



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Salinero Echeverría, Sebastián

La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLI, diciembre, 2013, pp. 263-308

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173629692008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA NUEVA AGRAVANTE PENAL DE DISCRIMINACIÓN. LOS “DELITOS DE ODO”

[The New Aggravating Circumstance of Discrimination.
“Hate Crimes”]

SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA*
Universidad de Talca

RESUMEN

A partir de la nueva agravante de discriminación prevista en el artículo 12 N° 21 CPen., el trabajo examina la garantía de la igualdad como derecho y su principal enemigo: la discriminación, sobre la base de una mirada al Derecho penal comparado sobre la protección penal del derecho a no ser discriminado, se intenta desentrañar el fundamento dogmático de la agravante para arribar finalmente a la conclusión de que es la concreción positiva de los denominados delitos de odio y que se debe favorecer una interpretación en tal sentido. También se ocupa de los motivos discriminatorios y su

ABSTRACT

With the stipulation of the new aggravating circumstance of discrimination provided for in article 12 No. 21 of the Criminal Code, this work examines the guarantee of equality as a right and its main enemy: discrimination, based on the Comparative Criminal Law on the legal protection of the right not to be discriminated, it attempts to unravel the dogmatic grounds of said aggravating circumstances to finally reach the conclusion that it is the positive implementation of the so-called hate crimes and that an interpretation of said phenomenon must be encouraged. It also addresses the reasons for discrimi-

RECIBIDO el 16 de octubre y ACEPTADO el 21 de diciembre de 2013

* Doctor en Derecho por la Universidad de Lérida; investigador de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Talca. Dirección postal: Québec 415, Santiago, Chile. Dirección electrónica: ssalinero@utalca.cl. Agradezco la valiosa ayuda de la becaria del Magíster de Derecho penal de la Universidad de Talca doña Manuela Royo.

delimitación conceptual, y finalmente en la comunicabilidad de la circunstancia a otros partícipes.

PALABRAS CLAVE

Discriminación – Agravante penal – Delitos de odio.

nating and its conceptual delimitation and finally the communicability of this circumstance to other participants.

KEYWORDS

Discrimination – Aggravating circumstances – Hate crimes.

I. INTRODUCCIÓN

Tras un largo e intenso debate en el interior del Congreso Nacional, luego de poco más de siete años de ingresado el proyecto del entonces presidente Ricardo Lagos¹, se aprobó la Ley N° 20.609 –también conocida como “Ley Zamudio”²–, publicada el 24 de julio de 2012, que establece medidas contra la discriminación.

Los pilares sobre los cuales se organiza esta ley son el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones que sean necesarias para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitarios ejercicio y goce de sus derechos fundamentales. Asimismo, reconoce un concepto de discriminación arbitraria y establece una acción judicial, su procedimiento y tribunal competente para reclamar por las discriminaciones arbitrarias. Por último, en lo que es objeto central de este trabajo, la ley modifica el *Código Penal*, particularmente su artículo 12, introduciendo una nueva circunstancia agravante, bajo el N° 21, del siguiente tenor: “21°. *Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca*”.

Esta circunstancia agravante responde a la necesidad social de reforzar la protección penal del derecho a la no discriminación³ y a lo que, en ese mismo sentido nos obligan los instrumentos internacionales vinculantes

¹ La propuesta original ingresó a la Cámara de Diputados mediante mensaje del ejecutivo el 22 de marzo de 2005. Véase *Boletín* N° 3815.

² Daniel Mauricio Zamudio Vera fue brutalmente atacado y torturado por su opción sexual el día 3 de marzo de 2012 en un parque de la ciudad de Santiago por un grupo aparentemente de tendencia neonazi. A consecuencia de dicho ataque, Daniel falleció 24 días después.

³ Véase “Mensaje” presidencial en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley* N° 20.609, p. 11.

para nuestro país⁴. Desde la órbita de la génesis legislativa, su antecedente inmediato se encontraría en el proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica de 1998⁵, pero más precisamente en la actualmente vigente agravante prevista en el artículo 22,4 CPen. esp. 1995⁶. Norma que en todo caso, guarda un parecido semántico sin parangón a esta criolla disposición legal.

El precepto hace una alusión directa, lo que guardaría coherencia con el principio de legalidad, a las diversas causas o razones que agravan la pena, cuando el delito está motivado por alguna de ellas. No hay limitaciones en cuanto a la tipología de delitos sobre los que se podría aplicar, por lo que en teoría resultaría aplicable a todo tipo de ilícitos⁷.

En el concreto análisis de la agravante, realizaremos un recorrido por los instrumentos normativos nacionales e internacionales sobre la igualdad como derecho y una breve mirada al Derecho penal comparado sobre la protección penal del derecho a no ser discriminado y su significado; además intentaremos determinar el fundamento dogmático de la circunstancia agravante, partiendo de la opinión comparada al respecto, para arribar a sostener que esta circunstancia es la concreción de los denominados delitos de odio y que se debe favorecer una interpretación en tal sentido. También realizaremos un análisis a los diversos motivos discriminatorios y su alcance conceptual. Luego nos ocuparemos brevemente de dos problemas que se pueden presentar, como el que dice relación con el error en la víctima de las características protegidas por el derecho y la comunicabilidad de la circunstancia a otros

⁴ POLITOFF, Sergio, *Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de Ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17)*, en *Ius et Praxis*, 2 (1999), p. 212.

⁵ Véase *Boletín N° 2142-17*, de 3 de marzo de 1998, sobre proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica, que buscaba penalizar ciertos y determinados actos discriminatorios, el que fue finalmente archivado en el año 2006. Esta normativa, contemplaba el numeral 20 para las circunstancias agravantes del artículo 12, en el siguiente tenor: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, xenófobos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, por su sexo o comportamiento sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

⁶ La agravante prevista en el artículo 22,4 CPen. esp. tiene su origen en el anterior *Código Penal*, introducida mediante LO N° 4/1995, de 11 de mayo, en el artículo 10,17.

⁷ La agravante tendría origen en el Derecho anglosajón, no se encontraba en las convenciones internacionales sino que fue una importación americana, con lo que sigue un modelo político criminal estadounidense. Véase: DOPICO GÓMEZ-ALLES, Jacobo, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57 (2004), pp. p. 143; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal* (Granada, Comares, 2001), p. 178.

participes. Todas estas cuestiones pretendemos desentrañar en los siguientes acápite, partiendo de la base que se trata de temas nada de fáciles y que, sin duda, suscitarán debate en la doctrina.

II. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA IGUALDAD COMO DERECHO

El principio de igualdad se encuentra reconocido transversalmente, tanto en la normativa interna, como en la internacional. A su vez, los cuerpos normativos que se ocupan de ella son tantos como países existen en el mundo y su mirada se produce desde las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

A continuación expondremos su reconocimiento en los instrumentos normativos más importantes:

1. La “*Constitución Política de la República de Chile*”.

La *Constitución* establece en su artículo 1: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Esta dimensión, reconoce una igual dignidad común a todos los seres humanos sobre la cual se fundamentan los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana, que igualmente pertenecen a cada uno y a todos los seres humanos por tener la dignidad de seres humanos, de personas. Ello permite, a juicio de Nogueira, ya una primera afirmación con consecuencias jurídicas prácticas en el ámbito constitucional, como es que siempre la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones⁸.

La segunda faceta del principio de igualdad consiste en el derecho a la igualdad ante la ley, aspecto reconocido explícitamente en la garantía prevista en el número 2 del artículo 19 CPol., el cual dispone: “*La Constitución asegura a todas las personas: [...] 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10 (2006), p. 801.

distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca⁹. No obstante lo anterior, en algunos casos la ley puede hacer diferenciaciones entre personas o grupos, con el objeto de establecer mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos, como es saber leer y escribir para ser ciudadano elector o haber cumplido cierta edad para ser acreedor de ciertos derechos civiles y políticos. Pero lo que está proscrito, siendo de la esencia de esta garantía, son las discriminaciones arbitrarias.

El derecho a la igualdad se proyectan siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley, implica que todos los ciudadanos están en una idéntica posición frente a los efectos y alcance de la ley, y un segundo plano, que se conoce como igualdad en la aplicación de la ley, la cual implica que, ante una idéntica situación, la ley se aplicará por igual a las distintas personas, independiente de sus circunstancias personales. Pues bien, teniendo presente lo anterior, la discriminación se configura en el primer caso de igualdad ante la ley, cuando se dispensa un trato diferente a personas en la misma situación o se confiere relevancia jurídica a circunstancias que no pueden tenerla. Asimismo, existirá discriminación en la aplicación de la ley, cuando no se otorgue a las personas el trato que por ley es correspondido. En consecuencia, la ley ha de ser aplicada por igual a todos los que se encuentren en la misma situación legal, pero sólo a ellos¹⁰.

2. La “Declaración universal de derechos humanos”¹¹.

La *Declaración* comienza su “Preámbulo” con una reafirmación de la solidaridad humana, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de “*los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. El artículo 1 declara: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”; el artículo 2 agrega, por su parte, que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados por la *Declaración* misma, sin distinción alguna de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. La utilización de las palabras “*sin distinción alguna*” y

⁹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), II, p. 125.

¹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p. 48 ss.

¹¹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A, de 10 de diciembre de 1948.

la inclusión del término “o cualquier otra condición” dejan en claro que no estamos frente a una lista no taxativa, por lo que se admitiría la inclusión de otras condiciones. El artículo 7 establece que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el derecho a igual protección de la ley, como asimismo el derecho a la igual protección contra toda discriminación y contra la provocación a tal discriminación. Luego, hay una serie de otras disposiciones que refuerzan este derecho¹².

Las disposiciones de la *Declaración* utiliza términos tales como “igualdad”, “igual protección”, “no discriminación” y “sin distinción”, y se utilizan indistintamente todos para referirse a la igualdad.

3. El “Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos”¹³.

El “Preámbulo” de este tratado reconoce a “*todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables*”. Su artículo 2 establece que cada uno de los Estados partes del *Pacto* se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el *Pacto*, sin distinción alguna de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. El artículo 3 prescribe el compromiso de los Estados partes del *Pacto*, para garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos que se enuncian en el *Pacto*. Asimismo, su artículo 20, en una línea claramente punitiva, indica que toda apología del “*odio nacional, racial o religioso*”, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley. Finalmente, el artículo 26 estatuye un precepto de antidiscriminación por antonomasia, estableciendo que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁴.

¹² Véanse los artículos 10, 16, 21, 23, 25 y 26 DUDH.

¹³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

¹⁴ También el *Pacto* tiene otras disposiciones referidas a la igualdad; véanse sus artículos 4, 14, 23, 24 y 25.

4. *El “Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”*¹⁵.

Este *Pacto* también reconoce normas protectoras de la igualdad de las personas. Su artículo 2 recoge el compromiso de los Estados partes en garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. A su vez, el artículo 3 establece un nuevo compromiso de los Estados Partes en orden a asegurar a los hombres y a las mujeres, igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el *Pacto*¹⁶.

5. *La “Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” (1965)*¹⁷.

La “Exposición de motivos” de esta convención establece la necesidad, sobre la base de los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos, de tomar medidas conjuntas de los Estados partes o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover, estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Considera que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación. Reafirma que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones, y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos, así como la convivencia de las personas aún dentro de un mismo Estado. Una de sus virtudes es que define en su artículo 1 qué se debe entender por “discriminación racial”, señalándola como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica,*

¹⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

¹⁶ También el *Pacto* tiene otras disposiciones referidas a la igualdad; véanse artículos 7, 10 y 15.

¹⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigencia el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

*social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*¹⁸. Sin embargo, no

¹⁸ El artículo 2 describe los compromisos de los Estados partes de adoptar políticas para eliminar la discriminación racial en todas sus formas, y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto establece: *a*) Los Estados se comprometen a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; *b*) Asimismo, los suscribientes se comprometen a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organización; *c*) Se obligan los Estados a tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; *d*) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar, por todos los medios apropiados, incluso si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; y *e*) Se comprometen los suscribientes a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial. Por su parte, el artículo 4 establece algunas medidas que pueden adoptar los Estados. Entre ellas están: *a*) Declarar como acto punible, conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; *b*) Declarar ilegales y prohibidas las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; *c*) No permitir que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella. El artículo 5 prescribe el compromiso de los Estados de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: *a*) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; *b*) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal, cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; *c*) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas; *d*) Una serie de derechos civiles (derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, derecho a nacionalidad, derecho a matrimonio, etc.); *e*) Derechos económicos, sociales y culturales (el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria, el derecho a vivienda, el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales, el derecho a la educación y la formación profesional); *f*) El de-

es el único instrumento internacional sobre no discriminación¹⁹.

6. La Recomendación 453 del Comité de Ministros, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.

El 27 de enero de 1966 fue aprobada la Recomendación 453, relativa a las medidas por adoptar contra la incitación al odio racial, nacional o religioso. La importancia de este instrumento venía dada en que propuso a los distintos países que conformaban el Consejo de Europa, una ley modelo que sancionaría penalmente ciertas conductas racistas, tales como: la incitación a la discriminación racial a causa de la raza, color, etnia o religión de una persona; por las mismas razones, la vejación, el insulto, la injuria, etc.; la

recho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques. Para finalizar, también este instrumento internacional se ocupa de la discriminación racial, a través de medidas preventivas. Por ello, el artículo 7 se refiere al compromiso de los suscribientes en tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la *Declaración universal de derechos humanos*, de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* y de la Convención señalada.

¹⁹ Otros tratados internacionales sobre discriminación son: i) Convenio de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio; ii) Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, de 29 de junio de 1951, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; iii) Convenio y Recomendación N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; iv) Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de 14 de diciembre de 1960, sobre la lucha contra la discriminación en materia de enseñanza; v) Declaración de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1963, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; vi) Declaración de las Naciones Unidas, de 17 de noviembre de 1967, sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer; vii) Convenio Internacional de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973, sobre la represión y el castigo del crimen de “apartheid”; viii) Declaración de las Naciones Unidas, de 27 de noviembre de 1978, sobre la raza y los prejuicios raciales; ix) Convención de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; x) Declaración de las Naciones Unidas, de 25 de noviembre de 1981, sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; xi) Declaración de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1992, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales étnicas, religiosas o lingüísticas. Véase: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (director), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal* (Madrid, La Ley, 2007), pp. 179 ss.

incitación a este tipo de actos criminales a través de escritos, publicaciones y otros medios similares que faciliten la publicidad; y toda una serie de comportamientos que hacen referencia a la fundación, financiación, participación, etc., en organizaciones y asociaciones que se dediquen de manera principal o secundaria a la discriminación racista o xenófoba o fomenten la misma²⁰.

7. *La “Convención americana de derechos humanos” o “Pacto de San José de Costa Rica”*²¹.

En el ámbito regional, debemos destacar la *Convención americana de derechos humanos*, que precisa en su “Preámbulo”: “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

El artículo 1 sienta la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la *Convención* y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica,

²⁰ También existen otra serie de instrumentos jurídicos europeos en la misma línea, véanse por ejemplo: el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, prohíbe la discriminación en cuanto al goce de los derechos reconocidos por el propio Convenio; la Recomendación N° 1.222 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1993, relativa a la lucha del racismo, la xenofobia y la intolerancia. En ésta se recomienda al Comité de Ministros invitar a los Estados miembros a legislar conforme a los principios y las líneas directrices que ha de establecer el Consejo de Europa, para sancionar penalmente a los autores de propósitos o actos racistas, xenófobos y antisemitas, así como de cualquier acción discriminatoria de este tipo cometida por las autoridades públicas; el *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales* (hecho en Estrasburgo, el 1 de febrero de 1995), el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (hecho en Varsovia, el 16 de mayo de 2005), y el *Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales* (hecho en Tromsø, el 18 de junio de 2009). El *Protocolo al Convenio sobre la ciberdelincuencia* (hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001) incluye también una protección contra la promoción de la discriminación.

²¹ La *Convención americana sobre derechos humanos* fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. A su vez, fue suscrita por la República de Chile el 22 de noviembre de 1969 y cuya ratificación se hizo mediante el depósito del instrumento correspondiente ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990; fue promulgada por el decreto supremo N° 873, de Relaciones Exteriores, de 1990, publicado en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1991.

nacimiento o cualquier otra condición social, entendiéndose para sus efectos que persona es todo ser humano. A su vez, el artículo 2 establece el deber para los Estados partes de adoptar disposiciones de Derecho Interno en el caso de que el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En lo que se refiere a las disposiciones de fondo, el artículo 24 consagra el principio de igualdad ante la ley en los términos siguientes: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”. De modo complementario, el artículo 25 proclama el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente *Convención*, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

III. LA DISCRIMINACIÓN

Como advertimos en el apartado anterior, no solo nuestra *Constitución* consagra la igualdad como un derecho, sino que existe una basta y amplia gama de instrumentos normativos internacionales que también lo hacen y, respecto de los cuales, nuestro país tiene que recogerlos imperativamente, adecuando el derecho interno, para finalmente garantizar el ejercicio y goce de este derecho. Así también, hemos visto que frente a este derecho humano fundamental, se presente como principal enemigo la discriminación, cuyo contenido y alcance pretendemos abordar a continuación.

Al respecto debemos señalar que los conceptos únicos no existen y, por lo tanto, tampoco existe un concepto unívoco que nos permita establecer, de manera universal, qué se entiende por discriminación. Existen, eso sí, diversos empleos de la palabra discriminación, a partir de los cuales se podrá determinar lo discriminatorio, lo no discriminatorio y lo antidiscriminatorio. Sin embargo, son muchos agentes –en sentido amplio– los que han tratado de concretizar este concepto.

El *Diccionario* de la Real Academia Española define la locución discriminación como: “*Acción y efecto de discriminar*”. A su vez, discriminar implica “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”²².

A partir del surgimiento de Naciones Unidas, el derecho a la no discrimi-

²² El *Random House Dictionary of the English Language* define discriminación como: “hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa conforme al grupo, clase o categoría a la que pertenece la persona o cosa en lugar de su mérito real”.

nación se ha transformado en un principio básico de convivencia mundial, el cual se ha replicado en todos los Tratados internacionales sobre la materia. De igual forma, dar contenido material al vocablo discriminación ha sido una necesidad. Los primeros Relatores de las Naciones Unidas se esforzaron por definir el concepto de discriminación. Casi todos ellos establecieron que no todo trato diferenciado es equivalente a discriminación, sino sólo el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona. Por lo tanto, las medidas especiales adoptadas a favor de quienes tienen discapacidades físicas, por ejemplo, serían legítimas (discriminación positiva).

En el párrafo 7° de su Observación General N° 18, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define la “discriminación”, para los fines del artículo 2 y el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, en un lenguaje muy similar al empleado en varios otros convenios.

El Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el *Pacto*, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²³.

A su vez, la jurisprudencia europea, específicamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido la discriminación como la desigualdad de naturaleza arbitraria, o bien como distinciones que carecen de una justificación objetiva y razonable o que tienen un carácter desproporcionado. Los Estados partes cuentan con un margen de apreciación, pero ciertas bases, para la diferencia de trato, pueden requerir de razones “particularmente graves” para su justificación. Si se comprueba que se ha hecho una distinción, es responsabilidad del Estado demostrar que la diferencia de trato se justifica en términos razonables y objetivos, a saber, que se persigue un fin legítimo y proporcional al mismo²⁴.

Las distinciones razonables y aquellas diseñadas para fomentar, más que para menoscabar la igualdad, no son discriminatorias siempre que sean proporcionales al objetivo. En el caso “Thlimmenos contra Grecia”, el Tribunal adujo que también hay discriminación “cuando los Estados, sin mediar una

²³ Pacto internacional derechos civiles y políticos, Observación General N° 18: *No discriminación* (1989) en *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev. 8, 8 de mayo de 2006, p. 185.

²⁴ Véase la sentencia recaída en “Thlimmenos contra Grecia” [GS] [TEDH 2000, 122], núm. 34369/1997, ap. 41, TEDH 2000-IV.

justificación objetiva y razonable, no tratan en forma distinta a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de opiniones consultivas o sentencias, han emitido, a lo largo de los años, diversos pronunciamientos que han permitido crear una doctrina jurídica importante en el ámbito de la lucha contra la discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo notar que “*la noción de no discriminación se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza [...]*”²⁵. A este respecto, Esta Corte, en los últimos años, ha venido fundamentando la no discriminación como una norma de *ius cogens*²⁶. Ello implica que el cumplimiento del precepto es obligado para toda la comunidad internacional, respecto de la cual no es permitido justificación alguna que avale su vulneración²⁷.

A su vez, en doctrina, autores como Rodríguez Piñeiro y Fernández López indican, con acierto, que el concepto de discriminación es producto de una lenta construcción cuyo origen se encuentra en el Derecho internacional, el que a través de un conjunto de instrumentos, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha asignado un contenido valorativo al concepto en el que prima el sentido peyorativo o de menosprecio -más que arbitrario-. Especialmente, al referirse el *Diccionario* a la conducta de dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos despreciables²⁸.

Por su parte, Laurenzo Copello define el trato discriminatorio como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos

²⁵ La propuesta de modificación a la *Constitución Política de Costa Rica* relacionada con la naturalización (OC-4/84), párr. 55 y 56.

²⁶ Véase artículo 53 de la *Convención* [de Viena] *sobre Derecho de los tratados* de 1969.

²⁷ Para profundizar al respecto, véase: SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, Daniel, *La prohibición de la discriminación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, en *Gaceta Constitucional*, 50 (2012), pp. 363 ss.

²⁸ RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel - FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 87 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), pp. 315 ss.

los seres humanos, basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia²⁹. Otra propuesta de definición es la de Machado Ruiz, el que entiende por discriminación el trato diferenciador a determinadas personas o grupos por el menosprecio hacia sus peculiaridades, personales o sociales, que los distinguen y apartan del canon de normalidad imperante en el sistema social, colocándolos en una situación de desventaja que obstaculiza el acceso al ejercicio de determinados derechos o beneficios³⁰. En tanto, para García Álvarez, el trato discriminador es el trato desigual peyorativo, tomando como punto de partida el trato que a la persona en concreto afectada le correspondería por ley, motivado por ciertas peculiaridades carentes de relevancia jurídica, que distinguen al afectado de los cánones “normales”, tomados como punto de referencia³¹. Para Rodríguez Yagüe, el concepto de discriminación debe ser construido a partir de la noción jurídica del fenómeno discriminatorio, esto es, conectando la discriminación con el resultado que produce en la situación jurídica de la persona o grupo discriminado. En este sentido, señala esta autora que se puede definir discriminación como cualquier diferencia de trato, consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición –o no preferencia– o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos de una o más personas por su pertenencia a un grupo concreto tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad³².

Todas las definiciones antes aportadas nos permiten conjeturar que la discriminación está relacionada con el principio de igualdad³³, importando una negación de ese derecho, que se materializa por un trato diferente -o desigual– que no se justifica en términos razonables y objetivos conforme al trato que es debido en el modelo de conducta del sistema social imperante. Sin duda, lo relativo al trato que es debido dispensar a otra persona es un concepto valorativo que dependerá de la sociedad y el momento específico de que se trate, por cuanto una conducta puede ser claramente discriminatoria en un Estado, pero no necesariamente en otro, y siendo la conducta diferenciadora en un Estado, dependerá de la época en que esa conducta así

²⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, en *Estudios Penales y Criminológicos* 19, (1996) pp. 219-288, pp. 235 ss.

³⁰ MACHADO RUIZ, María Dolores, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), p. 75.

³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, cit. (n. 10), p. 52.

³² RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)* (España, Bomarzo, 2007), p. 61.

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 315; LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), p. 233; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda, cit. (n. 7), pp. 246 ss.

esté calificada. Asimismo, es prácticamente imposible perpetuar un criterio objetivo al margen de los cánones conductuales socialmente aceptados que sean transversales a todos los países y épocas. Ahora, lo atingente al trato de inferioridad, peyorativo o de menosprecio a otra persona, es una noción intrínseca a la negación de igualdad, por lo que no debe ser una acción independiente o un resultado en sí misma.

IV. PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el marco de la protección penal del derecho a no ser discriminado, tradicionalmente los ordenamientos jurídicos comparados se han manifestado o asumido su problemática desde dos formas político criminales, las cuales no son incompatibles entre sí, pudiendo ser abordadas de manera conjunta, como así ocurre en algunos países. Una de las formas, que podríamos denominar de carácter particular, consiste en la tipificación penal de determinadas o específicas conductas que serían atentatorias contra el bien jurídico igualdad y, subsecuente, derecho a no ser discriminado. La otra forma, inminentemente de carácter general, consiste en la provisión de una agravante genérica –que expresa los motivos discriminatorios– aplicable a todos o algunos delitos que el respectivo código punitivo prescribe³⁴.

A continuación haremos una breve revisión de cómo se estructura la protección penal de la discriminación en el ámbito comparado:

1. *Alemania.*

En Alemania existe una protección específica de la discriminación, la cual se manifiesta en una determinada figura penal. Tal protección se ha establecido en el StGB, en el libro II, sección 7ª, sobre los delitos contra el orden público, en su § 130, que contiene dos apartados:

En el apartado 1º se castiga con prisión de 3 meses a cinco años al que, de manera apropiada perturbe el orden público: *i*) incitando al odio contra partes de la población o exhorto o invite a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ésta; o *ii*) agrediendo la dignidad humana de otros insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población.

Por su parte, en el apartado 2º se castiga con prisión hasta 3 años o con multa a quien: 1º *a*) divulgue escritos que inciten al odio contra parte de la población o contra un determinado grupo nacional, racial, religioso o contra su nacionalidad, que inviten al uso de medidas violentas o arbitrarias contra

³⁴ En el sitio web: www.humanrightsfirst.com puede verse qué modalidad para combatir penalmente la discriminación adopta un determinado país.

ellos o que agrede la dignidad de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos antes individualizado; *b*) también al que exponga públicamente dichos escritos, los fije, exhiba o los haga accesibles de otra forma; *c*) los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de 18 años; *d*) los produzca, compre, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, elogie, y de manera tentada o consumada importe o exporte, con el fin de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras *a*) a *c*); y 2° difunda un programa a través de la radio, televisión u otros medios cuyo contenido sea uno de los descritos en el número 1° anterior³⁵.

2. España.

Como dijimos anteriormente, la estructura de la agravante chilena de discriminación es tomada por el legislador desde la realidad penal española, la cual contempla por una parte una circunstancia modificatoria que agrava la responsabilidad penal de cualquier delito –cuando concurre– y está prevista en el artículo 22.4 CPen.1995 en los siguientes términos: “*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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*”; y tiene prácticamente los mismos motivos discriminatorios de nuestra nueva norma, y por otra parte, por la existencia de normas particulares que regulan conductas específicas como discriminatorias, las cuales son sancionadas penalmente. En este último espectro, se sitúan las siguientes figuras penales: delito de discriminación laboral (artículo 314); delito de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias (artículo 510); delito de discriminación en servicios públicos (artículo 511); delito de discriminación profesional o empresarial (artículo 512); delito de amenazas dirigido a grupo étnico (artículo 170); y finalmente delito de asociación ilícita que promueva la discriminación (artículo 515,5).

En definitiva, el legislador español ha asumido una férrea defensa de la igualdad, combatiendo penalmente la discriminación tanto con carácter general como particular.

3. Italia.

En la península itálica, básicamente la protección penal contra la discriminación es específica y se encuentra regulada en el Decreto-ley N° 122, de 26 de abril de 1993, conocida como “Ley Mancino” en homenaje a su autor,

³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 59.

establece medidas urgentes en materia de discriminación racial, étnica y religiosa; que modificó la Ley N° 654, de 13 de octubre de 1975.

Este cuerpo legal establece en su artículo 3 apartado 1° que se castiga con reclusión de hasta 1 año y 6 meses o con multa a quien propague ideas fundadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, o instigue a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos.

También castiga con reclusión de 6 meses a 4 años al que de cualquier modo instigue a cometer o cometa violencia o actos de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos.

El apartado 3° prohíbe las organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que persigan la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Quien participe en tales organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos y quien promueva o dirija los mismos también son sancionados. Igualmente, el apartado 2° sanciona a los que en reuniones públicas hagan manifestaciones u ostenten emblemas o símbolos propios o usuales de las organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos.

Para terminar, también fue introducida la agravante de motivos racistas (artículo 3). Ella consiste en actuar con finalidad discriminatoria o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o con la finalidad de ayudar a organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus fines la misma finalidad. La apreciación de esta circunstancia modificatoria supone aumentar la pena hasta la mitad³⁶.

4. *Argentina.*

En América, Argentina, mediante la Ley N° 23.592, de 23 de agosto de 1998, sobre actos discriminatorios, introduce una agravante genérica para todos los delitos del *Código Penal* o leyes complementarias, elevando en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito, cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (artículo 2).

Igualmente se sanciona con penas privativas de libertad a los que participan en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. A estas mismas penas también estarán expuestos quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren

³⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 112 y 113.

a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (artículo 3).

V. FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Al igual como ocurre con el resto de circunstancias modificatorias de responsabilidad que prevé el legislador chileno, el análisis de la agravante de discriminación no puede situarse al margen del contexto general del resto de dichas circunstancias. En este sentido, hay tres grandes líneas en doctrina para establecer el fundamento dogmático de las circunstancias modificatorias en general. Están los primeros, que señalan que el fundamento de las circunstancias se encuentra en la teoría del delito³⁷, dividiéndose entre aquellos que indican que estas circunstancias gradúan la medida del injusto, y otros, para quienes gradúan la culpabilidad del autor. La segunda posición, la cual es minoritaria, indica que el fundamento de las circunstancias se sitúa en la teoría de la pena³⁸. Una tercera posición, también minoritaria y de carácter ecléctico, señala que las circunstancias modificatorias son una institución que toma elementos de ambas teorías, en consideración al diverso fundamento que puede asignársele a cada una de ellas y a la función que cumplen³⁹.

³⁷ Entre nosotros: LABATUT, Gustavo, *Derecho penal* (9^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), I, pp. 209 ss.; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II, p. 10 ss.; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I, p. 181 ss.; BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de Derecho penal* (Santiago, LexisNexis, 2005), II, p. 165; con algún reparo se manifiesta CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (8^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), pp. 471 ss. En España, destacan ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* 77, (1995), 7 p. 49; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el 7 Derecho penal* (Granada, Comares, 1998), p. 60; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva* (Madrid, Civitas, 1995), pp. 39 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general* (8^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010), p. 491.

³⁸ En Chile, se manifiestan a favor de esta posición: ORTIZ QUIROGA, Luis - ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013), pp. 364 ss.; en España: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal* (Valencia, Universidad de Valencia, 1988), pp. 123 ss.

³⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 337. Además, señala que si atendemos exclusivamente a las agravantes, y en relación a su conexión con la teoría del delito, tampoco existe acuerdo a la hora de decidir en qué categoría del delito deben ser analizadas, o en qué categoría del delito encuentran su fundamento: si en la antijuri-

Sin perjuicio de lo anterior, participamos de la opinión de Prats Canut⁴⁰ y González Cussac⁴¹. Del primero, el poco sentido práctico de reducir las circunstancias a un solo fundamento de los ya explicados; y del segundo, que la adscripción a una u otra no conlleva una diferencia práctica relevante, pues en cualquier caso siempre producirá el mismo efecto de modificar la pena, sea atenuándola o agravándola.

Finalmente, no está demás decir que, en consideración al novísimo carácter de la circunstancia, en Chile el debate sobre su naturaleza jurídica no ha comenzado de momento. En cambio, en España la naturaleza jurídica de esta circunstancia se encuentra sujeta a discusión en la doctrina especializada, la cual se encuentra dividida en dos grandes grupos -los que la ubican en el plano del injusto y los que la sitúan en la culpabilidad-, situación que pretendemos analizar a continuación, para luego manifestar nuestra posición.

1. *Un mayor injusto de la conducta del autor.*

El grupo de autores que atribuyen el mayor contenido de injusto que representa la conducta del autor, está compuesto, entre otros, por Machado Ruiz⁴², quien explica la agravante a partir de un desvalor adicional del resultado, dando cierta prioridad al efecto que el delito realizado produce en el sujeto pasivo, por sobre el móvil discriminador. Para este autor, el bien jurídico adicionalmente comprometido es el derecho a ser diferente.

Por su parte, Lorenzo Copello, si bien sitúa la agravante en el plano del injusto, la explica también a partir de un desvalor adicional del resultado, dando preponderancia no al móvil discriminador, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. En su tesis, el otro bien jurídico comprometido, además del lesionado por el delito cometido, es el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro⁴³. Esta autora entiende que se adaptaría mejor, tanto a las intenciones del legislador, como a la letra de la ley, una interpretación de la agravante desde un mayor desvalor de la culpabilidad. No obstante,

dicidad o en la culpabilidad. Estas discrepancias tienen su origen, en buena medida, en la concepción de antijuridicidad y de culpabilidad que los distintos autores sustentan.

⁴⁰ PRATS CANUTS, José Miguel. *Comentario*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) - MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal* (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005), p. 211.

⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, cit. (n. 38), p. 144.

⁴² MACHADO RUIZ, María Dolores, *El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima* (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5 (2002), pp. 417 ss.

⁴³ LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), p. 281 ss.

finalmente refugia la naturaleza en el injusto, habida consideración de los problemas de interpretación⁴⁴.

También Mir Puig defiende que la agravante de discriminación supone un mayor injusto, pero afirma que es un incremento del injusto subjetivo del hecho, afectándose el principio de igualdad consagrado en la Constitución española⁴⁵.

Otro autor que defiende esta posición es Arroyo Las Heras, el cual afirma que el fundamento de la agravación reside en que el delincuente, además de lesionar el bien jurídico protegido por el delito que se trate, afecta otros valores socialmente reconocidos y que el legislador ha pretendido tutelar⁴⁶.

Al igual que los anteriores, Landa Gorostiza, siguiendo a Laurenzo Copello, entiende que el fundamento de la agravante se sitúa en el desvalor adicional del resultado y lo reconduce, en consecuencia, al plano del injusto. Sin embargo, a diferencia de Laurenzo Copello, opina que el plus de gravedad debe buscarse en la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito común, precisamente por razones de raza, etnia, ideología, orientación sexual, etc. Señala que la perspectiva de enfoque de la cuestión debe dirigirse no al destinatario inmediato de la conducta delictiva, sino al colectivo de pertenencia o de referencia. Propone, mediante un examen *ex ante* de un espectador imparcial situado en la posición del autor, que lo realmente decisivo para que pueda justificarse el mayor desvalor de injusto será que la conducta, considerando todas las circunstancias en las que ésta se lleva a cabo, resulte idónea para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo de pertenencia o referencia. Pero no se trata de cualquier mensaje, sino uno de tal cualidad (coactiva) que, a efectos normativos, sea equivalente a una amenaza directa de un mal constitutivo de delitos graves a las que no pueda sustraerse racionalmente un ciudadano medio. En otras palabras, señala este autor, cuando determinadas conductas delictivas vienen coloreadas intersubjetivamente por una motivación racista, xenófoba, discriminatoria, homofóbica, etcétera, del colectivo racial, étnico, homosexual correspondiente, experimenta, en términos normativos, una amenaza directa de su seguridad existencial, a pesar

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 274 ss.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Argentina, Repertor, 2008), p. 630.

⁴⁶ ARROYO LAS HERAS, Alfonso, *Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante*, en MUÑOZ CUESTA, Javier (coordinador), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995* (Navarra, Aranzadi, 1997), p. 112.

de que no hayan resultado ser los destinatarios inmediatos de la conducta delictiva que se pretende agravar⁴⁷.

Para Dopico Gómez-Aller⁴⁸, el fundamento de la agravación reside en la existencia de una mayor antijuridicidad. Esgrime que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es motivada por factores xenófobos. Arguye que el principio de igualdad se refiere a la expectativa de trato igual y no de motivación igual en el trato. Sentencia que este principio sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. Estima que es perfectamente posible traducir la terminología empleada cuando se alude a los efectos de una conducta con motivación xenófoba y hablar de la significación xenófoba, y llega a la conclusión que el titular del interés al que se refiere la agravante, no es el concreto agredido, ya que dicho interés no es de titularidad individual. Indica que el plus que añade la connotación racista no es perceptible desde la perspectiva del lesionado sino de un modo mediato, y que el plano de análisis adecuado para la determinación de la infracción adicional es el plano supraindividual o colectivo.

A su vez, Serrano Gómez sitúa la circunstancia de discriminación entre las que determinan una mayor antijuridicidad, por la mayor gravedad del resultado⁴⁹.

Por su parte, para Díaz y García Conlledo⁵⁰ la agravante también encuentra su fundamento en el ámbito de la antijuridicidad. En relación a la posición que debe ocupar la agravante en el ámbito del injusto, y atendiendo a la clasificación entre circunstancias objetivas (las que denotan mayor peligrosidad del hecho o suponen un ataque más extenso) y subjetivas (que denotan una motivación particularmente indeseable, o actitud más reprochable), indica que la adopción de una decisión no es sencilla. Sin embargo, reconoce que la agravante contiene elementos que afectan tanto el desvalor subjetivo como el desvalor objetivo del injusto, en la medida que las razones o motivos discriminatorios suponen, al menos, un ataque más extenso, y concluye en que ambos elementos deben concurrir en el hecho para que la agravante pueda considerarse en su integridad. Esto significa exigir que en la víctima del delito concurren las características diferenciales explicitadas en el texto legal. En definitiva, atribuye a la agravante de discriminación un carácter subjetivo-objetivo.

El autor indica que en los supuestos que tales características no concu-

⁴⁷ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda, cit. (n. 7), pp. 188 ss.

⁴⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, cit. (n. 7), pp. 154 ss.

⁴⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María - SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general* (18ª edición, Madrid, Dykinson, 1995), p. 738.

⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), pp. 349 ss.

rran en el sujeto pasivo del delito, y el autor haya actuado motivado en la creencia errónea de que las mismas sí se encontraban presentes (supuestos de error inverso), no comparte las soluciones expresamente planteadas para el caso, como la de considerar que el error es irrelevante y en consecuencia, optar por la aplicación de la agravante, atendiendo a que su fundamento radica exclusivamente en los motivos, o la solución de apreciar la existencia de un concurso ideal entre la tentativa (inidónea) de delito agravado y el correspondiente delito consumado, sino que es partícipe de propugnar, para estos supuestos de error, la no aplicación de la agravante de discriminación, aunque el desvalor subjetivo de injusto que subsiste en estos casos, puede ser recogido por el juzgador al momento de determinar la pena.

En una posición parecida a la anterior se presenta Alonso Álamó, para quien la circunstancia tiene una naturaleza mixta objetiva-subjetiva. La especial motivación del autor, aspecto subjetivo de la agravante, constituye su elemento nuclear. Pero la agravante presenta además una dimensión objetiva que la delimita. No cualquier motivo sino precisamente los motivos discriminatorios son tomados en cuenta por la ley. De acuerdo con esto, la discriminación debe entenderse reservada a los tratos desiguales que tengan su origen en determinados rasgos diferenciales de la víctima, lo que contribuye a restringir el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante⁵¹.

2. *Un mayor reproche de culpabilidad.*

Un sector importante de la doctrina española integra esta circunstancia agravante en la culpabilidad (mayor reproche de culpa). Entre otros, destaca Bernal del Castillo⁵², quien indica que la configuración de la circunstancia se centra “en la actitud personal contraria a valores”, permitiendo fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de reproche, al margen de las concepciones teóricas objetivas o subjetivas del injusto. Lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital, orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás. La apreciación de esta circunstancia no equivale a un mayor desvalor de acción o de resultado en el concreto delito cometido, son circunstancias no reconducibles al tipo de injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieren a la acción concreta cometida. Finaliza señalando, por lo tanto, que pertenecen a la culpabilidad.

⁵¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *La circunstancia agravante de discriminación*, en Díez Ripóllés, José Luis - Romeo Casabona, Carlos María - Gracia Martín, Luis - Higuera Guimerá, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Madrid, Tecnos, 2002), p. 539.

⁵² BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 37), p. 65.

En la misma línea anterior, se manifiesta Cuerda Arnau, para quien parece más adecuado buscar el fundamento en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar, lo cual determina un mayor desvalor del ánimo y, en definitiva, mayor culpabilidad⁵³.

El criterio subjetivo es defendido también por Cerezo Mir, para quien la agravante tiene su fundamento en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito. Supone, entonces, una mayor gravedad de la culpabilidad. En su opinión, la agravante se basa en la índole de los motivos⁵⁴.

En la misma senda, Arias Eibe entiende que el fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en la mayor gravedad de la culpabilidad que supone el móvil abyecto que guía al sujeto a la comisión del delito. Señala que existe un ataque frontal a la igualdad y a la dignidad personal como bienes constitucionales, por lo que la agravación está más que justificada⁵⁵.

De igual modo, se manifiestan Muñoz Conde y García Arán, quienes declaran, en tono crítico, la imposibilidad de encontrar razones que apunten a ratificar el fundamento de la agravante en un mayor desvalor del injusto; advierten que todo apunta, más bien, a buscar el fundamento de la agravación en los móviles de la actuación del sujeto, en su fuero interno⁵⁶.

Para Bustos Ramírez es una circunstancia personal de motivación, en la que se aprecian los más bajos y primitivos instintos de desprecio del ser humano y a los derechos fundamentales de las personas, por lo que incrementa la culpabilidad⁵⁷.

Finalmente, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo consideran que esta circunstancia se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor, por la mayor reprobabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, pues es requisito, para apreciar la agravante, que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito⁵⁸.

⁵³ CUERDA ARNAU, María Luisa, *Artículo 22.4*, en VIVES ANTÓN, Tomás (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), I, p. 240.

⁵⁴ CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general* (6ª edición, Madrid, Tecnos, 2001), III, p. 161.

⁵⁵ ARIAS EIBE, Manuel, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Bosch, 2007), p. 237.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, cit. (n. 37), p. 491.

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Santiago, Ediciones jurídicas de Santiago, 2007), I, p. 771.

⁵⁸ CALDERÓN CERESO, Ángel - CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Manual de Derecho penal. Parte general* (España, Deusto Jurídico, 2005), I, p. 249.

3. Nuestra posición.

La agravante la situamos en el plano del injusto, basada en un doble plus de desvalor objetivo y subjetivo. El desvalor objetivo está radicado en una mayor peligrosidad del hecho y un ataque más extenso, en el que existe un desvalor adicional del resultado, que añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad, y donde el efecto del ilícito produce efectos no sólo en el sujeto pasivo del delito, sino también en el colectivo al que pertenece y al resto de la comunidad⁵⁹. El *plus* de antijuridicidad se manifiesta también en la dimensión subjetiva del hecho, dado que el mensaje discriminatorio está directamente condicionado a que el autor actúe por un motivo discriminatorio⁶⁰.

Para la comprensión de lo anterior, la agravante la debemos entender como la concreción positiva de los denominados delitos de odio, también conocidos en el mundo anglosajón como “hate crimes”, donde la estructura de la primera (agravante) es uno de los dos elementos para la construcción del segundo (delito de odio).

Los crímenes de odio siempre se componen de dos elementos⁶¹. El primer elemento de un delito de odio es la realización de un acto que constituya un delito tipificado en la legislación penal ordinaria, al que se denomina “delito base”. Los crímenes de odio siempre requieren de un delito base que se haya producido. Si no hay un delito base, por lo tanto, no hay crimen de odio.

El segundo elemento de un delito de odio es que el delito se cometa con un motivo particular, el que necesariamente debe ser de discriminación⁶². Es este elemento de discriminación lo que diferencia a los crímenes de odio de los delitos comunes⁶³. Esto significa que el perpetrador, intencionalmente escogió su blanco para cometer el delito, y ese sujeto amenazado o atacado

⁵⁹ Entre nosotros, POLITOFF, Sergio, cit. (n. 4), p. 196, al informar sobre las discriminaciones punibles, señala que en todas aquellas aparece lesionada la dignidad de la persona, pero a la vez, según sea su forma, esos delitos podrán significar, un atentado contra otros bienes jurídicos colectivos, sea ésta la paz pública o el orden público.

⁶⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 350.

⁶¹ “Hate Crimes in the OSCE Region- Incidents and Responses”, Reporte Anual 2009 (Varsovia, Noviembre 2010), p. 13, en <http://www.osce.org/odihr/73636?download=true> [sitio visitado el 15 de septiembre de 2013].

⁶² STROMER, Mark, *Combating Hate Crimes Against Sikhs: A Multi-Tentacled Approach*, en *The Journal of Gender, Race & Justice*, 9-3 (2006), p. 746; GRATTET, Ryken, *Examining the Boundaries of Hate Crime Law:]Disabilities and the Dilemma Of Difference*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 91 (2001) 3, p. 5.

⁶³ PARKS, Gregory - JONES, Shayne, *Nigger: a Critical Race Realist Analysis of the N-Word Within Hate Crimes Law*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98 (2008) 4, pp. 5 ss.

comparte alguna de las características que son protegidas por el ordenamiento jurídico (raza, religión, etnia, nacionalidad, etc.)⁶⁴.

El siguiente ejemplo nos ayudará a develar mejor la composición del delito de odio: En una escuela se prendió fuego. Inicialmente, la policía estima que es un incendio simple. Sin embargo, la escuela es atendida principalmente para niños de etnia rumaní, y las investigaciones revelan que ha habido incidentes anteriores de “graffiti” en la escuela, con consignas contra los gitanos como “gitanos váyanse”. Los autores son aprehendidos y admiten que eran responsables del incendio y el “graffiti”. Ellos dicen que fueron motivados por un deseo de “limpiar” su área de “extranjeros”. El delito base claramente es el de incendio, y la motivación discriminatoria, específicamente por motivos de origen étnico, lo cual configura el segundo elemento, y que sumado al anterior, hace de éste un crimen de odio.

De esta manera, la agravante de discriminación es, a nuestro parecer, un componente de los crímenes de odio. En concreto, configura el segundo elemento para la existencia de aquel, o dicho de otra forma, la ecuación del crimen de odio es el delito base (cualquier tipo penal) + la agravante de discriminación.

Ahora bien, este tipo de técnica legislativa permite evitar la creación de distintos tipos penales que requieran particularmente este componente de motivación discriminatoria. Sin embargo, como vimos anteriormente, algunas legislaciones penales también ha optado por castigar de manera independiente ciertas conductas que tienen un carácter discriminatorio, lo que tampoco estaría mal a nuestro juicio, dado que vendría a reconocer el problema y destacar el valor superior del respeto al principio de igualdad. Tampoco descartamos una intención simbólica en este accionar⁶⁵, la cual también guarda correspondencia con la argumentación anterior.

A continuación, desarrollaremos pormenorizadamente nuestra tesis del doble desvalor subjetivo-objetivo, siempre en el plano del injusto, y en el marco de los delitos de odio.

a) El injusto subjetivo. Como dijimos anteriormente, los crímenes de odio se distinguen de otros tipos de delitos, por el motivo de su autor. Estos ilícitos son actos criminales cometidos por un motivo discriminatorio. Este es el motivo que marca los crímenes de odio y que lo diferencian de otros delitos⁶⁶. A su vez, la nueva agravante del numeral 21° del artículo

⁶⁴ PARKS, Gregory - JONES, Shayne, cit. (n. 63), pp. 5 ss.

⁶⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal* (Granada, Comares, 1999), p. 328.

⁶⁶ La expresión “crimen de odio” describe un tipo de delito y no de un delito específico dentro de un Código penal. Así, una persona puede cometer un crimen de odio en un país donde no existe ninguna sanción penal específica a causa de una discriminación

12 CPCh., al igual como lo hace la norma española del artículo 22,4 CPen. sp. exigen una especial motivación, la que también es discriminatoria. Pese a las reiteradas críticas que sobre este punto ha tenido la redacción de la agravante por parte de un sector de la doctrina española⁶⁷, toda vez que sería una manifestación del censurable Derecho penal de autor, en el que el legislador penal se entromete en el fuero interno del sujeto⁶⁸, prohibiéndose que se manifiesten determinadas ideas o sentimientos⁶⁹, hasta el punto de hacer dudar sobre su constitucionalidad⁷⁰, participamos de la interpretación que sobre el mismo realiza Sanz Morán⁷¹, a quien le sigue también Díaz y García Conlledo⁷², legitimando su presencia⁷³. A su juicio, la solución pasa por comprender la distinción entre motivo y móvil.

o determinados prejuicios. El término describe un concepto, en lugar de una definición legal.

⁶⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 328.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, cit. (n. 37), p. 491.

⁶⁹ De esta posición se manifiestan, entre otros: LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), p. 272, quien a pesar de la reprobación, busca formas de interpretación concordantes con los principios y garantías del moderno Derecho penal; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*, en *Manuales de Formación Continuada*, 5 (1999), p. 331; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda, cit. (n. 7), p. 84; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, cit. (n. 7), pp. 151 ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel - VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general* (5^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), p. 897. Una crítica diversa, sentada sobre la base de una política criminal vinculada a la inmediatez de la opinión pública, puede verse en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), *Comentarios al Código Penal* (5^a edición, Navarra, Aranzadi, 2008), I, p. 325. Una crítica por falta de coherencia puede verse en: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (director), *Derecho penal. Parte general*. (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), p. 916. Una crítica por excesiva extensión de la agravante, que la transforma en ineficaz y de previsible inaplicación, realiza, entre otras cosas: ABEL SOUTO, Miguel, *Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios*, en *Revista Penal*, 25 (2010), p. 10.

⁷⁰ DOPICO- GÓMEZ-ALLER, Jacobo, cit. (n. 7), p. 144.

⁷¹ SANZ MORÁN, Ángel, *Los elementos subjetivos de justificación* (Barcelona, Bosch, 1993), p. 34.

⁷² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), pp. 330 ss.

⁷³ DÍEZ RIPÓLLES, José Luis, *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1979), pp. 94 ss.; SANZ MORÁN, Ángel, cit. (n. 71), p. 34. Para el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería* (Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal, 1997), p. 33, en su propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación en el *Código Penal*, considera que la referencia a los “motivos” racistas, que en la actual redacción propicia una interpretación puramente subjetiva de la agravante, se ha de sustituir por una fórmula que vincule el hecho delictivo con ciertas características de la víctima, favoreciendo, de esta manera, una interpretación objetiva. En base a este argumento, proponen una

El motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican, y el móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan la acción. En consecuencia, la diferencia entre motivo y móvil, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente. Un ejemplo que podría graficar mejor lo anterior, es la distinción que presenta la conducta de matar a otro porque era negro, lo que evidencia un motivo que es producto de una previa reflexión, y el matar a otro porque me golpeó previamente, que responde a un móvil pasional vindicativo, sin previa meditación.

La posibilidad de asignar al término “motivo” un contenido intelectual consistente en las consideraciones racionales que llevan a un sujeto a actuar de una determinada manera, el cual es además sinónimo de “causa” o “razón”, permite, por una parte, no sólo dar un tratamiento unitario a todos los preceptos antidiscriminación en el caso de la legislación española (algunos preceptos utilizan el término motivos y otros el de razón), lo cual guarda correspondencia con una hermenéutica legal en que el ámbito de protección es idéntico entre los distintos preceptos; y por otra parte, se evitan interpretaciones que atiendan a sentimientos, deseos, pasiones, impulsos; en síntesis, elementos de actitud interna del sujeto. Esto permitiría distinguir el castigo por albergar ideas o sentimientos, por ejemplo, racistas u homófobos, y el castigo por cometer un delito por razones o motivos basados en alguna de las causas de discriminación descritas en los preceptos penales⁷⁴. En definitiva, el motivo viene a constituir una acción exteriorizada, penalmente relevante, y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto, al que el Derecho, y sobre todo el punitivo, debe reconocer y respetar.

El mayor problema que presentaría la cuestión, complejo por los demás, en palabras de Díaz y García Conlledo⁷⁵, obedece a aquellos casos en que existen múltiples motivos o razones, con distintos niveles de relevancia, que llevan a la acción. El propio autor propone una solución de la cual discrepamos; señala que la agravante no exige la existencia de único motivo o de uno preponderante, basta con que exista y acompañe a la acción y, por cierto, pueda ser probado o acreditado. También Politoff, al informar sobre el “Proyecto de Ley” de 1998, considera la posibilidad de que la agravante pueda operar

nueva redacción del artículo 22,4 en los siguientes términos: “Cometer un delito contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el honor o el patrimonio por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su orientación sexual, la enfermedad o minusvalía que padezca”.

⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 332.

⁷⁵ Ibid.

aunque la motivación discriminatoria no haya operado de manera exclusiva, ya que bien puede aparecer combinada con otros motivos⁷⁶. Frente a estos planteamientos, si bien reconocemos la existencia como posible de diversos motivos o razones que puedan acompañar a la acción, consideramos que el motivo discriminatorio debe necesariamente ser el determinante o predominante de la acción, pues de lo contrario no sólo no se justifica la agravante, sino tampoco hay delito de odio⁷⁷. Poder establecer si el motivo discriminatorio fue el determinante de la acción no es una situación difícil de determinar, sino que mediante un juicio *ex ante* y una supresión hipotética de los diversos motivos, se puede establecer cuál fue el preponderante en la ejecución de la acción. Se trata de un problema que, de existir, será netamente de orden probatorio.

En el caso español, parece ser que éste es el razonamiento de alguno de los tribunales y sobre todo el imperante en el Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

Desde la mítica sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, a propósito del caso de El Ejido⁷⁸, en el año 1997, donde se desestimó la agravante por considerar el tribunal que el móvil que llevó a los acusados a realizar sendas agresiones a ciudadanos marroquíes, fue la intención de recuperar los objetos que le habría sido sustraído a uno de los acusados, sospechando que los autores del robo habían sido las víctimas. El razonamiento del tribunal para inaplicar la agravante es que la causa de la acción lesiva no fue la nacionalidad o raza de las víctimas⁷⁹.

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona denegó la concurrencia de la agravante en un caso que un ciudadano español, levemente ebrio, se enfrascó en una discusión en un Bar con el dueño y un familiar de

⁷⁶ POLITOFF, Sergio, cit. (n. 4), p. 198.

⁷⁷ También consideran que el móvil discriminatorio no tiene por qué ser el único, pero habrá de ser en todo caso el determinante (el énfasis es de los autores). RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo - BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Civitas, 1997), p. 138.; en un sentido de motivo *predominante* (el énfasis es del autor), se manifiesta ARROYO LAS HERAS, Alfonso, cit. (n. 46), p. 115.

⁷⁸ El caso de “El Ejido” consistió en el secuestro del marroquí Brahim Hicham y los argelinos Bou Baker Garami y Mustafa Bando, los días 11 y 12 de noviembre de 1997, quienes fueron sacados desde sus casas y llevados a una finca cercana en las que fueron apaleados con bates de “béisball” y puños americanos durante dos días. Sufrieron graves lesiones y fracturas en el rostro y distintas partes del cuerpo; fueron rescatados por un vecino quien los encontró en una fosa semienterrados. Los agresores, que fueron detenidos días después, habían denunciado previamente un robo que habían sufrido y que atribuyeron a trabajadores magrebíes.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 62/2002, de 11 de marzo de 2002.

aquel, ambos de origen marroquíes, a quienes propinó insultos racistas y xenófobos, para posteriormente golpearlos. El tribunal desestimó la circunstancia modificatoria porque la xenofobia no fue lo determinante para la comisión del delito, dado que el acusado, bajo la influencia del alcohol, entabló una discusión que culminó en una agresión física, y durante la cual ciertamente se pronunciaron expresiones con tintes racistas o xenófobos, pero no fue el racismo o xenofobia el motor que determinó la agresión⁸⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en un caso acogió la agravante y condenó a tres simpatizantes de la ideología “Skinhead”, que agredieron a un joven que presentaba estética punk, consistente en un corte de pelo con cresta e indumentaria con lemas antinazis, siendo eso lo que exclusivamente determinó la agresión, es decir, fueron razones de discriminación ideológica las que motivaron a los acusados. Cabe resaltar que entre los hechos probados, los acusados conocían a la víctima por relaciones de vecindad y que éste se trataba de una persona pacífica, con la que jamás habían tenido enfrentamiento alguno. Luego de barajar por varias opciones, se optó por atentar contra su integridad física⁸¹.

Finalmente, en otro asunto, el Tribunal Supremo desestimó la agravante en un caso donde tres sujetos, también de probada ideología “Skinhead”, agredieron a un marroquí y a su pareja española, por estimar que el origen de la víctima no fue determinante en la acción lesiva. En efecto, uno de los acusados actuó en venganza del marroquí, al creer que éste había dañado su vehículo, para lo cual contactó a otros dos sujetos para que colaboraran en dar un escarmiento a la víctima⁸².

En consecuencia, el motivo, razón o causa, basado en una discriminación, agrega un plus al desvalor de la acción, y constituye el elemento subjetivo del injusto y permite distinguir, por concurrencia de la agravante, un delito de odio frente a un delito ordinario. Esta expresión hace referencia a una carga intencional adicional al mero conocimiento de la conducta del tipo penal, la que la transforma en particularmente indeseable o en una actitud más reproachable del sujeto activo.

b) El injusto objetivo. En lo tocante al injusto objetivo, en el que se presenta una mayor peligrosidad o lesión del hecho y un ataque más extenso, existe un desvalor adicional del resultado que añade al injusto propio del delito realizado (delito base), la negación del principio de igualdad y, además, los efectos del delito van más allá del sujeto pasivo del delito, extendiéndose al colectivo al que éste pertenece y al resto de la comunidad.

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3093/2011, de 31 de marzo de 2011.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 5131/201, de 11 de julio de 2011.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo 2563/2010, de 14 de mayo de 2010.

Los crímenes de odio se diferencian de los delitos comunes no sólo por la motivación del delincuente, sino también por el impacto en la víctima. El autor selecciona a la víctima a causa de su pertenencia a un grupo o colectivo, lo que sugiere que un miembro de tal grupo es intercambiable por cualquier otro (fungibilidad de la víctima). A diferencia de las víctimas de muchos otros actos criminales, en estos delitos las víctimas son seleccionadas sobre la base de lo que representan, en lugar de lo que son. El mensaje que se transmite es pretender llegar no sólo a la víctima inmediata del delito, sino también al grupo o colectivo de que esa víctima es miembro⁸³. Por lo tanto, a veces se describe como un crimen simbólico⁸⁴.

Estos crímenes están diseñados para intimidar a la víctima y a la comunidad a la que pertenece, sobre la base de sus características personales. Tales crímenes envían un mensaje a la víctima, que en general está constituido por una negación del principio de igualdad y, en particular, por negar el desarrollo de su personalidad e impedir su derecho a la participación plena en la sociedad. También envían un mensaje a los miembros de la comunidad que comparten la característica del inmediatamente afectado, avisando que cualquiera de sus miembros o componentes podría igualmente ser un objetivo. Pero, además de ser víctima el sujeto inmediatamente lesionado o puesto en peligro, y posteriormente el grupo o colectivo al cual éste pertenece, también se envía un mensaje a toda la sociedad o Estado, en el sentido que tales atentados obedecen a ciertas fuentes de inferioridad de las víctimas directas, pudiendo crear en la sociedad ciertos sentimientos iracundos y exacerbaciones de menosprecio. El mejor ejemplo de esto último es lo que sucedió en el caso de “Michael Cunningham”, quien, el 13 de septiembre de 2001, en Seattle (EE.UU.), luego de recorrer 25 millas desde su casa, llegó a una mezquita musulmana, roció con gasolina dos vehículos estacionados afuera y trató de encender fuego, en un esfuerzo por destruir la mezquita. Al ser descubierto por los fieles, Cunningham sacó una pistola y disparó contra ellos, aunque ninguno fue herido. Finalmente, fue reducido y arrestado, pero la policía descubrió que Cunningham actuó a causa de la ira de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. En definitiva, los crímenes de odio, por lo tanto, pueden dañar el tejido de la sociedad y fragmentar las comunidades. Afectan a la cohesión y a la estabilidad social. Una vigorosa respuesta penal es, por lo tanto, importante tanto para la seguridad individual como social.

Justificaciones para los castigos más severos para los delitos de odio se centran en la idea de que estos delitos causan mayor daño individual y social.

⁸³ WOLBERT, Ann - REGEHR, Cheryl - ROBERTS, Albert, *Victimology. Theories and Applications* (Sudbury, Mass., Jones and Bartlett Publishers, 2010), p. 343.

⁸⁴ KARMEN, Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology* (7^a edición, Blemont, Ca., Wadsworth Publishing, 2010), p. 316.

Se dice que cuando el núcleo de la identidad de una persona es atacada, la degradación y deshumanización es especialmente grave, y otros problemas emocionales y fisiológicos también son susceptibles de producir. La sociedad entonces, a su vez, puede sufrir la pérdida de poder de un grupo de personas. Por otra parte, se afirma que frente a estos delitos, las posibilidades de represalias son mayores⁸⁵. Al respecto, cómo olvidar los disturbios en Los Ángeles, California, que siguieron a la paliza de Rodney King, un conductor negro, por un grupo de oficiales de policía blancos, citado como apoyo a este argumento. Lo sucedido con el camionero de raza blanca Reginald Denny, el cual fue agredido de manera brutal por manifestantes negros durante los disturbios de Los Ángeles, en 1992, es también un ejemplo que apoya este argumento.

Como se describió anteriormente, lo que hace especiales a los crímenes de odio es que el autor envía un mensaje a la víctima (directa e indirecta), negando su derecho a pertenecer a una sociedad determinada. Esto significa que los crímenes de odio tienen consecuencias que los diferencian de otros delitos y que justifica, por ende, un enfoque jurídico diferente. Estas consecuencias, las que agregan un mayor plus de injusto objetivo, las podemos reducir a las siguientes:

Por un lado, a la afectación al derecho humano de igualdad. Los crímenes de odio violan el ideal de la igualdad entre los miembros de la sociedad. La igualdad es un valor fundamental para alcanzar la plena dignidad humana y dar una oportunidad a todas las personas de desarrollar toda su personalidad. Esto no es nada nuevo, sino que es reiterado de manera constante en los distintos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. La primera línea de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, se refiere a “*El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos miembros de la familia humana*”. Es un tema que se repite no sólo en los Tratados Internacionales, sino también en los documentos básicos constitucionales de casi todos los Estados del mundo. La violación de estos valores y normas por los crímenes de odio tienen un peso e impacto práctico y simbólico.

Por otro, el mayor impacto sobre la víctima. Al dirigirse a la identidad de una persona, los crímenes de odio causan un daño mayor que el ordinario de los crímenes. La víctima inmediata puede experimentar un mayor daño psicológico y un aumento de la sensación de vulnerabilidad, porque aquella es incapaz de cambiar la característica que lo hizo ser víctima. Los crímenes de odio tienen un profundo y significativo impacto psicológico en las víctimas, lo que lleva a sentimientos de depresión y ansiedad⁸⁶.

⁸⁵ KARMEN, Andrew, cit. (n. 84), p. 316

⁸⁶ The American Psychological Association: Position Paper. (1998). *Hate Crimes*

c) Impacto en la comunidad. La comunidad que comparte la característica de la víctima directa también puede tener miedo y sentirse intimidados⁸⁷.

Estos efectos se pueden multiplicar en una comunidad que históricamente ha sido víctima de discriminación. Ejemplo de esto lo constituye la comunidad judía, la cual, a lo largo de los siglos, ha sido perseguida y castigada.

La aceptación social de la discriminación contra determinados grupos es un importante factor causal de los crímenes de odio o del aumento de los mismos. Por lo tanto, los crímenes de odio, aunque pueden ser cometidos contra miembros de la población en su mayoría, lo corriente es que afecte a la población más marginada.

d) Alteración del orden público y paz social. Los crímenes de odio potencialmente podrían ser un riesgo para el orden público y la paz social⁸⁸.

Los crímenes de odio afectan a un círculo mucho más amplio de personas que la delincuencia común, y tienen el potencial de causar división social y disturbios civiles. Al crear o enfatizar las tensiones sociales existentes, estos delitos pueden tener el efecto de causar división entre el grupo de víctimas y la sociedad en general. Los crímenes de odio pueden exacerbar tensiones existentes entre grupos. En general, estos delitos suelen ir acompañados de una escalada de violencia. En situaciones donde las relaciones entre los grupos étnicos, nacionales o religiosos ya están sensibles, los crímenes de odio pueden tener un impacto explosivo o ser detonantes de un conflicto mayor.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituye lo acontecido en la ciudad de Kondopoga, en la República de Karelia (Rusia), durante el transcurso de la noche del 29 al 30 agosto de 2006. Una pelea en un café entre rusos y chechenos fue seguida por un ataque de los bandidos locales de etnia chechena, en el que dos rusos fueron asesinados. Lo anterior trajo como consecuencia tres días de disturbios en las calles y que varias tiendas de propiedad de personas de origen checheno y de Azerbaiyán fueran destruidas. Miles salieron a las calles para exigir la expulsión de todos los no-rusos. Algunos activistas de extrema derecha de otras ciudades viajaron a la ciudad para participar en estos eventos. Familias chechenas huyeron o fueron evacuadas mientras la violencia continuaba sin disminuir.

Today: An Age-Old Foe in Modern Dress, en: http://www.lambda.org/apa_hate.pdf [sitio visitado el 10 de agosto de 2013]; WOLBERT, Ann - REGEHR, Cheryl - ROBERTS, Albert, cit. (n. 83), p. 358; SULLAWAY, Megan, *Psychological Perspectives on Hate Crimes Law*, en *Psychology, Public Policy, and Law*, 10 (2004), pp. 250-292.

⁸⁷ WOLBERT, Ann - REGEHR, Cheryl - ROBERTS, Albert, cit. (n. 83), p. 359.

⁸⁸ *Ibíd.*

VI. LOS MOTIVOS ANTIDISCRIMINACIÓN Y SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La *Constitución* chilena, a diferencia de la española⁸⁹, no reconoce en su articulado causas de discriminación. No es sino por Ley N° 20.609 que, por vez primera, se establece un catálogo de motivos de discriminación arbitraria, que son: la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

A su vez, como es sabido, en materia penal debe existir precisión terminológica con un catálogo cerrado de factores de discriminación y así guardar irrestricto respeto al principio de legalidad. En ese plano, el legislador penal para combatir las conductas discriminatorias sólo contempla la nueva agravante prevista en el artículo 12 N° 21, reconociendo como motivos discriminatorios sólo los siguientes: *la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca*.

Como es de observar, por razones que se desconocen o no resultan del todo claro en las actas del establecimiento de esta nueva ley, existen motivos, como son la situación socioeconómica, el idioma, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas y el estado civil, que no están recogidos en la agravante. La razones de esta omisión se desconocen, pero a nuestro juicio su silencio no genera una situación de impunidad a su respecto, ya que fácilmente algunos motivos pueden ser reconducidos a otros que si están considerados por el legislador penal, o bien, en el caso que no pudiesen ser subsumidos en alguno de ellos, se trata de una situación que sí tiene una sanción distinta a la penal, como puede ser una civil a propósito de una discriminación arbitraria por ostentar un determinado estado civil.

Previo a explicar el alcance de cada uno de los motivos o causas de discriminación, toca hacerse cargo de la terminología utilizada el legislador penal, al referirse a “motivación” (motivos). Parte de la doctrina española que utiliza la misma fórmula ha sido crítica con la exigencia de una especial motiva-

⁸⁹ Véase Artículo 14 de la *Constitución* española, que establece como causas de discriminación el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal y social. Con su última parte, establece una cláusula abierta de motivos de discriminación, lo que lógicamente se condice con el cuerpo de toda Carta Fundamental, que debe ser general y debe recoger los principios y directrices generales de cada Estado y los derechos y obligaciones de sus ciudadanos.

ción del sujeto activo de la conducta. Se asocia este comportamiento con el denominado Derecho penal de autor, toda vez que se sancionaría el fuero interno del agente, o dicho de otro modo, se castigarían las ideas, creencias y pensamientos de las personas. Sin embargo, como desarrollamos más atrás, le damos otro contenido a esta terminología cuestionada, más propiamente un contenido intelectual consistente en las consideraciones racionales que llevan a un sujeto a actuar de una determinada manera.

Ahora, pasaremos a desarrollar y concretizar cada uno de estos motivos o causas de discriminación:

1. *Ideología, opinión política, religión o creencia.*

Estos factores, sin duda, pertenecen al mundo del pensamiento. Sin embargo, se plantea el problema de saber si todos estos términos son sinónimos de un mismo concepto. Pues bien, la respuesta es que consideramos que los términos “religión o creencia” son sinónimos, esto no sólo por la forma como está redactado el precepto, sino porque la religión, como lo define el *Diccionario* de la Real Academia Española es una creencia en una divinidad, por lo que existiría una relación de género a especie que explicaría que la religión es una creencia. Sin perjuicio de esto, estimamos que dentro de la voz “ideología” también podría estar comprendida la religión o creencia. Empero, creemos que este vocablo, para efectos de la normativa antidiscriminación, es más amplio y hace alusión específica al conjunto de opiniones personales con relación a una cierta cultura, religión o política, etc. De esta manera, sería un tanto redundante la voz “opinión política” que utiliza el legislador porque quedaría cubierta dentro de este vocablo más general.

Ahora bien, cabría saber si las meras opiniones personales en otros ámbitos, fuera de lo religioso, cultural y político, gozarían de protección penal. Creemos que no cuentan con la suficiente trascendencia y relevancia penal que sustenten la intervención del Derecho punitivo. Además, de igual manera, pensamos que la libertad de expresión, que es la materialización en el mundo real de los pensamientos u opiniones, ya tiene en el ordenamiento jurídico la suficiente protección.

Para terminar con este motivo, quedaría plantearse, como lo hace Borja Jiménez, si son todas las religiones las que deben ser objeto de protección penal frente a un trato discriminatorio o son sólo las verdaderas confesiones religiosas –para distinguirlas de las sectas– las que gozarán de protección⁹⁰. El autor se inclina por afirmar que son sólo las religiones históricamente tradicionales las que merecen tutela, indicando para esto que aquellas son las que cuenten con una base dogmática sólida y el móvil que agrupe a los

⁹⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, cit. (n. 65), pp. 261 ss.

fieles sea de carácter espiritual. Todo, sin perjuicio que la permanencia y continuidad sea voluntaria para sus feligreses. En nuestra opinión, se produce la primera discriminación al separar religiones formales de aquellas que no lo son. Dentro del vocablo religión se concentran todos aquellos cleros de fe que han sido tradicionales a lo largo de la historia, como lo son, entre otros, el Cristianismo, Islamismo, Budismo, Hinduismo; y dentro del término creencia, se circunscriben otras sectas o nuevas religiones, tales como Cien-ciología, Nuwaaubianismo, etc. Estas últimas no tienen la trayectoria y los seguidores de las religiones milenarias, pero no por ello son menos respetables y exentas de protección penal cuando pudiesen ser discriminadas en su conjunto o individualmente. Lo único que se exige a estos nuevos cleros es que su objeto sea lícito y su desarrollo sea con respeto de los valores esenciales que la sociedad -de turno- pretenda tutelar.

2. *La raza o etnia.*

Al igual que los motivos o causas anteriores, lo primero que hay que preguntarse es si los términos etnia y raza son o no sinónimos. Una opinión en orden a estimar que son conceptos equivalentes mantiene Bernal del Castillo, quien reconoce que son conceptos que tienen un significado análogo (más estricto etnia que raza), estima que hubiese sido suficiente consignar como razón discriminatoria más genérica la raza, y de esta manera podrían entenderse comprendidas todas aquellas conductas de discriminación basadas en el origen de las personas y en los grupos humanos a los que pertenecen⁹¹. En una opinión en contrario se manifiesta Díaz y García Conlledo, para quien ni siquiera en las definiciones de los diccionarios de la lengua los términos coinciden plenamente; arguye que si bien ambos conceptos tienen elementos comunes, pero a la vez diferentes, y según quién los emplee, los criterios de adscripción de caracteres que se asignarán a uno u otro término pueden no ser coincidentes⁹². En nuestra opinión, ambos son conceptos que, independiente de su significación semántica, para los efectos del legislador penal son distintos. Resulta decidor para explicar esta afirmación el ejemplo de los gitanos (el colectivo más discriminado en España), cuyos integrantes pertenecen a la etnia gitana y son de raza blanca. Este ejemplo, de suyo, los podemos extrapolar a la realidad de nuestros pueblos originarios, como los araucanos (el colectivo históricamente más discriminado en Chile), los cuales son de raza blanca, pero pertenecen a la etnia mapuche. Como señala García Álvarez, el término raza es utilizado en su acepción más precisa y restrictiva. El término raza se refiere a los grupos humanos que se distinguen, específi-

⁹¹ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 37), p. 41.

⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 322.

camente por el color de piel (raza blanca, amarilla, negra o cobriza), y por otra parte, el término etnia dice relación con la pertenencia a un grupo con ciertas características propias (lengua, cultura, religión, historia), con independencia de que también tengan un color particular de piel⁹³. El primero sería un concepto asociado a una característica biológica y el segundo a una característica social.

Por último, cabe destacar que no obstante el proyecto de 1998, sobre discriminación racial y étnica, que buscaba penalizar ciertos y determinados actos discriminatorios, contemplaba los motivos antisemitas como causal de discriminación, nuestro legislador, con acierto excluyó estos motivos, los que a nuestro juicio encajarían en los referentes a la pertenencia a una etnia o raza, por lo que su mención separada, como señala Díaz y García Conlledo, es del todo superflua⁹⁴.

3. Nación.

Esta causal de discriminación alude a la pertenencia a un determinado país, de manera tal que la nación sería sinónimo de nacionalidad.

El concepto nación lo debemos entender de manera restrictiva, es decir, como el conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno⁹⁵; contrario a comprenderlo en su sentido amplio, como el conjunto de personas de un mismo origen, que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común⁹⁶. Esta distinción no es baladí, en tanto una u otra comprensión deviene en que, en su primera acepción, el sujeto de discriminación no podría ser otro que la persona perteneciente a un Estado o País regido por un gobierno, con soberanía propia y reconocido por la Comunidad Internacional como tal; y en la otra acepción cabrían las nacionalidades internas de un determinado país, como podrían ser por ejemplo en España los catalanes, vascos, gallegos, etc.; y en Chile, los provenientes de los pueblos originarios, como por ejemplo los mapuches.

No obstante lo anterior, estimamos que si bien existe discriminación por la pertenencia de un sujeto a una determinada Comunidad Autónoma

⁹³ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, cit. (n. 10), pp. 64 ss.

⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 322.

⁹⁵ Partidarios de una concepción restrictiva, entre otros, se manifiestan: LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 30), pp. 245 ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, cit. (n. 69), pp. 322 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), pp. 324 ss.

⁹⁶ Por su parte, en un sentido amplio se encuentran, entre otros: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 38), p. 43; TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentario*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) - MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal* (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005), p. 2.370.

o pueblo originario, esta diferenciación no podría entenderse cubierta bajo la causal de nación, no avizoramos inconvenientes para situarla bajo el concepto de etnia. En efecto, los miembros de una determinada Comunidad Autónoma o pueblos originarios, participan de ciertas características propias (lengua, cultura, religión, historia) que los individualizan y hacen diferentes a los demás. Así, en el evento de ser discriminados, lo serán bajo el supuesto de pertenencia a una etnia y no a una nación no reconocida en el concierto internacional. Además, bajo este supuesto de ataque, estaría envuelta cualquier discriminación basada en el uso o no de alguna lengua o dialecto propio u originario, en tanto comprende una falta de reconocimiento de los factores característicos de una etnia.

4. *Grupo social.*

Es interesante destacar que en todo la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.609 no existe alusión alguna a lo que se debe entender por “grupo social”. Tampoco esta expresión fue tomada del proyecto de 1998 o de la experiencia comparada, más concretamente de la española, principal antecedente de esta nueva normativa.

La inclusión de esta circunstancia si bien es acertada a nuestro modo de ver las cosas. Con ella, entre otras cosas, no se llena un vacío que la doctrina española ha venido reclamando en relación a la discriminación por la situación económico-social de una persona⁹⁷, y que entendemos que no queda cubierta con la actual fórmula conceptual como explicaremos.

El hecho que el legislador haya establecido este vocablo con posterioridad al de “etnia” –pudiendo haber sido ubicada en cualquiera otra parte–, implica a nuestro parecer, que ambas expresiones, si bien distintas, participan de uno o varios elementos comunes. En ese orden de ideas, es la pertenencia o la identidad común, el elemento que embarga a ambos conceptos. En efecto, el término etnia, como dijimos, dice relación con la pertenencia a un grupo con ciertas características propias (lengua, cultura, religión, historia). A su vez, desde la óptica de la Sociología, para evitar construir conceptos alambicados, podemos decir que en el grupo social también existe pertenencia de un conjunto de individuos, que despliegan roles recíprocos dentro de una misma comunidad, de manera estructurada y duradera en el tiempo. Una definición que sirve para conceptualizar los grupos sociales es aquella que entiende que son: “un número de personas cuyas relaciones se basan en un conjunto de papeles y status interrelacionados, que comparten ciertos valores

⁹⁷ La discusión en la doctrina española se generó en saber si la circunstancias económico-sociales de una persona se encontraba configurada en el motivo de “situación familiar” previsto en el artículo 22,4 CPen.esp. Véase LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), p. 246; MACHADO RUIZ, María Dolores, cit. (n. 30), pp. 221 ss.

y creencias, y que son suficientemente conscientes de sus valores semejantes y de sus relaciones recíprocas, siendo capaces de diferenciarse a sí mismos frente a los otros”⁹⁸.

El número de personas que componen el grupo es variable, desde dos personas hasta la sociedad entera; las personas que pertenecen al grupo tienen cierto grado de “membresía” (sentimiento de pertenencia al grupo).

Los grupos sociales pueden clasificarse, dividirse entre grupos y subgrupos, formado de un orden supraordinado y subordinado, de manera que todos los grupos sociales resultan ser subgrupos de otro mayor, menos la “sociedad” que resultaría ser el grupo superior.

Siguiendo a Cooley podríamos dividir los grupos sociales en grupos primarios, en los cuales sus miembros están unidos por lazos de sangre o afecto, los miembros de esos grupos son insustituibles, el tipo de relación es directa (cara a cara), son personales, desinteresadas y totales. Es ejemplo paradigmático de este grupo: la familia, los amigos, grupo reducido de vecinos, una pequeña comunidad incluso. Por otra parte, encontramos los grupos secundarios, se constituyen por lazos profesionales o institucionales, por lo que sus miembros son fungibles, las relaciones suelen ser indirectas, parciales y utilitarias⁹⁹.

Así las cosas, dentro del concepto de grupo social confluyen tanto pequeños grupos como la familia, club deportivo, sociedades culturales, grupos de amigos, etc.; como grupos numerosos como miembros de una determinada ciudad, región del país, o toda la sociedad.

Por último, es necesario hacer presente que la pertenencia a una determinada categoría social, no es constitutiva de un grupo social, por no poseer los atributos propios del grupo. Cuando hablamos de categoría social, se trata de personas que tienen un estatus similar y, en consecuencia, desempeñan a este respecto el mismo papel social: por ejemplo, los hombres, los electricistas, los adolescentes, los banqueros o los vagabundos. Tampoco constituyen grupos sociales el denominado agregado estadístico, que está constituido por personas que poseen un atributo social semejante gracias a lo cual pueden ser agrupadas lógicamente, como ocurre con los lectores de historietas ilustradas, los adictos a una determinada música, los fanáticos del fútbol y los admiradores de una celebridad¹⁰⁰.

De esta manera, estimamos que la condición económica de una persona, si bien necesaria de protección penal anti-discriminación, no se enmarca

⁹⁸ CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la Sociología* (traducción castellana de Francisco López Cámara, México, Fondo de Cultura Económica, 1976), p. 110.

⁹⁹ Para profundizar sobre el tema véase: COOLEY, Charles, *Social Organization: A Study of the Larger Mind* (New York, Charles Scribner's Sons, 1909).

¹⁰⁰ CHINOY, Ely, cit. (n. 98), p. 110.

dentro de lo que se entiende conceptualmente como grupo social. Otra razón que demuestra su exclusión legislativa penal, viene dada en que ella sólo se contempla como un motivo de discriminación “arbitraria” para los efectos de la Ley N° 20.609 –otorgando sólo una acción judicial extra-penal–, al referirse este cuerpo legal a la situación socioeconómica.

5. *Sexo o la orientación sexual e identidad de género.*

La argumentación de García Álvarez nos parece parcialmente adecuada, cuando señala, que la referencia al sexo acoge tanto a la sexualidad femenina como a la masculina¹⁰¹. Sin embargo, yerra al sostener *per se* que el colectivo femenino ocupa una posición deficitaria y que tradicionalmente ha sido discriminada. Su equivocación radica en que generaliza y da por absoluta una situación que, si bien históricamente puede encontrar sustento empírico, en estos días es una argumentación prácticamente insostenible.

La discusión en relación a la discriminación por una motivación de sexo, pudiese estar dada cuando concurre al respecto la agravante prevista en el artículo 12 N° 18 CPen., relativa a ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que la edad o sexo del ofendido mereciere, y ese es el factor determinante en la decisión de delinquir, (puesta así la hipótesis para que no nos encontremos en supuestos de inherencia del artículo 63 CPen.). A nuestro juicio, además del todo compleja la situación –a lo menos en su esfera probatoria–, nos encontramos ante un supuesto de concurso aparente de leyes penales que debe ser resuelto conforme a sus principios.

Además del sexo, constituye otro factor generador de un trato desigual peyorativo, la orientación sexual, concepto compuesto que ha tenido muchas críticas por su imprecisión y una plausible afectación al principio de legalidad. Así, por ejemplo, Bernal del Castillo, a propósito de la agravante española, ha señalado que por el afán del legislador de no dejar afuera del catálogo ninguna posible razón discriminatoria, ha llevado a incluir circunstancias que deberían haberse omitido, como la regencia a la orientación sexual. Entre otras razones, estima que este concepto puede ser interpretado en un sentido tan extensivo, que resulte ajeno a la *ratio legis* del precepto o incluso que no puedan ser amparadas dentro del contenido esencial del bien jurídico protegido¹⁰².

El concepto de orientación sexual admite dos interpretaciones. Una restrictiva, en la que se reduce el término a la opción o tendencia sexual del afectado por el trato discriminatorio (heterosexual, homosexual o bisexual). En cambio, otro sector tiene una interpretación más amplia, en que se abar-

¹⁰¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, cit. (n. 10), p. 124.

¹⁰² BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 37), pp. 43 ss.

caría las diferentes maneras de ejercicio de la sexualidad, como el ejercicio de la prostitución, adulterio, promiscuidad, etc. En nuestra opinión, la interpretación restringida es la adecuada, toda vez que el concepto de orientar alude a la dirección de alguien hacia un fin determinado, que en el particular no puede ser otra cosa que la posición sexual de una persona, no la forma como ejerce la actividad sexual. En base a esta interpretación, el trato desigual peyorativo sólo puede tener cabida cuando se funda en la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad del afectado.

Finalmente, la circunstancia de identidad sexual de la víctima, que no estaba considerada en el proyecto original y fue obra de una indicación de varios Senadores, está referida a las personas transexuales o trans-género y a la necesidad de evitar episodios de transfobia del cual puedan ser víctimas. Su inclusión la valoramos positivamente y reconoce como antecedente la circunstancia agravante española¹⁰³.

6. Edad y filiación.

La circunstancia de la edad y filiación, como agravante, son novísimas como motivo de discriminación en la legislación chilena –salvo lo dispuesto en el N° 18 del artículo 12 CPen.–; tampoco encuentran correlato en el proyecto de 1998 o en lo previsto en el derecho comparado, específicamente en el artículo 22,4 CPen.esp.

Por “edad”, de acuerdo al *Diccionario* de la Real Academia Española debemos entender “el tiempo que ha vivido una persona”. Su inclusión obedece a la necesidad de dotar de un mayor margen de protección a personas jóvenes y viejas por iguales.

Por su parte, en cuanto al término “filiación” se entiende conforme al mismo *Diccionario*, en su segunda acepción, la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Su inclusión, más que como agravante, se enmarcó dentro de las circunstancias de discriminación sobre las cuales se construyó la Ley N° 20.609. En particular, su incorporación obedeció, entre otras cosas, a la necesidad de hacer frente a posibles discriminaciones que sufrían algunas personas a manos de instituciones castrenses que no aceptaban hijos no reconocidos por ambos padres.

7. Apariencia personal, enfermedad o discapacidad.

La expresión apariencia personal es también toda una novedad del legislador penal chileno, su inclusión no estaba considerada en el proyecto de 1995 o en el Derecho comparado. Sin embargo, su incorporación la vemos

¹⁰³ La reforma impetrada por LO 5/2010, introduce esta circunstancia en el artículo 22.4 CNPen.esp.

con buenos ojos, sin perjuicio que en determinados casos, estas cualidades que son objeto de discriminación, pueden ser subsumidas dentro de lo que entendemos por enfermedad o discapacidad. Piénsese por ejemplo en las personas obesas, las que utilizan anteojos, etc.

En definitiva, debemos entender conforme al *Diccionario* de la Real Academia por apariencia personal el aspecto o parecer exterior de alguien. En estos casos, la discriminación está referida en alguna cualidad física evidente de la víctima. Como sería si una persona es gorda, flaca, linda, fea, etc. De esta manera, quedaría fuera de esta expresión alguna discriminación basada en características internas de la víctima, como pueden ser la poca simpatía (desagradable), altanería, descortesía, etc.

Por otra parte, tratándose de los términos enfermedad o discapacidad la doctrina española aceptó, sin dificultad, que el legislador pensó originariamente esta causa de discriminación en función de las discriminaciones por el SIDA. Esta enfermedad, al ser altamente contagiosa, por el momento sin cura, y aparecer vinculada generalmente, pero no de forma exclusiva, a ciertos grupos humanos bien individualizados, y por cierto estigmatizados por la sociedad, como homosexuales, drogadictos y personas dedicadas a la prostitución, ha propiciado la segregación y el rechazo social hacia las personas que padecen esta enfermedad o están infectadas por el virus, lo que evidentemente no sólo ha prendido las alertas para la protección de los derechos y dignidad de los enfermos, sino también a los efectos negativos de evitar repercusiones en la salud pública por lo que implicaría el rechazo de estos colectivos. Quizás con una finalidad preventiva es que se ha consignado este factor de discriminación, en tanto la marginación del enfermo infectado con SIDA puede producir gravísimos problemas no sólo para él, sino también para toda la sociedad. Por ejemplo, puede incentivar la negativa del enfermo a acudir a centros sanitarios para el tratamiento de su enfermedad y puede procurar el ocultamiento de la enfermedad frente a terceros, con claros riesgos de propagación.

Por lo anterior, podría estimarse que esta causa de discriminación sólo está dedicada a los sujetos discriminados que son portadores de SIDA, pero esto no es así. Afortunadamente, se ha tenido una concepción amplia y por lo demás acertada del término enfermedad. Entendiendo por ella cualquier menoscabo de la salud física o mental que padezca el sujeto pasivo, esta amplitud del término, que de manera alguna afecta la seguridad jurídica, nos hace considerar que cualquier enfermedad que coloque a un sujeto en una situación de inferioridad frente a otro sujeto, y en razón de ese padecimiento, constituirá discriminación.

Para terminar, el término discapacidad hace alusión a una discapacidad física o mental de alguien, por lesión congénita o adquirida, que pueda afec-

tar el desarrollo del sujeto. Esta discapacidad hace alusión a una cualidad de discapacitado, es decir, referida a una persona impedida o entorpecida en alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas¹⁰⁴.

VII. EL ERROR EN LAS CUALIDADES DE LA VÍCTIMA

Otra cuestión que toca hacerse cargo, es lo que dice relación con la concurrencia efectiva de los presupuestos objetivos en la víctima, esto es, los rasgos diferenciales que el autor supone concurrentes en él y, en consecuencia, motivan su conducta. Por ejemplo, si el autor cree erróneamente (error inverso) que la víctima pertenece a determinada raza, etnia, religión, etc.; pero en verdad ese requisito no concurre, y comete un delito bajo esa falsa creencia, cabe hacerse la pregunta sobre la procedencia o no de la agravante por motivos discriminatorios.

Una parte de la doctrina, la que podríamos considerar mayoritaria, estima que igualmente concurre la circunstancia modificativa referida. Lorenzo Copello afirma que la fundamentación subjetiva de la agravante, en atención a los motivos, conduce a aplicarla siempre que concorra la motivación y aunque falte en la víctima los rasgos diferentes que el autor, por error, cree presentes. En cuanto a la fundamentación objetiva de la agravante, en atención al peligro adicional para el derecho a ser tratado como los demás, conduce, a juicio de la autora, a exigir la efectiva concurrencia de los rasgos diferentes¹⁰⁵. Tanto para Cerezo Mir¹⁰⁶ como para Cuerda Arnau¹⁰⁷ y Beristain Ipiña¹⁰⁸, la agravante es aplicable aunque la víctima no posea la cualidad creída por su autor. Una opinión un tanto bifocal manifiesta Puente Segura¹⁰⁹, el cual considera diferenciar el precepto en dos partes: la primera, referida a considerar el delito por motivos racistas (o antisemitas) y, en segundo lugar, a quien comete delito por las restantes clases de discriminación, referentes a la ideología, religión o creencias de la víctima, etc. Tratándose del primer caso, los motivos pueden apreciarse incluso si la víctima no pertenece a la raza

¹⁰⁴ En la legislación española, con la modificación de la LO 5/2010, a propósito de la agravante de discriminación, se reemplazó la expresión “minusvalía” por “discapacidad”, para superar los inconvenientes interpretativos del anterior.

¹⁰⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), p. 276.

¹⁰⁶ CEREZO MIR, José, cit. (n. 54), p. 161.

¹⁰⁷ CUERDA ARNAU, María Luisa, cit. (n. 53), p. 240.

¹⁰⁸ BERISTAÍN IPIÑA, Antonio, *Comentario al artículo 22.4*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Edersa, 1999), pp. 980 ss.

¹⁰⁹ PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal* (Madrid, Colex, 1997), p. 512.

discriminada, y en el segundo caso, necesariamente la víctima a de pertenecer al grupo discriminado¹¹⁰.

Otros, en cambio, de cuya posición participamos, opinan que el error en las cualidades de la víctima impide la apreciación de los motivos discriminatorios y, en consecuencia, no podrá aplicarse la agravante al delito de que se trate¹¹¹. Nos inspira el razonamiento de Díaz y García Conlledo, el cual indica que, conforme a la caracterización subjetivo-objetivo de la agravante, guardaría coherencia estimar su inaplicabilidad en caso de error y lo poco satisfactorio de las soluciones que se han dado en doctrina sobre el tema¹¹². Agregamos que un planteamiento de agravación, en caso de error inverso, tiene serias dificultades para justificar un mayor desvalor de resultado en delitos materiales o de resultado, cuando no existe una mayor lesión de bienes jurídicos o extensión del mal causado, más allá del directamente afectado por el delito (colectivo o grupo de pertenencia y sociedad en general), sin perjuicio de que el juzgador del caso concreto pueda considerar el desvalor subjetivo del injusto al momento de razonar sobre la determinación de la pena¹¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, también existe otro motivo para no aplicar la agravante en los casos de error inverso, y esta razón es de texto positivo. A eso se refiere la primera parte del artículo 1 inciso 3° CPen., al prescribir a propósito del error en la persona de la víctima que: *“en tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias que agravarían su responsabilidad”*, esto es, no se pueden considerar circunstancias agravantes, y en particular, la modificatoria de discriminación.

VIII. LA COMUNICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE A LOS PARTÍCIPES

Por último, en lo tocante a la comunicabilidad de la agravante a otros partícipes distintos del autor, conforme a los criterios previstos en el artículo 64 CPen. y la clásica distinción doctrinaria que las divide en circunstancias subjetivas (personales) y objetivas (materiales), nos encontraríamos frente

¹¹⁰ Esta posición ha tenido críticas porque la interpretación del autor pugnaría con el sentido teleológico y unitario de la circunstancia; así: ALONSO ÁLAMO, Mercedes, cit. (n. 51), p. 540.

¹¹¹ De esta opinión, entre otros, se manifiesta: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 37), p. 67; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, cit. (n. 51), p. 539; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 19), p. 353; CUERDA ARNAU, María Luisa, cit. (n. 53), p. 246.

¹¹² Se han esgrimido soluciones como estimar la presencia de un concurso ideal entre la tentativa del delito agravado y el correspondiente al delito consumado; así: LAURENZO COPELLO, Patricia, cit. (n. 29), pp. 282 ss.; Para más información al respecto, véase: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 18), p. 353.

¹¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, cit. (n. 18), p. 354.

a una circunstancia que su clasificación para estos fines sería del todo superflua, toda vez que el propio legislador ha señalado explícitamente que su concurrencia opera tanto respecto de autores como de partícipes (“*cometer el delito o participar en él*”)¹¹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel, *Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios*, en *Revista Penal*, 25 (2010).
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7 (1995).
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *La circunstancia agravante de discriminación*, en DÍEZ RIPÓLLES, José Luis - ROMEO CASABONA, Carlos María - GRACIA MARTÍN, Luis - HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Madrid, Tecnos, 2002).
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*, en *Manuales de Formación Continuada*, 5 (1999).
- ARIAS EIBE, Manuel, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Bosch, 2007).
- ARROYO LAS HERAS, Alfonso, *Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante*, en MUÑOZ CUESTA, Javier (coordinador), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995* (Navarra, Aranzadi, 1997).
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Comentario al artículo 22.4*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Edersa, 1999).
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal* (Granada, Comares, 1998).
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva* (Madrid, Civitas, 1995).
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal* (Granada, Comares, 1999).
- BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de Derecho penal* (Santiago, LexisNexis, 2005), II.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general* (2^a edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007), I.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel - CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Manual de Derecho penal. Parte general* (España, Deusto Jurídico, 2005), I.

¹¹⁴En España se manifiestan por atribuirle un carácter subjetivo: ALONSO ÁLAMO, Mercedes, cit. (n. 51), p. 541; CALDERÓN CEREZO, Ángel - CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, cit. (n. 58), p. 249; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo - BARREIRO, Agustín, cit. (n. 77), p. 139; CUERDA ARNAU, María Luisa, cit. (n. 53), p. 247; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, cit. (n. 37), p. 66. A su vez, le otorgan un carácter inminentemente objetivo, entre otros: ALONSO ÁLAMO, Mercedes, cit. (n. 51), pp. 538 ss.

- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general* (6ª edición, Madrid, Tecnos, 2001), III.
- CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la Sociología* (traducción castellana de Francisco López Cámara, México, Fondo de Cultura Económico, 1976).
- COBO DEL ROSAL, Manuel - VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general* (5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).
- COOLEY, Charles, *Social Organization: A Study of the Larger Mind* (New York, Charles Scribner's Sons, 1909).
- CUERDA ARNAU, María Luisa, *Artículo 22.4*, en VIVES ANTÓN, Tomás (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), I.
- CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (director), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal* (Madrid, La Ley, 2007).
- DÍEZ RIPÓLLES, José Luis, *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1979), pp. 94-137.
- DOPICO- GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57 (2004).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), II.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal* (Valencia, Universidad de Valencia, 1988).
- GRATTET, Ryken, *Examining the Boundaries of Hate Crime Law: Disabilities and the 'Dilemma of Difference'*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 91 (2001) 3.
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería* (Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal, 1997).
- KARMEN, Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology* (7ª edición, Bedlmonbt, Ca., Wadsworth Publishing, 2010).
- LABATUT, Gustavo, *Derecho penal* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), I.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirenda, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal* (Granada, Comares, 2001).
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 19 (1996).
- MACHADO RUIZ, María Dolores, *El derecho a no ser discriminado y el error sobre la orientación sexual de la víctima (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 13 de marzo de 2000)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5 (2002).
- MACHADO RUIZ, María Dolores, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002).

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Argentina, Reppertor, 2008).
- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Valencia, Tirant, lo Blanch, 2010).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en *AFDUD*, 10, (2006), pp. 799-831.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II.
- ORTIZ QUIROGA, Luis - ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013).
- PARKS, Gregory - JONES, Shayne, *Nigger: A Critical Race Realist Analysis of the N-word Within Hate Crimes Law*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98 (2008) 4.
- POLITOFF, Sergio, *Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica)* (Boletín N° 2142-17), en *Ius et Praxis*, 2 (1999).
- PRATS CANUTS, José Miguel. *Comentario*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) - MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal* (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005).
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal* (Madrid, Colex, 1997).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) - MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal* (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), *Comentarios al Código Penal* (5ª edición, Navarra, Aranzadi, 2008), I.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María - SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general* (18ª edición, Madrid, Dykinson, 1995).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo - BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código penal* (Madrid, Civitas, 1997).
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel - FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación* (Madrid, Tecnos, 1986).
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)* (España, Bomarzo, 2007).
- SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, Daniel, *La prohibición de la discriminación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, en *Gaceta Constitucional*, 50 (2012).
- SANZ MORÁN, Ángel, *Los elementos subjetivos de justificación* (Barcelona, Bosch, 1993).
- STROMER, Mark, *Combating Hate Crimes Against Sikhs: A Multi-Tentacled Approach*, en *The Journal of Gender, Race & Justice*, 9-3 (2006).
- SULLAWAY, Megan, *Psychological Perspectives on Hate Crimes Law*, en *Psychology, Public Policy, and Law*, 10 (2004).
- WOLBERT, Ann - REGEHR, Cheryl - ROBERTS, Albert, *Victimology. Theories and Applications* (Sudbury, Mass., Jones and Barlett Publishers, 2010).
- ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (director), *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002).