ha de ser compartido, en la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1125/2001, de 12 julio**

Se expone en ella que en determinada fecha, la dotación del Cuerpo de Policía Local de Vigo, compuesta por los acusados C A. B. y JM P. R., se encontraba patrullando a pie, por el Paseo de la concurrida Playa de Samil, en función de detección de venta ambulante prohibida sin oportuna autorización, bajo el mando directo mediante radio del cabo de zona, A V. T.

En tal vicisitud, ambos funcionarios se dirigieron verbalmente al súbdito senegalés Mamd K. Presente en un grupo de vendedores ambulantes, los cuales, al sentir la presencia policial, introdujeron la mercancía en una caja, que luego guardaron en un coche próximo. A continuación los Agentes requirieron de documentación al

antedicho, quien les mostró permiso de trabajo y residencia a su nombre, **correctamente legalizado y en vigor**, en el que figuraba lugar y fecha de nacimiento, filiación, domicilio en la calle F, núm. ..., de Pontevedra, y números de expediente laboral y registro de residencia, con respectivos sellos y firmas de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Gobierno Civil de Pontevedra, junto con huella dactilar y foto sellada por el Ministerio de Trabajo. **Dicho permiso acreditó, que la víctima, con 29 años de edad, venía dedicándose a la venta ambulante, habiendo tributado por el impuesto de Actividades Económicas, y estando inscrito en la Seguridad Social, con número de afiliación VVV.**

Pero, a la vista de que la dirección de la calle F, no correspondía realmente a la ciudad de Pontevedra, los Agentes resolvieron el traslado del requerido a Comisaría, para terminar de verificar la identificación, a lo que de principio se opuso verbalmente el anterior, para después -a la presencia de un grupo de no menos de 50 personas que se arremolinaron, entre las que se encontraban V. y MA, ambas conocidas del requerido debido a sus labores en Cáritas-, introducirse en el vehículo policial llamado al efecto, conducido y copilotado, respectivamente, por los también funcionarios del Cuerpo de Policía Local, aquí coacusados, S F. E. y E F. B., de forma que, en tanto los mismos ocupaban los asientos delanteros, Mamd se sentó en la parte trasera entre los Agentes C y JM.

Desde Samil, el coche policial se dirigió hacia el Centro de la Ciudad, pero, pasado el Colegio AD, **obrando de consuno los cuatro policías, se desviaron a la derecha, dirigiéndose, en trayectoria completamente opuesta a la correspondiente a la Comisaría**, hasta la zona del monte, alejada y aislada, **donde detuvieron el coche y salieron del mismo varios funcionarios, desatendiendo los ruegos del conducido para que fuera llevado realmente a Comisaría**, situación en la que el coche policial fue avistado por el conductor T, ajeno a los intervinientes antedichos.

Después de un tiempo, **y tras un intercambio de impresiones entre los cuatro Agentes, éstos decidieron dirigirse por fin a Comisaría**, donde se llevó a cabo, a las 19,15 horas, diligencia de identificación documentada en Libro.

Sin embargo, a juicio del Tribunal **no resultó suficientemente probado que, en el curso del narrado actuar policial, los acusados dirigieron al denunciante**

**insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional. Y, en particular, que el acusado JM P. profiriera en el interior del coche policial las expresiones "jilipollas", "hijo de puta" o "el dueño de España tiene la culpa, teníais que marcharos todos y mataros entre vuestras tribus"; por lo que, no habiendo prueba irrefutable de lo anteriormente citado, adecuadamente, a mi entender, se condenó a los acusados JM P. R., C A. B., S F. E. y E F. B, como autores responsables de un delito de **detención ilegal, sin apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.****

**B) Con referencia al SEGUNDO grupo en la clasificación de infracciones discriminatorias, se han encuadrado en él aquellos comportamientos que implican una mayor proximidad y efectividad para lesionar el bien jurídico propuesto<sup>20</sup>:**

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

Por disposición legal, “el particular” ha de ser una persona *física*, pues el legislador se ha mantenido ajeno a la opción político-criminal de aplicar alguna de las penas recogidas en el artículo 129 del Código penal, correspondientes al supuesto de que el autor de este delito fuese una persona jurídica.

Ello, obviamente, en tanto en cuanto se admita que *las personas jurídicas sí pueden incurrir en responsabilidad penal propia*, según expone ZUGALDIA ESPINAR, como representante de un sector doctrinal partidario de la teoría “societas delinquere potest”, señalando al respecto 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

---

<sup>20</sup> Por su especial relación e interés con las conductas delictivas descritas en este grupo, vid. los artículos 23.2 a) y b), 24, 54.1 c) y 67, de la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España.

culpabilidad “tomada prestada” de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica<sup>21</sup>; opinión que comparto plenamente.

*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 escolar extranjero, por este motivo, prestaciones de la enseñanza general básica, que dada su situación personal, tiene derecho a recibir* <sup>22</sup>.

Al respecto, estimo con CARBONELL MATEU, 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* <sup>23</sup>.

En este ámbito, puede producirse un *concurso de normas entre el artículo 542* (anteriormente al CP 1995, descrito en el artículo 194), relativo al impedimento por funcionarios públicos, de los derechos cívicos reconocidos a la persona en el ordenamiento jurídico, *y el artículo 511, 3º*, que comentamos. Su solución, considero, vendría dada por el criterio de “*especialidad*”, en cuanto que si resulta afectada *concretamente la igualdad de trato ante la ley*, por los funcionarios, habrá de estarse a lo previsto en el artículo relativo a la discriminación punible, 511, 3º, mientras que si se trata de impedir otros derechos cívicos, si bien *no tutelados específicamente en otras normas penales*, deberá acudir al artículo 542.

Un ejemplo de lo manifestado, utilizando correctamente el entonces vigente artículo 194, lo constituye la **Sentencia Tribunal Supremo núm. 100/1995, de 17 octubre**, de gran interés por la problemática que contempla, de hondos y sensibles repercusiones en el ámbito de los derechos y libertades de los extranjeros, como resulta ser el **derecho de asilo**.

En dicha sentencia, de manera tan elegante como jurídicamente correcta, se pone de manifiesto el ser característico de un Estado de Derecho, el que los derechos

---

<sup>21</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J.M, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas” *Cuadernos de Política Criminal*, Núm.53.-Madrid, 1994, pp. 620-627.

<sup>22</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>23</sup> CARBONELL MATEU, JC, “Observaciones en torno al Proyecto de Ley sobre la Reforma del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n 5, 1978, p 1288. En el mismo sentido, CALDERON CERESO, A/CHOCLAN MONTALVO, JA, Código penal comentado, Deusto-Datadiar, 2004, p 1030.

cívicos no sólo se reconozcan teóricamente, sino que existan garantías para su ejercicio; pues el mero reconocimiento de estos derechos, quedaría vacío de contenido, si no se estableciese, de manera expresa, la sanción de los funcionarios y autoridades que abusando de su función, impidiesen ejercitarlos.

Su sentido viene determinado, por cuanto así como los ciudadanos gozan de libertad en todo aquello que la Ley no prohíbe, los funcionarios y autoridades, cuando en su actuación afectan o limitan los derechos ciudadanos, solamente pueden actuar en el marco de facultades expresamente concedidas por la Ley. Ante ello, si abusan de su poder, impidiendo el ejercicio de tales derechos, su actuación lesiona doblemente los derechos de los ciudadanos y el deber de fidelidad del funcionario hacia el Estado, pues éste ha delegado en aquél, determinadas facultades, con la finalidad de salvaguardar dichos derechos y libertades, pero no para conculcarlos.

Y precisamente, continúa la sentencia, por la **relevancia que en un Estado de Derecho tiene la necesidad de garantizar el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y por el motivo, asimismo fundamental, de que el ciudadano se halla más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos, provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa, es por lo que el sistema de garantías requiere la utilización frente a dichas conductas obstaculizadoras o impeditivas, del instrumento de coerción más enérgico de que dispone el Ordenamiento Jurídico, es decir, la sanción penal**, en este caso, ejercitable a través del anterior artículo 194 CP, el cual actuaba “como pieza de cierre en el sistema de tutela penal del ejercicio de los derechos cívicos”, lo que igualmente puede predicarse del vigente artículo 542.

De otra parte, el artículo 13 de la Constitución Española, se refiere de modo expreso al derecho de asilo, del que los ciudadanos de otros países y apátridas podrán gozar, en los términos establecidos por la ley.

A este respecto, el artículo 1.º de la Ley 5/1984, de 26 marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado<sup>24</sup>, establece que “el territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de

---

<sup>24</sup> Vid. asimismo lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social.

conformidad con esta Ley”, disponiendo a continuación, de manera expresa, el reconocimiento a los extranjeros del *derecho a solicitar asilo*. Siendo **este derecho a solicitar asilo -y no el derecho de asilo, propiamente dicho-** se aclara adecuadamente en la sentencia, **aquel cuyo ejercicio fue impedido por el recurrente, Comisario Principal de la Jefatura de Documentación de Valencia, al dar orden tajante de que no fuese admitida en la Comisaría del Puerto Autónomo de dicha ciudad (Puesto Fronterizo) la solicitud de asilo que acababa de ser suscrita por Daniel J., de nacionalidad liberiana, y presentaba en su nombre el Abogado de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, don José Antonio P. G; impidiendo, en consecuencia, que el derecho a solicitar asilo se ejercitase,** al obstaculizar la presentación de la solicitud, y ordenar asimismo que no se permitiese al solicitante de asilo, bajar del buque en cual se encontraba, dentro del Puerto de Valencia.

Es por ello, que este Tribunal desestimó la infracción de Ley denunciada por el recurrente, en el sentido de habersele aplicado incorrectamente el tipo del artículo 194, por la Audiencia sentenciadora, en cuanto que, a su decir, él no impidió el ejercicio del derecho de asilo, pues éste no se ejercitó, ni en el plazo ni en la forma legalmente establecidos, en cuyo caso, su conducta estaría amparada por una causa de justificación (obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su oficio o cargo).

Contestándole el Alto Tribunal, con acertados razonamientos, y como primera observación a tener en cuenta, que la decisión de conceder o denegar el asilo, correspondía solamente al Gobierno (artículo 1.º de la Ley 5/1984), y en su caso, la inadmisión a trámite (debidamente motivada) al Ministerio de Interior, a propuesta de la Comisaría General de Documentación (artículo 10 del Reglamento vigente cuando ocurrieron los hechos y artículo 5.6.º de la Ley en la redacción asimismo entonces vigente, conforme a la reforma operada por la Ley 9/1994, de 19 mayo. Por ello, la referida Ley no facultaba, en absoluto, a los funcionarios policiales, para rechazar la solicitud de plano, impidiendo su curso, como sucedió en el supuesto examinado.

De otra parte, y como segunda y nuevamente atinada observación, aun no reconociendo la Ley a los extranjeros el derecho, como tal, a que les sea concedido asilo, puesto que se trata de una “protección graciable”, según el artículo 2.º, de dicha Ley, sí se les reconoce, con carácter genérico e indiferenciado, y por tanto a todo

extranjero, en principio, el derecho a solicitarlo, lo que produce como efecto inmediato (artículo 4.2 de la Ley, en su redacción vigente cuando ocurrieron los hechos), la admisión provisional del extranjero solicitante.

En el caso comentado, la petición de asilo se fundaba, además, de modo expreso, en la alegación de existencia de un riesgo para la vida del solicitante, el cual, en su escrito de solicitud de asilo, manifestaba haber tenido que huir de su país, con motivo de una revuelta en la que participó su familia, habiendo resultado asesinados sus padres. En cuanto a él mismo, se trataba de un estudiante de 23 años, calificado de “político clandestino”, en la documentación aportada con la solicitud, y procedente de un país donde los derechos humanos no estaban garantizados, siendo además, apoyada su petición por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), tras una entrevista personal con él del representante en Valencia de la CEAR.

Asimismo, la demanda cumplía la normativa legal, pues la Ley 5/1984 reconocía que la petición se podía hacer en cualquier frontera española, aun cuando no se tuviese la documentación en regla (artículo 4.2.º), así como el derecho a valerse de abogado (apartado 3 de la exposición de motivos, artículo 5.4 de la Ley y 5 del Reglamento, en su redacción vigente cuando ocurrieron los hechos

Por ello, con independencia de que dichas circunstancias y singularmente el riesgo de represalias políticas en su país de origen, pudiesen o no ser confirmados en la tramitación del expediente, es lo cierto, dice el Tribunal, que el recurrente, **era un funcionario público, con competencia funcional sobre la materia, y con su actuación deliberada y consciente impidió a un extranjero el ejercitar su derecho legal a solicitar asilo, al estorbar** que la solicitud de asilo pudiese siquiera llegar a ser considerada por el Organismo Competente, **mediante el procedimiento de negarse a recibirla**, constituyendo su comportamiento, una actuación obstaculizadora del ejercicio de un derecho cívico reconocido en nuestro país, **concurriendo así los elementos integradores del tipo objeto de sanción.**

Distinta sería la situación, y en la línea anteriormente expuesta al hablar de concursos en este ámbito, en el supuesto de que se tratase de derechos cívicos

reconocidos en el Código penal, *de manera tanto concreta*, según el artículo correspondiente a cada infracción, *como genérica*, bajo el artículo 542, y su traba, además, obedeciese a razones discriminatorias, *resultando entonces afectados bienes jurídicos diferentes, si bien obviamente enlazados entre sí*. En este caso, y partiendo de la premisa de identidad de sujeto pasivo, resultaría un *concurso de delitos, entre el 511, 3º, y el otro delito cometido*, en razón de la multiplicidad y diferenciación en la identidad de los bienes jurídicos conculcados; debiendo establecerse si ambas infracciones se han producido simultáneamente, lo que constituiría un concurso ideal, o en tratos temporales diferenciados, configurándose entonces un concurso real.

Otras posibilidades de *conurrencia de delitos* serían, que en el *caso de ser varios los sujetos afectados, mediante una sola conducta denegatoria*, habrá *tantos delitos* (en este supuesto concreto serían delitos *de discriminación*, porque estamos hablando de ella) como sujetos afectados, al tratarse de bienes jurídicos personales.

*Si fueran plurales las prestaciones denegadas, y afectan a un solo sujeto pasivo*, se producirán *tantos delitos como denegaciones, en concurso ideal o real*, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

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

En cuanto al alcance y significado del término “*servicio público*”, y su *relación con “prestación debida”*, y en concordancia también con las características que, entendemos debe reunir, siguiendo a RODRIGUEZ RAMOS Y QUERALT JIMENEZ, puede decirse que la *prestación consiste en la dación o impartición de un bien o un servicio establecido por una administración pública y de acuerdo a una normativa preestablecida*, por lo que procede de un sector regulado por la Administración, la cual se encarga de su impartición mediante el servicio público, y *que por parte del solicitante –lo recalco- se tiene derecho a recibir*.

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, 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>25</sup>.

A todo lo cual añadido, por mi parte<sup>26</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), y que podríamos considerar incluidos en lo que sería un **primer grupo** de servicios.

Otra cosa distinta, también según mi criterio, serían, constituyendo un **segundo grupo**, 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 del primer grupo citado (ejemplo: menús especiales que no contengan determinadas sustancias en comedores públicos (a menos que existiese tal posibilidad adecuadamente reglamentada, en ciertos locales, en cuyo caso se trataría de una prestación contenida en el primer grupo); una piscina municipal con separación absoluta entre hombres y mujeres; locales cedidos por el Ayuntamiento a asociaciones de extranjeros, etc).

Adviértase que no existe en ellos, como en los antecitados, una relación de 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.

En realidad, 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

---

<sup>25</sup> RODRIGUEZ RAMOS, cit, pp 634-635; QUERALT JIMENEZ, JJ, Derecho Penal Español. Parte Especial, , Bosch, Barcelona, 1996, pp 799 y 801.

<sup>26</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, "Los delitos de discriminación...", pp 256 y ss; "Discriminación penal y Estado...", ambos anteriormente citados.

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.

*Unicamente 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, es decir, los servicios al público, por determinadas circunstancias devinieran exigibles en algún caso -al igual que los comprendidos en el primer grupo-, como podría ser un contrato en tal sentido con la Administración, su denegación podría incardinarse en las citadas tipicidades<sup>27</sup>; lo que no excluye la aplicación de otras posibilidades punitivas, según se explicará posteriormente.*

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*, en caso de necesitar asistencia judicial, a los trabajadores de una empresa, se niega a hacerlo con varios de sus miembros, que por ello *tienen tal derecho*, al ser extranjeros y de raza diferente.

En cambio, y también a modo de ejemplo, no lo es, a mi juicio, un hotel que deniega la admisión a huéspedes de otra raza, 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 (tercer grupo)*, lo cual es diferente, según se ha expuesto.

---

<sup>27</sup> Obsérvese, en apoyo de la tesis diferenciadora entre las distintas clases de servicios, que personalmente mantengo, las que asimismo indica, con igual terminología, la Ley Orgánica 4/2000, relativa a los extranjeros en España, en su artículo 23.2.

Otro ejemplo *no constitutivo de discriminación* sería, también bajo mi criterio, el que nadie puede exigir que se le proporcione trabajo en un establecimiento, o se le alquile un piso, de titularidad privada, si el dueño no lo desea, incluso aunque su falta de interés se basara en motivos discriminatorios, como puede ser el rechazo a los extranjeros. Porque, además, es preciso comprender que una persona puede ser todo lo racista y xenófoba que quiera (la Constitución lo “ampara”, bajo el derecho al respeto a la libertad ideológica), mientras al exteriorizar sus opiniones no incurra en daño antijurídico a terceros<sup>28</sup>; y en dicho caso, el solicitante *no posee un derecho, como tal*, a estas o cualesquiera otras prestaciones de idéntico o similar carácter, y en iguales o muy parecidas situaciones.

Consecuentemente, los destinatarios de tales normas, como sucede en este artículo, no son, según creo, *sujetos indeterminados que deseen una determinada prestación conforme a los requisitos para ellas expuestos en las descripciones típicas, sino quien tiene derecho, como tal, a obtenerlas, y sin embargo se le deniegan, por motivos discriminatorios.*

De acuerdo a las razones mencionadas, no puedo compartir que, sin más, cualquier persona pueda tener acceso, por el hecho de desearlo, a cualquier cosa que desee, o a estar donde le parezca, por muy abierto al público que sea un determinado sitio, sancionándose *penalmente* su denegación, si se dan, aparentemente, determinados requisitos legales que ignoran, en nombre de una mal entendida prohibición de discriminación, la voluntad, opuesta a su entrega, por motivos éticamente discutibles o no, pero que en modo alguno debieran ser considerados delictivos, de quien tiene capacidad legal para denegarlo; y que es en definitiva, lo que una interpretación desmesurada del 512, por ejemplo, supondría.

Lo cual no significa que estas 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*, si la denegación se acompañara de expresiones gestuales o verbales, peyorativas con el perjudicado, por causas

---

<sup>28</sup> En este sentido se manifiesta la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1089/1998, de 29 septiembre**, en la cual se hace constar que **al imputado no se le condenó por «ser» racista**, ya que el art. 512 CP no describe un tipo de autor -inadmisible en el Derecho penal de un Estado democrático-, sino por haber denegado una determinada prestación a una persona que, en opinión del Tribunal, no en la mía, tenía derecho a ella, y haberlo hecho a causa de su pertenencia a una determinada etnia.

discriminatorias, como el ser extranjero. En tal caso, podrían verse incluidas en los atentados contra el honor (por ejemplo, injurias del artículo 209, último párrafo); o incluso en el artículo 173, relativo a tratos degradantes, si la gravedad de la conducta lo posibilitara; pero no se trataría de conductas discriminatorias en el sentido del tipo analizado, *por más que los móviles del autor puedan serlo*.

En base a las consideraciones y diferenciaciones formuladas, necesarias tanto para dotar de contenido y alcances jurídicamente razonables, cuanto para no desmesurar el alcance de las tipicidades señaladas, y a cuya aplicación -que a mi entender empieza a ser actualmente excesiva-, considero que no son ajenas razones más “sentimentales” que jurídicamente realistas, y por tanto, mas simbólicas y efectistas que efectivas, no me parecen sostenibles los dictámenes contenidos en las tres siguientes sentencias, que significan, por lo expuesto, ejemplos de un entendimiento equivocado de la materia de prohibición contenida en el *artículo 512*:

### **1) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1089/1998, de 29 septiembre**

En ella, Antonio B. C., fue condenado como autor de un delito de denegación discriminatoria de una prestación, tipificada en el art. 512 CP, relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público.

El motivo fue, según se declaró probado en la citada sentencia, que Miguel Bernardo C. N., súbdito portugués residente en España, pasó frente a una compraventa de coches que hay en la ciudad de M, entrando en su interior al ver un vehículo que le interesaba, siendo remitido por un joven al dueño del establecimiento, Antonio B. C., mayor de edad, a quien le preguntó el precio del coche, contestándole éste que no estaba en venta, lo cual extrañó al extranjero, pues se encontraba entre los vehículos que se ofertaban con tal fin, y al volverle a preguntar, precisando el coche, le contestó: "yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros". Ante esa actitud Miguel Bernardo C. le dijo que le iba a denunciar, contestándole Antonio B. que ni él ni muchos como él lo denunciarían.

Miguel Bernardo C. fue a denunciar los hechos ante la Guardia Civil, encontrando antes a una pareja de servicio, a la que contó lo que le había pasado, decidiendo los agentes acompañarlo al lugar, y al llegar de nuevo a la compraventa de vehículos, Antonio B., a presencia del denunciante y de los agentes, con voz fuerte y contundente repitió varias veces que era racista y que no vendía a gitanos ni a moros ni a morenos como él, ante cuya actitud Miguel Bernardo C. se sintió humillado, optando por marcharse.

Ante estas pruebas directas, el Tribunal consideró probado la concurrencia tanto del *hecho objetivo*, según el cual el acusado se negó a tratar con el denunciante la transmisión de un vehículo ofrecido en venta en su establecimiento, sino también el *dato subjetivo* o hecho de conciencia, de que tal negativa estuvo determinada por el expresado deseo de discriminar al denunciante, a causa de su pertenencia a una determinada etnia.

Ciertamente, ambos elementos señalados adecuadamente en la sentencia, deben concurrir para que se configure el artículo 512, pero en cambio, como antes expuse, no comparto, para este supuesto concreto, la calificación delictiva de los hechos ni la sanción del imputado contenida en esta sentencia, la cual por otra parte, sentó jurisprudencia en la interpretación del citado tipo penal, como puede apreciarse en la siguiente sentencia a examen, cuyo dictamen final me resulta todavía menos asumible que el acabado de citar, precisamente por lo anteriormente manifestado, es decir, y en definitiva, por encontrar que se desmesura el sentido, y al par, la aplicación del artículo 512.

## **2) Sentencia Audiencia Provincial Alicante núm. 440/1999 de 11 junio**

El hecho procesal que, a juicio del Tribunal mereció sanción, fue que B D. y JM. J., ambos de raza negra, acompañados de IG. H. y M L, se dirigieron al Pub "SSS" sito en la calle S F de cierta ciudad, y cuando se disponían a entrar, el portero del establecimiento y acusado en estas actuaciones R FI, mayor de edad y sin antecedentes penales, que había empezado a trabajar ese mismo día, poco tiempo antes, puso la mano en el pecho a B D., prohibiéndole a él y su acompañante JM.J la entrada, por razón de su etnia, manifestando haber recibido órdenes en ese sentido por parte del encargado. Tal actuación motivó que M L, entrara en el establecimiento, a fin de

preguntar al propietario el motivo de tal prohibición y, a tal efecto, habló con el gerente del Pub, quien, en ese momento se encontraba en la barra sirviendo unas copas y a quien relató que el portero no dejaba pasar a sus amigos de raza negra, pidiéndole que saliera a la puerta para aclarar la situación creada, petición que al no ser atendida inicialmente motivó la insistencia por parte de M L, dando lugar a que hablara con el portero y le indicara que los ciudadanos de color inicialmente citados *podían pasar, sin que estos últimos aceptaran entrar dirigiéndose, por el contrario, a Comisaría, a presentar la correspondiente denuncia.*

La defensa del acusado RF, admitió que su cliente, en ejercicio del derecho de admisión, impidió la entrada a los denunciantes por haber recibido órdenes en tal sentido, franqueándoles más tarde la entrada cuando recibió instrucciones en sentido contrario, desistiendo en esta ocasión los denunciantes a entrar en el establecimiento. Tales hechos así admitidos no constituyen el delito imputado al no concurrir, en el caso, el elemento del tipo referido a la negativa de una «prestación», entendiéndose en todo caso que, de existir un delito, concurriría en el acusado un error invencible que excluiría la responsabilidad penal.

Personalmente, me parecen totalmente adecuados los criterios de la defensa para excluir la responsabilidad penal del imputado, y por ello debieron ser tomados en cuenta por el Tribunal, absolviendo al procesado, habida cuenta, por otra parte, que trabajando en este tipo de locales, no es en absoluto descabellado que creyera, aun sin haber recibido órdenes expresas al respecto (no obstante el acusado y los perjudicados señalaron que existían tales órdenes, aun cuando el Tribunal no las consideró suficientemente acreditadas), que la entrada en el local de ciudadanos extranjeros y desconocidos, podía no ser del agrado de los dueños, comprometiendo su permanencia en el trabajo el que los dejara acceder al local, o que les formulara, por su parte, y en ese momento, preguntas respecto del acceso al local, que a los dueños parecieran ingratas y comprometidas de responder, con lo cual también podía ser considerado inadecuado para el puesto; y tanto más cabía esta duda, ante el escaso tiempo que llevaba desarrollando su labor. Por lo que ciertamente, pudo existir un error jurídicamente apreciable.

Si a ello se añade, que tras recibir órdenes en sentido contrario, nada hizo por obstaculizarlas, por lo cual las intenciones discriminatorias no resultan tan evidentes en

su comportamiento, no se comprende la necesidad de imponerle una pena; como tampoco entiendo que al ser admitidos los denunciados, lo rechazaran, tras haberlo solicitado, yendo en cambio a denunciar, una vez que les conceden lo pedido.

No fue esta, sin embargo, la opinión del Tribunal, que a mi juicio se excedió en su celo antidiscriminatorio, por cuanto sancionó al acusado RF, como autor, al haber realizado directamente y personalmente el tipo delictivo del citado art. 512 del Código Penal, cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio del oficio de portero en establecimientos públicos y de hostelería.

Comparto en cambio, *si bien no enteramente*, el análisis que se hace en dicha sentencia, del tipo penal aplicado, señalando que dado su texto, y centrado el tema sobre su enunciado, obliga a cuestionarse qué debe entenderse sobre el elemento esencial de esta figura delictiva, es decir, «**la denegación de una prestación**», término cuya interpretación en sentido amplio fue expresamente defendida por varios grupos parlamentarios -recalca la sentencia- como si los grupos parlamentarios entendieran necesariamente de Derecho penal, y no se condujeran en este ámbito, demasiadas veces, más con criterios electoralistas que jurídicos, propiciando normativas o interpretaciones de estas completamente desafortunadas, según demuestra posteriormente la experiencia- obligando así, continúa la sentencia, a la doctrina a precisarlo en el sentido de considerar **como conducta típica aquella en que existe un derecho del particular a una prestación**, derecho que no puede entenderse como la libertad genérica de adquirir un producto o alquilar un piso -*hasta aquí llega mi anuencia personal con la sentencia*- sino **como una expectativa concreta y fundada en derecho de obtener una prestación**.

En mi opinión sin embargo, una interpretación tan amplia, que concede el mismo valor jurídico a un derecho como tal y a una simple expectativa de derecho, no me parece sostenible, por cuanto ello posibilita una interpretación y aplicación tan excesiva, al par que tan poco concreta, que fácilmente resultan o pueden resultar lesionados el principio de taxatividad, el de igualdad ante la ley, así como el principio de

intervención mínima del Derecho penal, cuando menos, provocando la indefensión del ciudadano.

Para fundamentar su decisión, la sentencia se apoya en el Tribunal Supremo, y concretamente en la Resolución antes comentada (RJ 1998\6467), recordando que se aplicó el tipo delictivo, por haberse denegado a un extranjero una determinada prestación que, a decir del Tribunal supremo, tenía derecho a ella, y haberlo hecho a causa de su origen; tesis ésta que la Audiencia de Almería encontró trasladable al supuesto que comentamos, razonando que el portero del inmueble impidió a dos ciudadanos de color y, precisamente por este motivo, la entrada en el Pub SSS, **denegándoles un derecho concreto y determinado como es, precisamente, el acceso a un establecimiento público de esparcimiento y tal prohibición de entrada «a limine» consuma el delito, de modo que resulta ajeno al tipo, el que posteriormente, y tras la protesta de una de las acompañantes de los denunciantes, se les permitiera el acceso al establecimiento.**

A mi parecer, sin embargo, no resultan asimilables las situaciones, por las diferentes circunstancias de forma en que se desarrollaron ambos, en cuanto que en el anterior la actitud xenófoba era clara y manifiesta (otra cosa es que el perjudicado tuviera derecho, como tal, a la venta del coche), no siéndolo en este otro, por los motivos ya citados, y porque además, si bien es asumible que cuando se deniega una prestación a la que el sujeto tiene efectivo derecho, se consuma el tipo, no lo es menos que resulta discutible, cuando menos, y como ya dije antes, que se tenga *derecho, como tal*, a entrar o permanecer en cualquier sitio, contra la voluntad de su dueño, simplemente por estar abierto al público, como si esta condición devengara, sin más, la obligación de permitir a todo el mundo que entre o permanezca en él, por motivos criticables o no, pero que suelen estar relacionados más con ciertos temores sobre el impacto que en el negocio puede determinar la presencia de algunas personas, que con sentimientos verdaderamente discriminatorios, por otra parte enteramente entendibles en algunas ocasiones, y por ello no antinormativos, como parece ser que ocurrió en el caso a examen, en cuanto que se atendió el requerimiento de permitir la entrada a los extranjeros solicitantes; no advirtiéndose, entonces, creo yo, o la posibilidad, y aun en menor grado, la necesidad jurídica, de aplicar este tipo penal; y tanto menos al trabajador, que a fin de cuentas, se limitó a hacer lo que creyó oportuno para su trabajo,

rectificando su comportamiento en cuanto se le indicó, por lo que menos aun cabe, como se hizo en esta sentencia, responsabilizarlo criminalmente, del citado delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

Con el mismo criterio me pronuncio sobre la siguiente sentencia, cuyo supuesto de hecho guarda importantes similitudes con el acabado de comentar.

### **3) Sentencia Audiencia Provincial Barcelona núm. 613/2002 (Sección 7ª), de 4 septiembre**

Se condenó en ella a FERMIN B. M., y a DAVID G. P., como autores responsables de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de inhabilitación especial para ser portero o gerente de establecimientos públicos y de hostelería.

El motivo fue que no dejaron entrar a los denunciados, ambos marroquíes, en su discoteca, por ser de raza árabe. A decir del Tribunal, se impidió el ejercicio de *prestaciones a que tenían derecho*, por motivos étnicos, que en este caso pueden asimilarse también a xenófobos, ya que eran extranjeros.

Los acusados alegaron, para demostrar la improcedencia de tal acusación, que en la discoteca trabajan marroquíes, lo que rechazó el Tribunal, advirtiéndole que el hecho de tener trabajadores de la misma condición, no impide que se cometiera el delito de discriminación, objeto de imputación, por las razones antedichas.

En mi opinión, anteriormente expuesta, y sin perjuicio de estimar correcto, de una parte, la respuesta del Tribunal, referente a que tener trabajadores de la misma condición, no impide la realización de este tipo penal sobre otras personas, también es cierto que, de otra, tener contratados para trabajar a ciudadanos extranjeros, y tanto más de determinada etnia, en puestos laborales donde se requiere un cierto grado de confianza y valoración de la persona contratada, puede estimarse, efectivamente, como indicio completamente razonable de la inexistencia de actitudes discriminatorias, por lo que quizás debió atenderse su explicación.

A ello añadido, una vez más, que la imputación de la tipicidad no es jurídicamente correcta, pues conforme he explicado, *no se tiene un derecho, como tal, a entrar o permanecer, o realizar alguna actividad como es la compra, por ejemplo, en establecimientos abiertos al público; a los cuales, en principio, cualquier persona puede tener acceso, desde luego, a menos que quien ostente su titularidad, no lo permita, por motivos que incluso pueden ser reprobables, como los racistas, o bien de aversión a los extranjeros. Lo contrario supondría sustituir la voluntad de su titular, por las voluntades de todas las personas que quieran acceder a ellos, siendo así que no cabe, en Derecho penal, la titularidad universal y absoluta, y más en tales supuestos.*

Lo que no obsta, también lo he dicho, a que puedan utilizarse, cuando el caso así lo requiera, *el delito o falta de injurias; o bien el resarcimiento ante una posible lesión del honor, por la vía civil.*

Dichas conductas denegatorias, pueden realizarse bajo forma *escrita*, consumándose cuando la recibe y conoce el sujeto; en forma *oral*; o *por silencio administrativo*, consumándose al expirar el plazo legal para su concesión; y tanto pueden llevarse a cabo de *manera explícita como encubierta*, siempre que *sea real, y se pruebe la discriminación*, por alguna de las causas específicamente 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, denegando la prestación a la cual se halla normativamente obligado; aun cuando es evidente que tal denegación puede acarrear 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.*

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 que carece de libre elección en la contratación de sus empleados, se niega a colocar trabajadores extranjero legalizados, por el hecho de tener esta condición, sin ningún motivo que avale o haga razonable su decisión en el supuesto concreto, como podría ser, y es, desafortunadamente, en muchos casos, que los candidatos, extranjeros, no tuvieran la cualificación laboral o los requisitos de adecuación necesarios para desarrollar su trabajo (<sup>29</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 extranjeros latinoamericanos, se dedica a realizar prácticas de magia negra, y que obtienen el dinero de sus asociados y de cuantos incautos se acercan a ella, mediante engaños o amenazas, todo lo cual resulta ser falso.

Entiendo el ser preciso para que este tipo penal se configure, que la conducta se lleve a cabo *para difundir "informaciones"*, que es según el Diccionario "enterar o dar noticia de algo a alguien". *Por tanto*, sí el contenido injurioso de la conducta no se hace en un marco "informativo", sino que se trata solamente de una exposición de opiniones insultantes, descalificaciones, o cualquier tipo de agresiones verbales, pero *desprovistos del carácter comunicador de una información, tal conducta quedará fuera de este tipo penal*, que por lo demás, tiene muy poco en común con las conductas 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 asimismo innecesaria, en

---

<sup>29</sup> Respecto de este artículo señalan VALLE MUÑIZ, JM, y VILLACAMPA ESTIARTE, C, que la determinación sobre la aplicación del artículo 512 o del artículo 314, será la existencia o no de una relación laboral entre el sujeto discriminador y la persona discriminada, de manera que la existencia de un vínculo contractual supondrá la elección del 314, en base al principio de especialidad, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit, p 864. Vid también sobre este delito: MARTÍNEZ ABASCAL, V, "El artículo 314 CP. La discriminación laboral punible", en *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, pp 127 y ss.

Vid. respecto de la protección dispensada específicamente a los trabajadores extranjeros, las disposiciones contenidas en los artículos 23.2 c), d) y e), 24, 53 y 67.

cuanto que otras tipicidades, en mayor grado adecuadas al supuesto contemplado, como los delitos contra el honor y la intimidad, pueden sancionar tales conductas <sup>(30)</sup>.

Para finalizar, puede decirse que en el problema de la discriminación, especialmente en lo relativo a los personas extranjeras, se pone de manifiesto, unas veces la especial vulnerabilidad de estas víctimas, como se ha visto al analizar la Jurisprudencia relativa a la materia, y otras, en cambio, el excesivo protagonismo y falso victimismo que los extranjeros a veces pretenden asumir, en ocasiones mal aconsejados, cuando no manipulados<sup>31</sup>, pero siempre, a la vista de tales actuaciones, en detrimento cierto de su respeto y consideración por la sociedad de acogida.

Como ejemplo de lo expuesto, obsérvese en la sentencia citada a continuación, la obstinación y el encono con que el recurrente trata de conseguir una sanción, por demás injusta, para quienes, cansados, con razón, de determinadas actitudes de un grupo social extranjero, “osan protestar” ante los abusos y dificultades para la convivencia, que los extranjeros crean y los residentes sufren.

### **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1477/1998, de 27 noviembre**

En la ciudad de Astorga, barrio denominado P d R, calle del C sin número, en una propiedad particular, desocupada por sus propietarios y en estado ruinoso, de reducidas dimensiones, sin servicios de luz, agua, alcantarillado, que la hicieran mínimamente habitable, se instalaron cuatro familias de raza gitana, nacionalidad portuguesa y un número de personas, entre adultos y niños, de 20 a 25, de los cuales algunos habían

---

<sup>30</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.

<sup>31</sup> Manipulación a la que no es ajena, en demasiadas ocasiones, una información, sesgada, de la prensa, como sucede, precisamente, en la Sentencia citada a continuación.

Tampoco resulta casual, al margen de tantas actuaciones personales e institucionales, que, como paradigma de lo dicho, existan publicaciones sobre los derechos de los extranjeros, y en las que no consta, al mismo tiempo, información sobre sus deberes. Vid. por todas, “Los derechos de los extranjeros”. B.O.E. Edit. 2004.

adquirido la nacionalidad española, trabajaban o vivían de una pensión, pero la mayoría no disponían de medios de vida, **lo cual, en primer lugar y a causa de la falta total de medidas de higiene, además de poder ser causa de posibles enfermedades y extrema suciedad, daba lugar a que parte de los integrantes del referido colectivo vagabundearan por las calles, ejercieran la mendicidad y cometieran pequeños robos y hurtos, causando molestias e inseguridad a los vecinos del barrio**, lo que dio lugar a que los acusados **F, G. y M A**, como directivos de una Asociación de Vecinos del Barrio P d R, no constituida para este fin, comenzaran a realizar gestiones ante organismos y autoridades nacionales, comunitarias, provinciales y locales, así como ante otras entidades privadas con fines sociales para que se les desalojara del edificio donde habitaban, **se les proporcionara otro alojamiento adecuado, sin pretender se les expulsara de la ciudad de Astorga. Y como sus gestiones no eran atendidas y la situación se prolongaba, sin ejecutar acto de violencia, intimidación u otra análoga personalmente frente a ellos**, decidieron convocar una manifestación, solicitando ayuda y cooperación del resto de los vecinos para que las referidas autoridades y entidades actuaran, exponiendo cuanto estimaron procedente en relación con la tan repetida situación y pretensiones, sin hacer proposición alguna de actuación personal, directa, intimidatoria o violenta contra la comunidad reseñada, terminando la manifestación de forma pacífica y sin incidente alguno.

Durante largo período de tiempo, los tan repetidos hechos fueron objeto de amplia información y comentarios en todos los medios de comunicación social y especialmente en la prensa, tanto de ámbito local como en la provincial, la regional y la nacional, bien con base en investigaciones practicadas por los periodistas directamente, o por entrevistas concedidas por los acusados, algunas de cuyas informaciones se publicaron con titulares falsos y tendenciosos, como los de “que se vayan los portugueses de Astorga”, “serán expulsados y los expulsaremos”, “los vecinos harán cuanto sea preciso para que no vivan en esta ciudad”, “las viviendas que se destinan para alojarlos tienen y deben ser para los necesitados naturales de Astorga”, **habiendo sido ratificadas por los periodistas que las firman, los cuales añadieron en sus declaraciones en el acto del juicio que sus manifestaciones recogidas tenían su origen y causa en la pretensión de solucionar la tan repetida situación, y no en un ánimo de tipo racista.**

También resultó probado que, durante todo ese tiempo, **otras familias** de raza gitana y nacionalidad portuguesa, tenían su domicilio y **residencia en el barrio, continúan viviendo en él, manteniendo relaciones de buena vecindad**, sin que hayan sido objeto de molestias o pretensión alguna de expulsión, por parte de quienes llegaron a ser indebidamente acusados, al tratarse de los directivos de la citada Asociación.

La sentencia recurrida absolvió a F., M A , y G. de los delitos de asociación ilícita y reunión ilegal, de los que habían sido acusados por Simón L. Q, ejerciente de la acusación popular.

**A este respecto, el querellante mantuvo en la instancia, y sostuvo en casación, que la actuación de esa Asociación y de sus dirigentes, estuvo movida por la intención de expulsar a tales familias de la localidad por razones racistas y xenófobas, lo que negó la Audiencia Provincial y por eso absolvió de tales delitos.**

Dicha parte acusadora recurrió en casación, por tres motivos que fueron rechazados, bajo razones conformes, en definitiva, con la absolución acordada por la Audiencia, y que por su interés, mencionamos.

En el motivo primero, **se alegó que en los hechos probados se utilizaron términos que, por su carácter jurídico, implicaban la predeterminación del fallo**, al decir, con referencia a esas cuatro familias gitano-portuguesas, que “la mayoría no disponían de medios de vida, lo cual, en primer lugar y a causa de la falta total de medidas de higiene, además de ser causa de posibles enfermedades y extrema suciedad, daba lugar a que parte de los integrantes del referido colectivo vagabundearan por las calles, ejercieran la mendicidad y cometieran pequeños robos y hurtos, causando molestias e inseguridad a los vecinos del barrio”.

La respuesta del Alto Tribunal fue:

Que se trataba de una manera de expresarse, con la que la Audiencia quiso poner de manifiesto el descontento del barrio por las incomodidades que ocasionaba en el mismo, el hecho de que unas determinadas familias, cuatro en concreto, vivieran en unas condiciones de miseria tales, que nadie sería capaz de soportarlas en su vecindad.

Por lo cual no es lo afirmado por el recurrente, lo que propició la absolución, sino el que a causa de tales hechos, podrían haber reaccionado de modo violento, por móviles racistas y xenófobos, y entonces sí hubieran podido existir los delitos por los que se acusaron a estas personas. Pero no fue tal la reacción de la mencionada Asociación de Vecinos y de sus dirigentes, sino que antes hicieron gestiones múltiples a diferentes niveles, e incluso posteriormente organizaron una manifestación en apoyo de esas gestiones, con autorización verbal del Alcalde y con protección de la Policía Local, y la cual se celebró sin incidentes, sin que la Audiencia, en esas actuaciones de los acusados y de sus convecinos apreciara, en uso de las facultades que le corresponden para valorar la prueba, finalidad como la pretendida por la parte acusadora, desestimando el que hubiera actuaciones **violentas, ni finalidad alguna de tipo racista o xenófobo. Lo que, además, hace resaltar la propia sentencia recurrida cuando afirma, al final de su relato de hechos probados, que «otras familias de raza gitana y nacionalidad portuguesa tenían su domicilio y residencia en el barrio, continúan viviendo en él, manteniendo relaciones de buena vecindad, sin que hayan sido objeto de molestias o pretensión alguna de expulsión por parte de los acusados».**

En definitiva, solamente **se trató de una mera exposición fáctica de lo incómodo que era para los vecinos del barrio el que hubiera algunas familias que allí vivieran en unas condiciones tan míseras.**

**En el motivo segundo**, que como se aprecia guarda una gran similitud con el anterior, lo cual deja aún más patente la obstinación del acusador, **se dice que la sentencia recurrida no resolvió la cuestión planteada por la acusación, en su escrito de conclusiones, cuando dijo que la Asociación de Vecinos, dirigida por los acusados, realizó actividades cuyo único fin era la expulsión del colectivo gitano-portugués, fuera de Astorga**, citando a tal efecto, la octavilla obrante al folio 7 del sumario, que dichos acusados reconocieron haber redactado e impreso, siendo plasmada en el libro de actas de esa Asociación.

A lo cual, se respondió por **el Ministerio Fiscal y la defensa de los acusados, al contestar a tales alegaciones, que bastaba leer la sentencia recurrida para llegar a una conclusión radicalmente contraria a la patrocinada por el recurrente, es decir, y en definitiva, la inexistencia de esa finalidad xenófobo-racista, pretendida y sostenida por la parte recurrente, tal y como también expuso el anterior**

**fundamento de derecho, de esta misma sentencia. Ante lo que, evidentemente, no existió ninguna incongruencia omisiva, debiéndose rechazar, como se hizo, este motivo segundo.**

**En el motivo tercero, se alegó infracción de ley, por no haberse aplicado al caso los entonces vigentes artículos 173.1.º y 4.º, y 167.1.º del Código Penal de 1973, a causa de la mencionada intención racista y xenófoba.**

**Respondiendo el Tribunal Supremo, que no eran aplicables al supuesto examinado, ni el delito de asociación ilícita, del artículo 173.1.º y 4.º, por cuanto, como bien explica la sentencia recurrida, la citada Asociación de Vecinos no tenía por objeto la producción de ningún delito, ni tampoco promovió nunca tal comisión, ni la discriminación racial, ni en sus actuaciones incitó a acto alguno contra personas por razón de su etnia o de su procedencia como grupo social. Ni tampoco el anterior artículo 167.1.º, que consideraba ilícitas las reuniones o manifestaciones celebradas con el fin de cometer un delito, pues tal finalidad no existió en aquella manifestación, con la cual la citada Asociación Vecinal quería apoyar sus numerosas gestiones, para solucionar las dificultades que, para la convivencia en el barrio, suponía el hecho de vivir allí, en unas condiciones infrahumanas cuatro familias, cualquiera que fuere su raza o procedencia nacional.**

Como puede advertirse, los argumentos jurídicos resultan absolutamente compatibles, por lo que, conforme dije antes, la sentencia es un ejemplo de lo necesario que resulta el recapacitar, 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, en determinadas situaciones, obvias necesidades de protección, pero también sentimientos sociales y personales muy profundos 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 de dichos sentimientos,* son los factores que desencadenan, unas veces, y otras refuerzan, actitudes de racismo y xenofobia en la sociedad, como en el caso antecitado, donde un colectivo de inmigrantes, molesta y crea problemas con su conducta a una población, envenenando la convivencia; y tras ser advertidas las autoridades competentes, ignoran la situación, según viene a suceder frecuentemente, y a mayor colmo, califican de “intolerantes” a las víctimas, hasta que

estalla un conflicto, que suele saldarse, como igualmente es sabido, en perjuicio de las mismas víctimas<sup>32</sup>.

La solución lógica y coherente en estos casos, sería exigir e imponer responsabilidades jurídicas y políticas a *todos* los causantes de efectos antijurídicos, y de manera muy especial, a quienes, por dejación de sus funciones, los han propiciado en mayor grado. Así, y con ayuda de la justicia, se evitarían, al menos en una importante proporción -puesto que la verdadera solución se deriva de la educación en el mutuo respeto- las mencionadas actitudes de racismo y xenofobia, que tan en entredicho ponen el valor de la dignidad humana.

---

<sup>32</sup> Observación ya manifestada, por mi parte, en “Los delitos de discriminación en el Código Penal español” ; y “Discriminación penal y Estado de Derecho”, ambos citados, y en la cual es necesario reiterarse, habida cuenta de que **la reflexión ponderada sobre estos temas** todavía sigue siendo más un “desideratum” que una realidad.