

¿ES DISCRIMINATORIA LA LEGISLACIÓN ANTI-DISCRIMINACIÓN?

MIGUEL LANGON CUÑARRO
*Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho,
 Universidad de Montevideo y Universidad de la República*

SUMARIO

1 - Propósito

La legislación común antidiscriminatoria, ha quedado concretada, en lo criminal, luego de las reformas de 1989 y 2003¹, en las disposiciones de los artículos 149 bis y ter del Código Penal².

Nos proponemos en este trabajo poner de manifiesto algunos problemas básicos que presenta esta parte de la legislación penal, y específicamente, sin perjuicio de otros alcances:

- a) el asunto de los delitos de manifestación y limitaciones a la libertad de análisis y de crítica;
- b) el alcance limitado de la protección en cuanto sólo alcanza a determinadas categorías protegidas;
- c) problemas de concurso con otras figuras con contenido similar, y
- d) eventuales propuestas de modificaciones futuras.

2 - Antecedentes y concordancias.

Las disposiciones referidas en el texto tienen varios antecedentes dentro de la ya antigua legislación nacional.

Originalmente estaban previstas en el mismo artículo que prevé el delito de apología o el de instigación a desobedecer las leyes, que hoy aparecen con individualidad propia en los artículos 148 y 149 C.P.³.

El Código Penal antiguo, de 1889, establecía como delito en su art. 135, el hecho de *excitar* "al odio u hostilidad contra cualquiera de los diversos *gremios sociales*" (los subrayados son míos), mientras que, el texto original de IRURETA GOYENA, del C.P., de 1934, definía el hecho punible como la conducta de *suscitar o promover en forma pública el "odio de clases"*.

CAMAÑO ROSA⁴, señalaba la importancia del cambio de expresiones utilizadas por el legislador pues suscitarse es algo más que excitar, y odio es más enérgico que la simple hostilidad, contrariedad o enemistad, así como el desprecio o el ridículo, ya que supone antipatía aversión dirigida deliberadamente a perjudicar, humillar o abatir.

1 Estos artículos fueron incorporados al Código Penal efectivamente, por las leyes Nos. 16.048, de 16.6.89 y 17.677, de 29.7.03, que se transcriben en la nota siguiente.

2 Art. 149 bis.: "(Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas). El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión". La ley de 2003, agregó la referencia a "orientación o identidad sexual". Art. 149 ter.: "(Comisión de actos de odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas). El que cometiere actos de violencia moral o física, de odio o de desprecio contra una o más personas en razón de su color de piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión".

3 El art. 148 establece: "(Apología de hechos calificados por la ley como delitos). El que hiciere públicamente, la apología de hechos calificados como delitos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión". Art. 149.: "(Instigación a desobedecer las leyes). El que instigare públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública a desobedecer las leyes será castigado con multa de 20 a 500 Unidades Reajustables".

4 CAMAÑO ROSA, Antonio: "Tratado de los Delitos", ed. AME, 1967: 78.

La sustitución de la vieja expresión referida a los “gremios” por la de “clase social”, que inmediatamente evoca el concepto de lucha de clases, propuesta por algunas ideologías totalitarias, ha sido interpretada no obstante, en general de forma amplia, no limitándolo al sentido economicista que evoca (capitalistas y trabajadores) sino también las de otra índole por lo que el autor referido incluía en dicha expresión a toda agrupación de personas unidas, tales como judíos, negros, católicos, militares, sindicalistas, pacifistas, belicistas, masones, e incluso políticos⁵.

En igual sentido RETA, siguiendo a MANZINI, entiende por clase social a “toda categoría social todo conglomerado de individuos vinculados por razones, propósitos, ideas o intereses cualquiera sea la naturaleza de éstos”⁶.

En época de la Segunda Guerra Mundial se estableció, el delito de participación en asociaciones tendientes a provocar o imponer la lucha o el odio de razas, dentro del capítulo sobre asociaciones subversivas, cuyo supuesto de hecho consistía en la conducta del que promueve, constituye, organiza o dirige asociaciones, entes, instituciones o secciones tendientes a provocar o imponer la lucha o el odio de razas”, para lo que se preveía una pena máxima de hasta 10 años de penitenciaría⁷.

Pero no es sólo en estas disposiciones que se mencionan estas expresiones sino en varias otras, como las siguientes:

El art. 143 considera que cometen delito de sedición los que, sin desconocer al Gobierno se alzan pública y tumultuariamente para conseguir, por fuerza o violencia, entre otros, el objetivo de ejercer “actos de odio” o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o, con fin político o social ejercer dichos “actos de odio” o de venganza en la persona o los bienes de cualquier *clase del Estado* o sus bienes.

Tiene, como se ve cierta semejanza con el delito de “intoxicación o amotinamiento del pueblo” (*Volksverhetzung*) del art. 130 del C.P. alemán⁸ y con el de “representación de la violencia” del art. 131⁹, que se originaron, como es sabido, en las leyes llamadas de desnazificación, luego del fin de la Guerra Mundial.

En derecho español, una de las más clásicas expresiones de odio que es el racismo, aparece tanto como agravante genérica (art. 22.4 C.P.¹⁰) como delito de discriminación en el empleo (art. 314¹¹) o como delito contra las libertades públicas garantizadas por la Constitución (art. 510 y ss¹²)

Una de las formas del delito de atentado consiste en usar violencia o amenazas contra un funcionario público con el fin de ejercer sobre él “*prepotencia, odio o menosprecio*” (art. 171 N° 4 C.P.).

5 CAMAÑO ROSA, Antonio, ob., cit., loc., cit.

6 RETA, Adela: “Derecho Penal Segundo Curso”, T. I., CED, 1963: 122.

7 Art. 6, inc. J) de L. 10.279, de 19.11.42.

8 Art. 130 C.P. alemán: “Quien de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público, incite al odio contra partes de la población o exhorte a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas, o agreda la dignidad humana de otros insultándolo, despreciando malévolamente o calumniando parte de la población, será castigado con pena privativa de la libertad de res meses hasta cinco años”, disposición que considera también el acto de ofrecer publicaciones o divulgar por radio opiniones que inciten al odio contra partes de la población o contra un grupo nacional, racista, religioso o determinado por su etnia, o que exhortes a medidas de violencia contra ellas, ocupándose también de castigar al que apruebe, niegue o minimice los hechos del nacional socialismo de manera apropiada para perturbar la paz pública.

9 Art. 131. Representación de la violencia: “Quien divulgue, exponga públicamente, fije, exhiba o de otra manera haga accesible, u ofrezca a persona menor de 18 años, publicaciones que describan actos de violencia o de inhumanidad de una manera que expresen una glorificación o minimización de los actos violentos o que representen crueldad o inhumanidad del proceso de una manera que lesiones la dignidad humana”, conducta que se pune con hasta un año de privación de libertad o con multa.

10 La agravante consiste en: “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

11 El delito de este art. 314 consiste en producir una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencia, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.

12 La modalidad básica de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades políticas consiste en provocar a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

La difamación consiste en atribuir públicamente a alguien un hecho determinado que, de ser cierto pudiera entre otras cosas “exponerla al odio o al desprecio” públicos (art. 333 C.P.) de todo lo que se sigue que el legislador ha tenido muy en cuenta el humano sentimiento del odio al disponer sus normas punitivas.

3 - Los delitos de manifestación.

En nuestro sistema es absolutamente libre la expresión del pensamiento¹³, pareciendo obvio que en un régimen liberal, democrático y republicano, no es posible, como regla, punir la manifestación de las ideas, porque ello conllevaría la irremisible inconstitucionalidad de la norma que así lo dispusiera¹⁴.

Sin embargo, existen los llamados delitos de manifestación, donde se castigan determinadas opiniones en la medida en que las mismas tengan aptitud para lesionar o poner en riesgo algún bien jurídico que merezca ese tipo de protección.

Sobre este punto nos hemos pronunciado extensamente antes de ahora y a lo allí expuesto nos remitimos¹⁵ *brevitatis causae*.

Esta libertad, como cualquier otra, no es sin embargo irrestricta, por cuanto se pueden cometer “abusos” como dice la Constitución, los que pueden llegar a ser punibles, como en los casos pre-mencionados, es decir, como indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando ello sea necesario “para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”¹⁶.

Esto supone, como es obvio, el reconocimiento de limitaciones valorativas, plenas de significado, que toman en cuenta por un lado el bien jurídico objeto de la tutela (la moral, la salud, el orden, la seguridad, los derechos y libertades ajenos) y por otro la necesidad de castigar, como último recurso para preservar la paz social, la convivencia armónica en el seno de la comunidad, los sentimientos colectivos que prevalecen en un momento de la historia, en una comunidad determinada.

Hay obviamente algo de relativo en todo ello, pues el pensamiento punido hoy puede ser la regla moral del mañana, con lo que venimos a señalar, una vez más, la esencial relatividad del concepto del delito, que no es un ente natural, sino el producto de la cultura, un ente cultural.

Ello señala la necesidad de ser prudentes en la punición y en la interpretación de los textos, pues deben preservarse equitativamente todos los valores en juego, por lo cual se debe extremar el cuidado para que el derecho penal siga siendo de última ratio, en definitiva que no pierda su carácter de derecho liberal, democrático y social.

Es por eso que el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos señala con toda claridad que el derecho a la libre expresión del pensamiento no puede ser objeto de previa censura quedando sujeto, no obstante, a “responsabilidades ulteriores”, en los casos que fueran “fijados por la ley” y sean “necesarios” para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicas¹⁷.

13 L. 16.099, de 4.12.989, art. 1, inc. 1: “(Libertad de comunicación de pensamientos y libertad de información). Es enteramente libre en toda materia, la expresión y comunicación de pensamientos u opiniones y la difusión de informaciones mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación, dentro de los límites consagrados por la Constitución de la República y la ley”.

14 El art. 29 de la Constitución, en su redacción actual (que viene en lo esencial desde 1830) dice: “Es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura, quedando responsable el autor y, en su caso el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”.

15 LANGON CUÑARRO, Miguel: “Opiniones punibles”, en Criminología y Derecho Penal, en colaboración con ALLER, Germán, T. III, ed. Del Foro, 2008.

16 Art. 18.1 del Pacto Internacional citado, ratificado por L. 13.751/969, que en lo pertinente dice: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley, que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

17 La Convención fue aprobada por L. 15.737/985, y el artículo citado en el texto es el 13.2.

4 - Estudio de las figuras de los arts. 149 bis y ter C.P.

La L. 16.048 de 1989, despojó al originario art. 149 de la parte que refería a la promoción del odio de clases, reduciéndolo a un delito consistente en instigar públicamente a desobedecer las leyes¹⁸, concretándose en las nuevas disposiciones (art. 149 bis y ter) los delitos de incitación al odio y de comisión de actos de odio, respectivamente.

Este Proyecto elaborado por la entonces Ministra de Cultura Prof. Dra. Adela Reta y su sub-secretario Dr. Nahum Bergstein, fue criticado en Comisión por los Profesores Ofelia Grezzi, Gonzalo Fernández y Milton Cairoli, considerándose los de "mala técnica" por su condición de tipos abiertos y por constituir en definitiva meros delitos de manifestación, consistentes en la expresión de pensamientos en público.

En su trámite legislativo se suprimió la referencia a la "condición social" de las personas concernidas, atento a que, se consideró se arriesgaría de tal modo "involucrar conductas propias de luchas gremiales y aun políticas".

Aunque, como es habitual en estos casos, se votó la ley por unanimidad (al parecer nadie se atreve a quedar fuera de lo "políticamente correcto" y arriesgar ser considerado por lo menos insensible ante el problema de la discriminación), se advirtió el riesgo cierto de limitar en demasía el derecho a la crítica, y punir la expresión de las ideas, por lo que se hizo una enumeración casuística de los casos ñeque la incitación al odio sería criminal, dejando fuera todo lo demás.

Esta "mala conciencia" del legislador, al momento de criminalizar, si se permite el término, se refleja en el reducido monto de la pena (de tres a dieciocho meses), que no llega siquiera al máximo de la posible de prisión, en los casos de incitación, y alcanza apenas el máximo en los de comisión (de 6 a 24 meses), lo que demuestra que, no obstante tratarse de delitos contra la dignidad humana, a los que se les considera portadores de una gran cantidad de injusto, se termina castigándose los con una muy benigna pena, en especial si se toma en cuenta el conjunto de nuestra legislación y las posibilidades de excarcelación, de procesamientos sin prisión o de imposición de penas alternativas que conllevan.

Catorce años después, a iniciativa del diputado Abdala (de 2000), se incorporan las expresiones "identidad u orientación sexual", luego de algunos debates que resultan bastante esclarecedores de lo que quiso hacer el legislador y de las dudas que todavía lo embargaban al decidir sobre el punto.

En efecto, en tren de hacer una enumeración casuística sobre el contenido de la incitación o de los actos de odio criminalizados, distintos actores propusieron otras categorías protegidas sobre las que podrían recaer las finalidades odiosas de los agentes, tales como las que derivan de la "profesión, oficio o condición física"¹⁹, discutiéndose también si era o no conveniente introducir, además, la expresión "sexo" o "género"²⁰.

Por un lado hubo quienes se alarmaron por la desmesurada extensión que la norma podría llegar a tener, ejemplificándose con el caso de "los políticos", que tienen esa profesión, lo que podría determinar que alguien que opinara que "los políticos defienden a las clases explotadoras" estaría cometiendo un ilícito penal²¹, lo que limitaría el derecho de crítica, y por otro estaban los que entendieron, a mi juicio más correctamente, que en realidad "se podría abarcar todas las situaciones" castigando a todo el que simplemente incite al odio, etc.²², sin necesidad de llegar a hacer "una lista interminable", como dijo un legislador²³.

El Miembro Informante del Senado (Dr. García Costa) en nombre de la Comisión que presidía, rechazó las ampliaciones (excepto las referidas a lo sexual del proyecto original de Abdala) ya que, a su juicio la

18 Con modificaciones de redacción porque agregó la alternativa de instigación "mediante cualquier medio apto para su difusión pública", y fijó la pena en unidades reajustables, que se reajustaron a su vez por L. 15.903/87 (art. 216). Esta disposición no será objeto de estudio en esta oportunidad.

19 Esta fórmula se llegó a manejar en un Informe en Minoría a iniciativa de Fernández Chávez, cuyo Informante fue el Dr. Jorge Barrera.

20 Sobre el punto especialmente se pronunció el Dr. Laguarda, con apoyo de Rubio y Xavier, prevaleciendo, no obstante, la tesis de sólo ampliar respecto de las referencias sexuales ya aludidas.

21 Fue la exposición y el argumento de Da Silva.

22 Fue la posición de Lacalle Pou y de Scavarelli.

23 Fernández Chávez.

referencia a la profesión y otras son “harto genéricas y discutibles en amplitud”, con lo que a mi criterio no se alcanza a ver el fondo del asunto, aunque sí fue acertado decir, como hizo, que varias de estas conductas quedan atrapadas en los tipos de injurias o de difamación.

En realidad a mi criterio, en toda esta discusión no se advirtió que lo que se debe proteger, en todo caso, si se opta como se hizo, por la vía de la criminalización, es a la persona humana cualquiera que sea su condición, por la dignidad innata que el derecho democrático actual le atribuye.

Esta consideración echa por tierra toda pretensión limitativa, ya que, al contrario de lo que se piensa, establecer “categorías protegidas” limita la protección que exige la dignidad de la persona humana, de cualquier persona humana.

Por ello es discriminatoria, paradójicamente, la ley que solo protege a “determinadas personas”, como dicen los *nomen iuris* de las disposiciones penales respectivas, pues deja fuera del amparo a individuos de la especie humana, respecto de los que, por cualquier condición que tengan o les sea atribuida, pertenezcan o no a sectores minoritarios de la población, podrán ser objeto de actos de violencia o de instigación a ella, sin que los actores tengan que responder por lo menos respecto de estas normas especialmente referidas a la discriminación humana.

Lo inmoral o injusto es incitar al odio o cometer actos de odio contra seres de la especie humana, que nacen iguales en dignidades y en derechos, como reza la célebre frase de la Declaración Universal, siendo inaceptable la protección diferencial dado el respeto que se debe tener al principio general de igualdad.

Las enumeraciones en estos casos deberían ser, a lo sumo, de carácter ejemplar y no taxativo, como a texto expreso se estableció²⁴.

De modo que no parece razonable proteger razas, religiones, nacionalidades, etnias u opciones sexuales, es decir sólo a “determinadas categorías” dejando fuera, por eso mismo, a otras como las referidas en el trámite parlamentario, porque lo importante no es “la razón” del odio, sino que el mismo se oriente contra una persona humana.

Debo decir que en tal sentido lo correcto, a mi juicio, sería, si se quiere tipificar estos delitos sin discriminar en perjuicio de los no incluidos, (alguno de los cuales probablemente sean particularmente vulnerables porque no tienen a nadie que haga *lobby* por ellos), que es lo que resulta objetivamente de la ley actual, eliminar las referencias u objetos personales sobre los que puede recaer el odio, y establecer simplemente como delito la incitación al odio o la comisión de actos de odio contra una o más personas.

5 - Aclaración de un malentendido. El problema del concurso de figuras.

En general se ha dicho, e incluso yo por comodidad de lenguaje y facilidad de exposición e incurrido en ello, que no deben ampliarse las “categorías protegidas”, para no limitar el derecho a la crítica y a la libre expresión del pensamiento.

Pues bien, cabe preguntarse si estas normas penales punen la mera expresión del pensamiento o si limitan el derecho del libre examen y la crítica de cualquier naturaleza que fuere, porque, de ser así, en verdad enfrentaríamos leyes contaminadas de flagrante inconstitucionalidad.

Como sería también inconstitucional la norma por mi proyectada en el sentido de establecer el delito de incitación al odio contra las personas o de la comisión de actos contra ellas, por la sola razón de ser seres humanos, pertenecientes a nuestra especie, sobre cuya dignidad se basa todo el sistema liberal, personalista y democrático de derecho.

²⁴ Sobre cómo resulta limitativo el texto de la ley al referir a las “razones” que llevan a la incitación vide LANGON CUÑARRO, Miguel: “Código Penal de la República Oriental del Uruguay”, ed. UDM, t. II, Vol. I, 2004: 72 y edición de 2007 en Comentarios al art. citado.

El delito no consiste en dar una opinión, que puede ser científica o hipotética, sobre determinada persona o personas, sino en "incitar al odio, al desprecio o la violencia" contra ella.

Un libro de estudio del liceo puede afirmar, describiendo regiones del mundo y habitantes que la pueblan, que los escandinavos son altos, de piel blanca, rubios y de ojos azules en elevada proporción, mientras que las etnias autóctonas andinas o alguna de ellas, están formadas por personas de baja estatura, tez oscura, pelo lacio y ojos negros, en tanto que los habitantes de las espetas de Mongolia son de fuerte complexión, nariz chata y ojos avellanados, sin que a nadie se le ocurra que con ello incita a ningún tipo de actitud, ni contraria ni favorable a los sujetos concernidos.

En todo caso tal vez las palabras suenen distintas a los oídos de cada uno de los integrantes de esos grupos los cuales, por razones culturales y costumbre probablemente consideren bello lo propio y menos favorecido lo extraño, o viceversa, lo que no altera en nada en contenido objetivo del mensaje que se atiene a describir hechos.

Si un libro de historia dijera por ejemplo que durante la Edad Media los judíos (como los mercaderes genoveses o venecianos) atesoraron grandes fortunas al dedicarse al préstamos de dinero a interés, lo que derivó luego en la formación de las grandes empresas Bancarias, que financiaron a la nobleza de la época para hacer la guerra, armar caballeros a sus hijos o abonar las dotes del casamiento de las damas, probablemente esté describiendo un hecho cierto y comprobable o al menos un dato sobre el que se puede afirmar razonablemente lo que se dice²⁵.

Se podrá discutir en todo caso sobre si es posible generalizar de tal modo, o sobre las razones por las cuales algunos judíos o venecianos hicieron grandes fortunas, pero si esas informaciones generan odio en algún lector, sólo por cuenta del mismo corre el sentimiento generado, porque ni de la relación de los hechos resulta incitación alguna a ello, ni existió intención del autor de provocarlo, lo que hace que todo esto quede fuera del ámbito de protección de la norma, entre otras razones, por la muy congrua de que de tal modo no se pone en riesgo en absoluto la paz pública.

Entonces el asunto deriva en la interpretación del verbo nuclear, en determinar qué es incitar a odiar, despreciar o ejercer vías de hecho contra alguien.

Porque si no se incita no hay delito.

Incitar o instigar, es provocar a alguno para que haga algo²⁶, es determinarlo²⁷, provocación que en el caso debe ser pública, por cualquier medio, debiendo destacarse que, si se hace por medio de la prensa asistiríamos al espectáculo de un delito de comunicación²⁸.

Y debe hacerse con intención específica, con dolo directo o voluntad de incitación

Pero además la conducta debe tener aptitud bastante para alterar el bien jurídico objeto de la protección por este Título del C.P., es decir, tiene que estar en "el sentido del tipo", y ser capaz de alterar ese estado de tranquilidad y reposo en que consiste la paz pública.

Cuando esto no sea así, conforme a las circunstancias del caso, que corresponde determinar al juez, se asistirá al espectáculo de un posible delito contra la personalidad moral del o de los concernidos, incurriendo el autor conforme a derecho, si correspondiere, en delito de difamación o de injurias (arts. 333 y 334 C.P.) conforme a las reglas generales.

25 En los textos legislativos comparados en general se excluye de la punición de las publicaciones de opiniones científicas o con finalidad docente. En el Uruguay ello estaría justificado genéricamente, o podría estarlo según el caso, por la disposición del art. 28 del C.P., en cuanto habría un cumplimiento de la ley. Sobre el delito creado por el art. 29 de la ley 18.026/2006 de "apología de hechos del pasado" ya me pronuncié en mi Código Penal anotado artículo por artículo al que remito ahora.

26 BAYARDO BENGOA, Fernando: "Derecho Penal Uruguayo", 2da. Ed., Tomo IV, Vol. I, Parte Especial, 1971: 120.

27 Se autonomiza una conducta que, en caso de ser aceptada, configuraría co-autoría del delito cometido por el principal, al que accede el coautor (art. 61.1 C.P.).

28 L. 16.099, de 3.12.989, art. 19: "(Delitos cometidos a través de los medios de comunicación). Constituye delito de comunicación cometido a través de los medios de comunicación, la ejecución en emisiones, impresos o grabaciones divulgadas públicamente, de un hecho calificado como delito por el Código Penal o por leyes especiales, siempre que la infracción quede consumada en cualquiera de aquellos".

En este punto se ve claro que, no obstante la pretensión de que los tipos sean meramente descriptivos de conductas humanas, en verdad, todos ellos necesitan una valoración por parte del juzgador, de modo que todos los tipos son, en última instancia, tipos judiciales, es decir, de creación o mejor, de determinación o "ascertamiento" de lo punible por parte del juez.

Es el magistrado el que establecerá si el sospechoso incitó o no públicamente al odio o al desprecio de una o más personas por las razones fijadas por la ley (color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación o identidad sexual) y si ello tuvo aptitud para vulnerar el bien jurídico supra-individual objeto de la protección (paz pública) determinando así que haya necesidad de aplicar una pena especial, en cuyo caso procederá de oficio contra el mismo.

Todo lo más que podemos indicar es que no debe tener el juez, ni una laxa permisividad, ni una draconiana severidad para considerar los casos, donde o nada configure incitación o todo lo sea, pues el buen juez debe ser un intérprete racional del sentimiento medio de su pueblo, en un determinado momento de la historia, debe expresar, no sus propias convicciones personales, sino las que resulten de la aceptación pública, lo que por cierto no es nada fácil de lograr, cifrando en última instancia la esperanza de una verdadera justicia, en la labor unificadora y orientadora de los tribunales superiores, que señalarán la ruta correcta de interpretación.

Quien afirme, por ejemplo, las bondades del amor heterosexual o a la inversa, el que señale lo positivo de la relación homosexual, no incita con ello al odio contra las categorías excluidas de su preferencia (hetero u homosexuales respectivamente).

Así, ni el sacerdote o predicador que destaque las virtudes del sacramento matrimonial, aunque señale la condición de pecado mortal de las relaciones homosexuales (o adúlteras que a los efectos es lo mismo), ni del que participe de las marchas de "orgullo gay" señalando como buena su propia opción sexual, aún cuando ello implique críticas contra por ejemplo la monogamia o el matrimonio, no cometen a mi juicio el delito de incitación que estudiamos, porque simplemente expresan ideas que se pueden o no compartir, pero que distan mucho, a mi criterio, de configurar una manifestación de contenido criminal.

El carácter normativo, pleno de valoraciones, del juicio que debe realizar el juez, indica que no solo se debe considerar objetivamente las expresiones utilizadas, sino buscar su finalidad, su objeto, de forma tal que, como dice la norma alemana se pueda "lesionar la dignidad humana" o sea "apropiada para perturbar el orden público".

Un ejemplo significativo de lo que queremos decir, se vivió intensamente en Francia con motivo del problema del "pañuelo islámico"²⁹, que plantea la línea de tensión entre laicismo, manifestación del pensamiento e intolerancia, donde se ve claro que no se puede prohibir totalmente su uso, porque sería un caso de discriminación, pero tampoco es aceptable un uso agresivo, un verdadero abuso de la libertad, dilema que se pretendió solucionar por la vía de determinar diferencias entre un "signo discreto" y uno de "ostentación" con carácter proselitista, aporía imposible de resolver con carácter general.

Es así que la resolución debería adoptarse caso a caso ya que la expresión de convicciones religiosas, no podría verse como un signo que representa por su naturaleza un carácter de ostentación o reivindicativo y al mismo tiempo no puede constituir en todos los casos un acto de presión o de proselitismo, debiendo asegurarse que la libertad de expresión no atente contra la buena marcha del centro escolar, seguridad, tranquilidad, continuidad del servicio público, asiduidad a las clases, etc.

Esta contención en la interpretación de los tipos, conforme al buen sentido y al verdadero pluralismo de la sociedad contemporánea, deja abierta la vía de la denuncia de parte, necesaria para perseguir por los delitos contra la personalidad moral del hombre, en cuanto se cometieren contra una persona determinada, que sería la única que podría en el caso movilizar el aparato represivo del Estado en defensa del honor, la rectitud o el decoro mancillado.

29 CASTAIGNEDE, Jocelyne: "El derecho francés y la lucha contra el racismo", en: Eguzkilore Número Extraordinario, 11, San Sebastián, 1997: 93-104.

5 - Propuestas de legge ferenda y conclusiones.

- a) A mi juicio como queda dicho, deberían mantenerse los tipos previstos por la ley de 1989, pero en sentido amplio, es decir refiriendo a todo acto de incitación o de comisión de actos de odio, violencia o desprecio contra cualquier ser humano, porque una ley anti-discriminación no puede comenzar por discriminar, y sólo proteger, ciertas categorías de personas y no a todas, que merecen y tienen igual dignidad y derechos, como integrantes del genero humano que son.
- b) Deberá confiarse en los jueces (no se puede hacer otra cosa) en cuanto a que interpretarán racionalmente la norma, y sólo punirán por las figuras aquí descritas, en la medida en que haya verdadera incitación pública, se afecte el bien jurídico protegido y sea necesaria la pena en el caso concreto.
- c) El principio de especificidad y de subsidiariedad deben llevar a preferir considerar muchos casos dentro de las figuras tradicionales de la difamación o injurias, conforme a las normas generales.
- d) El delito de desacato por ofensas debería derogarse, resolviéndose los casos en que se afectare el honor de un funcionario, conforme a las figuras de los delitos contra la personalidad moral del hombre que hemos reseñado supra.