



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

**ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN
EN EL ÁMBITO LABORAL**

ALUMNA: MARÍA DEL MAR POLO OSSORIO

TUTOR TFG: FÁTIMA PÉREZ FERRER

DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD ALMERIA

Almería, mayo de 2014

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	2
1. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN.....	5
2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	10
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIO.....	14
III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.....	21
IV. CONDUCTA TIPICA.....	24
1. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS FÍSICOS O BIOLÓGICOS.....	25
1.1. Sexo.....	25
1.2. Orientación sexual.....	26
1.3. Minusvalía o enfermedad.....	26
2. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS IDEOLÓGICOS.....	29
2.1. Ideología, religión o creencias.....	29
2.2. Ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores.....	30
2.3. Uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.....	31
3. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS SOCIALES.....	32
3.1. Pertenencia a una etnia, raza o nación.....	32
3.2. Situación familiar.....	32
3.3. Parentesco con otros trabajadores de la empresa.....	33
V. LA CULPABILIDAD.....	33
VI. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.....	37
VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	38
VIII. PENA Y CONCURSOS.....	42
IX. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES.....	44
X. VALORACIONES FINALES.....	45
X. BIBLIOGRAFÍA.....	48

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo realiza, desde un plano dogmático y político-criminal, un estudio de la discriminación en el ámbito laboral, analizando los principales instrumentos internacionales aprobados sobre la materia y, en el marco de nuestro Derecho interno, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores han soportado a lo largo de la historia punitiva española una evolución. El Código Penal vigente ha mejorado y sentado, en coordenadas más adecuadas a sus objetivos, el curioso y complicado proceso por el que ha transcurrido esta materia, cuya concreción técnica, y sobre todo su aplicación práctica, ha dejado mucho que desear. En la actualidad es el Título XV el que, de manera autónoma, se ocupa de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en los arts. 311 a 318¹.

Por lo que se refiere al objeto de nuestra investigación, el artículo 314 del Código Penal incorpora tres nuevas causas de discriminación: la ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, el parentesco con otros trabajadores de la empresa o el uso de alguna de las oficiales dentro del Estado español. Este artículo recoge una figura novedosa en nuestra legislación laboral, pero tiene un reflejo cada día mayor en el Ordenamiento Jurídico en general y en los Convenios y Tratados internacionales. La Constitución Española en su art. 14 proclama el principio de igualdad ante la ley de todos los españoles, sin que *“pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* y en su art. 35 profundiza en la discriminación laboral por razón de sexo, el art. 314 del CP amplía las causas de discriminación laboral incluso sobre las descritas programáticamente por el Texto Constitucional².

Tanto el título en general, como el precepto en particular, son novedosos en el ordenamiento jurídico-penal español y es necesario aclarar interpretaciones de su contenido, ya que son determinantes para valorar su realización. De este modo, se ha de señalar que los hechos se consideran discriminatorios, si existe alguna limitación en los sujetos que pueden realizar el tipo y los que pueden ser víctimas, si este se lleva a cabo por acción u omisión, imprudencia, tentativa, (...) etc., por lo que trataremos de analizar cuestiones que precisan resolverse cuando, de facto, el que juzga se enfrenta a una situación de discriminación en el ámbito del trabajo.

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, no existe a día de hoy sentencia condenatoria alguna, y ponemos en duda que sea consecuencia del escrupuloso respeto de la igualdad y la no discriminación en el mercado de trabajo español. Consideramos que solo mediante un estudio pormenorizado del artículo 314, con el apoyo de la Teoría

¹ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Dykinson, Madrid 2011, p. 669.

² *Ibídem.*

General del Delito, podremos encontrar soluciones a los problemas de interpretación y aplicabilidad que se plantean.³

La discriminación constituye una materia interdisciplinar, y debemos tener en cuenta el tratamiento que se le otorga en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, sin olvidar que las primeras manifestaciones de rechazo contra actos discriminatorios se produjeron desde instancias internacionales. En el orden interno, el concepto y contenido de la discriminación -o de la no discriminación-, están determinados por la Constitución y por las leyes que, en su desarrollo se han aprobado, por lo que atenderá a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y a normas como la ya citada Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres; o la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad⁴, así como, la Ley 7/2007 del Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público⁵, sin olvidarnos de los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España y del llamado Derecho Comunitario, en la medida en que se plasman posteriormente en el ordenamiento nacional⁶.

Es necesario también hablar de la tutela penal que brinda a la no discriminación laboral, siendo conveniente exponer los delitos anti-discriminatorios que contiene el Código Penal español para tener una visión del contexto en el que se aprobó el artículo 314.

Si analizamos el contenido del artículo 314 contenido en el Título XV del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*”; en un primer momento, nos ocuparemos de los elementos del delito: el bien jurídico, la conducta típica, antijuricidad y culpabilidad, formas imperfectas de ejecución, autoría y participación, la pena, los concursos, y las posibles circunstancias agravantes y atenuantes a aplicar.

Se ha de dedicar una parte importante del trabajo al estudio de conceptos esenciales de “Igualdad” y de “No discriminación” y la relación que existe entre ambos. Al analizar estos dos conceptos, nos detendremos en el reconocimiento y garantía que la Constitución Española de 1978 lleva a cabo de ambos, principalmente, -aunque no sólo- en el artículo 14, así como la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando a lo largo de los años. Para completar el panorama general de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la discriminación, y teniendo en cuenta que el tipo penal objeto de este trabajo guarda estrecha relación con el Derecho del Trabajo, expondremos como el ordenamiento jurídico garantiza el derecho a no ser discriminado reconocido en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores. Y antes de entrar en el estudio concreto del artículo 314 del Código Penal, conocer los demás tipos

³ TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 21.

⁴ Vid. Ley 51/2003 de Igualdad de oportunidades, no Discriminación y accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad. (BOE núm. 289).

⁵ Vid. Ley 7 /2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE núm. 89).

⁶ TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 21-22.

antidiscriminatorios; ver cómo el ordenamiento jurídico penal tutela el valor no ser discriminado, para evaluar sistemáticamente el delito de discriminación laboral⁷.

En este orden de cosas, el Derecho del Trabajo es uno de los sectores del ordenamiento jurídico que con más celeridad ha abordado medidas de tutela antidiscriminatoria, habiéndose detectado supuestos de discriminación, sobre todo en el empleo. De este modo el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores en su texto refundido de 1995 establece que, *“los trabajadores tienen como derechos básicos, como el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica a normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio, b) Libre sindicación, c) Negociación colectiva, d) Adopción de medidas de conflicto colectivo, e) Huelga, f) Reunión, g) Información, consulta y participación en la empresa” (...)* *“A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*.

Este artículo garantiza la no discriminación, la dignidad en el trabajo y el respeto a la intimidad.

Por otro lado, el artículo 17 del ET, donde bajo el título de *“No discriminación en las relaciones laborales”* se vuelve a insistir desde otra perspectiva en el derecho que tienen todos los trabajadores a no ser discriminados bajo ningún concepto en el establecimiento de sus condiciones de trabajo.⁸

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *“Discriminar”* supone dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por las causas que enumera el propio artículo, ideología, religión, raza, etc. Al situarnos en el ámbito laboral, esta discriminación ha de hacerse en el empleo, cuya prestación puede ser pública o privada. Por primera vez se incluyen en el Título de manera expresa ambas posibilidades. El propio tipo, como un elemento más de él, cercano a una condición objetiva de punibilidad, exige una importante cautela para su realización: que no se haya restablecido la igualdad ante la ley reparando los daños económicos que se hubieren derivado; y un momento temporal y procesal para dicha actuación: tras requerimiento o sanción administrativa⁹.

En definitiva, el derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en el ámbito del trabajo y requiere una adecuada tutela jurisdiccional. La prohibición de la discriminación no solo pretende la interdicción de las diferencias de trato arbitrarias,

⁷ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 55.

⁸ ROMERO BURILLO, A. M^a. *Igualdad y Retribución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 24.

⁹ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*. Dykinson. Madrid 2011. pp. 680.

sino que busca eliminar criterios infames de distinción, contrarios a la dignidad humana, que históricamente y en la actualidad han excluido a determinados colectivos.

1. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN.

El derecho a no ser discriminado, como derecho fundamental que es, reconocido por la Constitución española, está sujeto a unas normas de interpretación y por tanto, de delimitación de contenido, que conducen a interpretarle conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al resto de Tratados y acuerdos internacionales relativos a esta materia¹⁰, entre los que se incluye, toda normativa comunitaria. Por su parte, el artículo 53 del Texto constitucional¹¹, permite al legislador regular los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I, donde se encuentra el citado derecho, siempre y cuando respete su contenido esencial, es decir, siempre y cuando el legislador garantice en la regulación la relación entre el concepto que comúnmente se tiene del derecho en cuestión y cómo queda finalmente regulado, o manteniendo el respeto de los intereses que tradicionalmente protege ese derecho, tal y como ha previsto el Tribunal Constitucional en Sentencia 11/1981, de 8 de abril¹². Estas dos maneras de proteger el contenido esencial no son excluyentes la una de la otra sino que, por el contrario, el propio Tribunal Constitucional establece la idoneidad de compaginar ambas a la hora de proteger la esencialidad del derecho regulado¹³.

Hoy en día podemos hablar de discriminación directa, discriminación indirecta y admisibilidad de las acciones positivas (distinta de la discriminación positiva).

La discriminación directa es el tratamiento perjudicial motivado por el origen racial o étnico, la religión o convicciones, discapacidad física o psíquica, orientación sexual o sexo. Con el tratamiento perjudicial otorgado a una persona en función de alguna de las categorías sospechosas, elegidas por el constituyente o por el legislador –a través de la cláusula final del artículo 14 de la Constitución, “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”-. Gracias a éstas se garantiza de un modo más eficaz el derecho a no ser discriminado ya que, al estar previstas determinadas cualidades o circunstancias como fuentes de discriminación, se presume que un trato diferente dado a una persona que tenga alguna será discriminatorio.¹⁴

¹⁰ Artículo 10.2 de la Constitución española de 1978: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

¹¹ Artículo 53.1 de la Constitución española de 1978: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a*”.

¹² Vid. Fundamento jurídico 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

¹³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 121 y ss.

¹⁴ LÁZARO, A., *Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, cit., p. 186, dirá que “*El concepto de categoría sospechosa implica el reconocimiento constitucional de que determinados individuos o grupos, en determinadas situaciones, y en razón de uno o más rasgos sociales distintivos (fundamentalmente la raza, el sexo, la religión, las creencias, el nacimiento, el origen nacional o social), corren el riesgo de ser discriminados, lo que explica la prohibición expresa de hacerlo como medida preventiva*”.

Se considerará que hay una discriminación directa cuando al comparar a dos personas que se encuentran en una situación equiparable, sin embargo, se otorga un trato perjudicial, peyorativo, a una de ellas con respecto a otra, por alguno de los motivos citados. En efecto, se trata de la discriminación más fácil de reconocer pero presenta el inconveniente de que encontrar dos situaciones análogas no siempre es sencillo. Para salvar este escollo, la jurisprudencia se ha visto obligada a admitir la posibilidad de que las situaciones a comparar no estén produciéndose a la vez, o incluso, ni si quiera se haya producido la situación más favorable¹⁵.

La discriminación indirecta se identifica con el tratamiento formalmente neutro que, precisamente por esa neutralidad, en la práctica produce resultados lesivos o desventajosos para uno de los colectivos a los que se aplica debido a las diferencias fácticas existentes entre ellos. Esta idea fue desarrollada por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense al desglosar el concepto de discriminación en dos, distinguiendo así, entre *disparate treatment* (lo que nosotros hoy conocemos como discriminación directa) y *disparate impact* (para nosotros discriminación indirecta) en la ya famosa Sentencia de 1971 "Griggs v. Duke Power Company" (Tol 501788). El Tribunal norteamericano se enfrentaba a un caso en el que un sujeto, el señor Griggs, había interpuesto una demanda contra una empresa, Duke Power Company, porque entendía que la exigencia de tener el título de bachillerato para el puesto de carbonero, aunque aspiraba, no era necesario y perjudicaba al colectivo negro, ya que en la comunidad negra había menos personas con estudios que en la blanca. Los Tribunales le dieron la razón y, de este modo, se admitió que un trato, a priori, no discriminatorio puede calificarse como tal en atención al resultado¹⁶.

Con esta Sentencia se da un paso importante en el ámbito del contenido a no ser discriminado, ya que se reconoció la existencia de un trato discriminatorio en acciones, medidas o normas que, formalmente eran neutras. Su importancia radica en que sienta las bases para concretar unos principios que nos permitirán identificar la comisión de una discriminación indirecta en el ámbito laboral, o en cualquier otro. De este modo, en primer lugar, se establece que una prueba de acceso a un puesto de trabajo debe limitarse a la actividad que se va a desarrollar en concreto (así, por ejemplo, para realizar labores de limpieza o de diseño, no es necesaria la capacidad oral por lo que no podrá ser exigida, del mismo modo que no es aceptable poner como requisito para un puesto de ocio y tiempo libre en un campamento el título de ingeniería industrial). También se prohíben las pruebas que no midan la relación entre el desempeño de la persona en la prueba y el desempeño en el trabajo, teniendo en cuenta, además, que la prueba que se realice acerca de la valía del sujeto para el puesto, debe medir a la persona para el desempeño del trabajo y no a la persona en el abstracto, de esta forma se evita que en la selección de personal primen prejuicios respecto a las costumbres o

¹⁵ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp 123.

¹⁶ *Ibidem.* cit., pp 124.

estilo de vida del candidato, opiniones políticas o creencias religiosas, etc¹⁷. Por otro lado, será irrelevante la intención del empleador de discriminar o no, ya que el elemento fundamental en la discriminación indirecta es el resultado producido, independientemente de que sea deseado o no -así en el caso de la Sentencia de 1971, problemente la empresa sólo utilizase ese criterio para contar con algún elemento de selección, sin la intención de evitar que, de ese modo, pudieran acceder personas del colectivo negro-. En línea con lo anterior, respecto a la importancia del resultado, se establece que si una práctica es “justa de forma, pero de hecho es discriminatoria” no será sostenida por los Tribunales, es decir, que si el resultado es discriminatorio la medida es discriminatoria. No obstante, todo lo anterior es cuestionable cuando se alega *necesidad del negocio* reconociéndose así el derecho de la empresa a elegir al equipo que quiere que realice la labor encomendada de la mejor manera posible¹⁸.

A pesar del uso en los Tribunales de un contenido nuevo dentro de la discriminación, el ordenamiento comunitario tardará un tiempo en regular la discriminación directa e indirecta y no será hasta 1988, con la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión de 24 de mayo, cuando se dé una definición del concepto de discriminación indirecta: “*existirá discriminación indirecta [...] cuando una práctica aparentemente neutral perjudica de un modo desproporcionado a las personas de uno y otro sexo*” y habrá que esperar hasta la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo para que se establezca, normativamente, un concepto de discriminación indirecta “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutroafecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”^{19,20}.

La discriminación indirecta supone un trato discriminatorio, originado por una acción, una medida o una norma jurídica aparentemente neutral pero que, en la práctica produce resultados negativos, contrastables estadísticamente, sobre un determinado colectivo que no parte en igualdad de condiciones que los demás. Se caracteriza, además por la dificultad de la prueba, lo que ha hecho que: se admita la inversión de la carga de la prueba, recayendo sobre el responsable de la acción, medida o norma²¹, y que el órgano judicial encargado de resolver, deba estar al caso concreto, no bastando con el análisis en abstracto de la acción, medida o norma jurídica, las cuales respetarán el principio de igualdad y no discriminación, formalmente²².

¹⁷ Este aspecto es fundamental para distinguir la discriminación encubierta de la discriminación indirecta. En este sentido WALDRON, J., “*Indirect Discrimination*”, en ARSP: Equality and discrimination: essays in freedom and justice, nº 21, Stuttgart, 1985, pp. 95 y ss.

¹⁸ Análisis extraído de DESSELSER G./SACRISTÁN PILAR, M. *Administración de personal*, trad. VILLA CARRANDI M., Pearson Education, Madrid, 2001, pp. 45 y 46.

¹⁹ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

²⁰ En el caso de España se incorporará con la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de Julio.

²¹ Salvo casos excepcionales que se prevean en el Ordenamiento Jurídico.

²² Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 131- 132.

Discriminación positiva es la otra cara de la moneda de la discriminación directa y es que, si para tutelar el valor no ser discriminado es necesario que se prohíban los tratos diferentes a determinados colectivos fundamentados en alguna de las razones consideradas sospechosas, también será necesario para llevar a cabo esta tarea que se admitan e incluso promuevan acciones, medidas y normas que beneficien sólo al colectivo desaventajado con la finalidad de equipararle en oportunidades con el colectivo *modelo*. Obviamente, esete trato diferencial, beneficioso para un colectivo concreto, tiene que ser perjudicial o debe originar un agravio comparativo respecto a otros, sin embargo, su finalidad hace que se admitan esete tipo de prácticas a las que se han denominado acciones positivas²³.

La doctrina y la jurisprudencia han ido determinando los requisitos que debe cumplir una medida de discriminación positiva para que se considere legítima. Sólo será legítima si se lleva a cabo en supuestos de discriminación por causas “*inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad de forma negativa e inferior*”²⁴, es decir, serán supuestos de discriminación por razón de raza, sexo o minusvaía. Por otro lado, sólo pueden aplicarse este tipo de medidas en supuestos en los que el colectivo *victima* se encuentre infra representado dentro del ámbito en el que va a actuar la medida ya que son, en el fondo, medidas de discriminación directa, sólo que admitidas por el Tribunal Constitucional debido a que se respeta, además de los dos requisitos mencionados, el principio de proporcionalidad -este exige que las medidas de discriminación positiva e inversa, deben ser necesarias, adecuadas y proporcionales en sentido estricto-. De manera que la medida deberá responder a la existencia de una realidad de desigualdad tal, que no será posible acabar con ella si no es a través de un sistema de cuotas -necesidad-; además con su aplicación se deberá alcanzar la paridad entre los individuos -adecuación-; y, finalmente, los beneficios reportados deberán ser *modelo* -proporcionalidad en sentido estricto-. Además, es imprescindible que estas medidas vayan acompañadas de un análisis de su impacto en la realidad social, de una valoración periódica de la consecución de los fines marcados para evitar que se eternice su aplicación, ya que son medidas que debido a su carácter discriminatorio la transitoriedad es fundamental. Se puede afirmar que la principal diferencia entre la acción positiva y la discriminación positiva o inversa es que la acción positiva no acusa un perjuicio directo para el colectivo *modelo* ya que suelen ser campañas de concienciación, subvenciones, becas, etc., destinadas a equiparar a todos los sujetos partiendo de las causas que provocan la desigualdad final, al margen de que se consiga o no alcanzar en última instancia la paridad²⁵.

²³ Así lo consideran autores como MARSHALL, S., *Reversing discrimination*, 1985, pp. 64-65; PÉREZ DEL RÍO, T/ FERNÁNDEZ LÓPEZ, F./ DEL REY GUANTER, S., Discriminación e igualdad en la negociación colectiva, *Instituto de la Mujer*, 1993, p. 67, y SERRA CRISTÓBAL, R. *La discriminación indirecta por razón de sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p 367.

²⁴ REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, en GÓMEZ CAMPELO, E. / VALBUENA GONZÁLEZ, F. (coordinadores) *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, 2008, p. 102.

²⁵ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp 133-134. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Las acciones positivas*, en CARBONELL, M. (Coord.) *El principio constitucional de*

Recientemente se ha de señalar también un tipo de discriminación actualmente reconocida, que proviene del ámbito anglosajón y que surge en los movimientos pro derechos civiles de EEUU, de la mano de movimientos feministas y anti-racista, criticando el enfoque individual de la discriminación en las leyes anti-discriminatorias y esta se conoce con el nombre de discriminación múltiple, y que se caracteriza por motivarse en diversas razones -la más habitual en nuestra sociedad es la que sufren las mujeres y las niñas que, además son de etnia gitana-. A través de la discriminación múltiple de lo que se trata es de poner de manifiesto la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran aquellos sujetos que cuentan con alguna de las causas consideradas sospechosas de discriminación –como puede ser pertenecer a la etnia gitana- pero, además, presentan alguna otra que hace que, incluso, dentro de su propio colectivo ocupen una posición desventajosa –es el caso evidente de las mujeres-. No obstante es necesario que las dos circunstancias confluyan simultáneamente en la motivación del trato discriminatorio concreto y que tengan como consecuencia un trato perjudicial concreto para el sujeto, que podrá ser el resultado de la suma de las dos circunstancias discriminatorias o uno nuevo fruto de la doble discriminación.²⁶

La incorporación de la discriminación múltiple en nuestro ordenamiento jurídico se lleva a cabo en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, aunque solo hace referencia a una discriminación doble, siendo obligatoriamente uno de los factores el género y el otro, pertenecer a una minoría étnica, a otro país o tener una discapacidad. En su punto II dice así: *“Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como las que pertenecen a minorías, las mujeres inmigrantes y las mujeres con discapacidad”*. En el articulado se amplían las causas por las que puede considerarse que existe una doble discriminación, ya que se prevé como uno de los criterios de las políticas de igualdad a desarrollar por los Poderes Públicos, la especial situación en la que se encuentran las mujeres pertenecientes a colectivos de especial vulnerabilidad *“como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género”*²⁷, si bien es cierto que en este precepto sólo se tiene en cuenta la especial posición en la que se encuentran determinadas mujeres a la hora de iniciar o adoptar medidas positivas que las ayuden a situarse en igualdad de condiciones con los hombres, sin que se produzca, una prohibición expresa de la discriminación múltiple (o dual) a la que le atribuya una sanción. De esta ausencia parece que se ha percatado el legislador, ya que en el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación aprobado en mayo de 2011 no sólo se define, por fin, la discriminación múltiple como la concurrencia o interacción de diversas causas -en general, sin que tenga que ser una de ellas el sexo- generando una

igualdad. Lecturas de introducción, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 229-282.

²⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 134-135.

²⁷ Vid. Artículo 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

forma específica de discriminación sino que, además, se incluye dentro de las infracciones muy graves, yendo un paso más allá de lo que lo había hecho el Anteproyecto de la misma Ley, donde el carácter de múltiple dentro de una acción discriminatoria lo único que hacía era agravar la infracción^{28 29}.

2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 1976 es la que introduce por primera vez en nuestro Ordenamiento la sanción penal de una conducta de discriminación, esta es la Ley 23/1976, de 19 julio, en esta se habla de las asociaciones ilícitas que *“promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”* (art. 172.4), aunque su duración es corta ya que se queda sin contenido a través de la LO 4/1980. Es en la reforma en el año 1983, operada por LO 8/1983, de 25 de junio, cuando se introducen dos tipos delictivos con la intención de castigar las conductas de denegación discriminatoria de prestaciones realizada por el particular encargado del servicio público (art. 165) o por un funcionario público (art. 181 bis) por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato. Introduce el castigo de las asociaciones ilícitas que *“promuevan la discriminación racial o inciten a ella”* (art. 174.3), precepto orientado a castigar un tipo concreto de discriminación, la racista, y contemplando en el catálogo de conductas que según el art. 4 de la CERD debían ser tipificadas como delictivas³⁰.

Hasta el año 1995 no se consolida la tutela del bien jurídico de no discriminación, cuya Exposición de Motivos se refiere expresamente cuando dice: *“En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea, sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”*. Este nuevo Código introduce nuevos tipos penales antidiscriminatorios, amplía los existentes y unifica las causas de discriminación: el sexo, la ideología, religión, creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, orientación sexual, enfermedad y minusvalía. El artículo 314 incorpora tres nuevas causas de discriminación: la ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, el parentesco con otros trabajadores de la empresa o el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.

Este proceso iniciado timidamente en el año 1976 y que, por el momento concluye en el año 2003 y en el que el legislador ha ido dotando el Código Penal de una amplia batería de delitos que persiguen castigar la discriminación por distintas causas en nuestra vida cotidiana. Esta última reforma, que se realiza a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, añade al delito de tortura del artículo 174 la finalidad discriminatoria,

²⁸ Vid. Artículo 7 del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Vid. Artículo 44. a) del Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Vid. Artículo 45.2 del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

²⁹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 136-137.

³⁰ RODRIGUEZ YAGUE, C. *“Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”*. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla la Mancha, nº 11. 2007

que pasa a configurarse como especial elemento subjetivo del tipo. También se añaden los Delitos de lesa humanidad, en el Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II, con el fin de adaptar los delitos de la legislación penal española a las competencias de la Corte Penal Internacional. Y se agrava la pena de multa contemplada hasta el momento para el delito de discriminación laboral del artículo 314 pasando de seis a doce meses pasa a doce a veinticuatro³¹.

En la Constitución Española aprobada en 1978, que también dota de base legal a este proceso, forma parte del conjunto de Constituciones que surgieron tras la Segunda Guerra Mundial en las que, junto a la parte orgánica, se incluyó otra dogmática. En este contexto, la igualdad ocupará un lugar destacado en nuestro texto constitucional propio de un Estado que se autodefine como social y democrático de Derecho. En el articulado constitucional nos encontramos referencias sobre la igualdad, voy a destacar las siguientes: artículo 1.1 “*España se constituye en un Estado social democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”; artículo 9.2 “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”; y artículo 14 “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, ya que las demás no dejan de ser el desarrollo de las mismas³².

Leyendo cada uno de los preceptos constitucionales dedicados a la igualdad, nos damos cuenta de que este termino no adopta siempre la misma función, lleva a la doctrina a distinguir tres dimensiones diferentes dentro de la igualdad, pudiendo actuar como valor, como principio o como derecho fundamental. Resulta difícil distinguir entre dimensión de valor y la dimensión de principio, por la identificación que se hace entre estos y las bases fundamentales sobre las que se asienta una comunidad o un Estado. Pero podemos y debemos diferenciar igualdad como valor e igualdad como principio entendiendo al primero como el objetivo que debe alcanzar el ordenamiento jurídico y como la herramienta para alcanzar ese fin marcado, el segundo. No hay duda de que los artículos 9.2 y 14 a), de la Constitución proclaman la igualdad como principio al exigir a los Poderes Públicos que remuevan los obstáculos para lograr una igualdad real y efectiva. La igualdad como derecho fundamental, será el artículo 14 b),

³¹ RODRIGUEZ YAGÜE, C. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”. *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 2007, cit. pp. 1 y ss.

³² Artículo 23.2 CE. “*Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”. artículo 31.1 “*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad [...]*”; artículo. 32.1 “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*”; artículo 39.2 “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley [...]*; y artículo 149.1.1º “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad [...]*”.

ya que a través de su reconocimiento puede exigirse por parte de los ciudadanos a los Poderes Públicos, una igualdad efectiva sin discriminación.³³

La persona tiene derecho a no ser discriminada, la finalidad penal no es otra que evitar que una conducta realizada por razón de la existencia de una serie de rasgos físicos o sociales en el individuo, que identifiquen su pertenencia a uno de los grupos tutelados por la posición de marginación a la que socialmente se ven abocados, le impida el acceso a la participación en la vida social en condiciones de igualdad y de normalidad. Se castiga el acto concreto de discriminación consistente en la denegación de una prestación a la que se tiene derecho, ya en el ámbito del servicio público o en el de las relaciones profesionales o empresariales, o el acto discriminatorio particular producido en las relaciones laborales³⁴.

La conducta discriminatoria supone en primer término una lesión del derecho individual del sujeto al disfrute, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, de los derechos y libertades que le son garantizados. A través de cada acto discriminatorio se produce una negación de su dignidad puesto que el trato diferenciado es realizado por razón de la presencia en él de unos rasgos que indican su pertenencia a un colectivo situado previamente en posición de inferioridad, lo que afecta a la esencia misma de la persona, que es considerada como un ser inferior o marginado. Cada comportamiento de este tipo supone un acto de exclusión social de una persona puesto que ve impedido, obstaculizado o condicionado su derecho al acceso y a la participación en las diferentes esferas de la vida social. Con la sanción penal de cada acto de discriminación no se castiga la repercusión que tal comportamiento produce sobre la situación de marginación y desventaja del colectivo al que pertenece el sujeto, al que la suma de comportamientos individuales de esta naturaleza consolida y mantiene en tal posición. Los tipos penales no se construyen por tanto a raíz del resultado que ocasionan en el grupo o, lo que es lo mismo, en torno a la dimensión colectiva del bien jurídico, sino por la lesión concreta que en el derecho a no ser discriminado se produce en la persona discriminada. La discriminación laboral, siempre que sean los requisitos de gravedad y contumacia introducidos por el tipo del 314, afecte a los derechos o expectativas del trabajador en su relación laboral. Son por tanto tipos penales configurado como normas penales en blanco que requieren acudir a la normativa extrapenal para completar la conducta prohibida.³⁵

En artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. En su artículo 2º expresa: *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, 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”*, y que, además, *no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona*”. Lo preceptuado en estos artículos se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 7 de esta Declaración, que señala, que *“todos tienen derecho a*

³³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 107.

³⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C, *Una propuesta de clasificación...*cit, pp. 6-7.

³⁵ *Ibidem.* pp. 7 y ss.

igual protección contra toda discriminación que infrinja Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 2.2, dispone que los Estados “*se comprometen a 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*”.³⁶

Desde sus inicios, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha manifestado una especial preocupación por la igualdad y la no discriminación en el empleo, la que se ha plasmado en el Preámbulo de su Constitución de 1919; en la Declaración de Filadelfia de 1944 y en su inclusión en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento, del año 1998. Con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adoptarán, en el marco de la OIT, dos instrumentos que ocupan un lugar relevante en materia de igualdad y discriminación: los Convenios número 100, sobre Igualdad y Remuneración, de 1951³⁷ y el Convenio número 111, sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, en el que existe un enfoque respecto de la autonomía del derecho a la no discriminación que se aleja de la orientación de los instrumentos de derechos humanos antes mencionados³⁸. Este convenio también aborda el tema de las medidas especiales de protección o asistencia, las que no se consideran discriminatorias³⁹.

Como bien afirma la OIT, “*toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja, lo cual dificulta su acceso a oportunidades de empleo y, a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo*” y no debemos olvidar que existen colectivos que son vulnerables a la discriminación y que cada uno la vive en el mercado de trabajo de diversas maneras y que puede afectar al rendimiento, produciendo una menor productividad laboral, genera tensiones ocasionando un malestar dentro de la empresa. Si esta discriminación persiste lo que hace es agudizar la pobreza y la exclusión social, como bien se refleja en un

³⁶ SEVERIN CONCHA, J.P. “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, en *Revista de Derechos Fundamentales*. Universidad Viña del Mar, N° 7, 2012, pp 60-61.

³⁷ El Convenio núm. 100 dispone en su artículo 2º “*Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y , en la medida en que sea compatible don dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*”

³⁸ En su Preámbulo la OIT considera que: [...] “*Considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos*” y establece en su artículo1: “*A los efectos de este Convenio el término discriminación comprende: cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y ocupación*”, como asimismo, “*cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto, anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”, igual que, “*cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”, como asimismo, “*cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados*”. El Convenio núm. 111, aborda el tema de las medidas especiales de protección o asistencia, las que no se consideran como discriminatorias.

³⁹ Vid. SEVERIN CONCHA, J.P. *Discriminación en el ámbito... cit.*, pp. 61 y ss.

informe sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en el marco de la OIT⁴⁰.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El Código Penal de 1995 ha reunido en el Título, el XV, los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”, en el que se protege, en realidad, una pluralidad de bienes jurídicos, cuyo único denominador común es su referencia al mundo del trabajo, es decir, su pertenencia al trabajador como sujeto pasivo específico.

Estos bienes jurídicos son de carácter personal; son derechos que inciden en uno de los aspectos principales de la persona, su condición de trabajador, aunque la dimensión social y colectiva de estos derechos les dé unas connotaciones que permiten considerarlos también como delitos de carácter social o colectivo⁴¹.

La doctrina mayoritaria persiste un eterno desacuerdo respecto al concepto de bien jurídico protegido, dudando incluso algunos autores de su existencia. (Firsch, W ó Stratenwertg, G.⁴²). Pero es un elemento al que se recurre reiteradamente para describir o legitimar los tipos delictivos desde que BIRNBAUM, en 1834, manifestara que los delitos lesionan bienes y no derechos subjetivos, por lo que es relevante determinar cuál es el propio del delito de discriminación laboral⁴³.

El artículo 314 del Código Penal establece que: “*Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con al pena de prisión se seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses*”⁴⁴.

En este sentido, podemos afirmar que *ab initio*, el bien jurídico protegido en éste, es el valor “no ser discriminado”. No obstante, su ubicación en el Título XV del Código Penal: “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*”, y la polémica redacción del precepto, han hecho que se discuta su delimitación, llegando algunos autores a

⁴⁰ Organización Internacional del Trabajo, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 96 a reunión, 2007. Informe I (B), pp. 10. <http://ilo.org/ilc/ILCSessions/96thSession/lang--es/index.htm>

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp.332.

⁴² FRISCH, W., Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación penal estatal. “*Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A*”. Madrid, 2007, pp 309-339; y STRATENWERTH, G. “*Derecho Penal. Parte General. El Hecho punible*. Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 479.

⁴³ BIRNBAUM, J.M.F. Überdas Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rückischt auf den Begriff der Ehrenkänkung”, *En Archiv es Criminalrechts*. Neue Folge, 1834, pp 149-194.

⁴⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t15.html.

desechar por completo la protección del valor a “no ser discriminado”, a favor de otros bienes jurídicos como por, ejemplo, de la “Administración”⁴⁵.

En cuanto a la ubicación del delito, la incorporación al Código Penal de 1995 de un Título dedicado en exclusiva al Derecho Penal del Trabajo ha tenido una buena acogida entre la doctrina, una parte importante de ella considera que el delito de discriminación laboral, en concreto, debería situarse en un Título propio referido a los delitos anti-discriminatorios⁴⁶. En cualquier caso, la realidad es que el precepto ha sido situado junto con los delitos contra los derechos de los trabajadores y esto ha condicionado la posición de algunos autores a la hora de configurar el bien jurídico protegido, ya que es práctica habitual del legislador relacionar el bien jurídico protegido con el Título en el que se encuentra el artículo. De este modo, y centrándonos en el Título XV del Libro II del Código Penal, cabe distinguir, en principio, tres vertientes: por un lado, están los que identifican un único bien jurídico, supraindividual, para todos los delitos; por otro, aquellos que efectivamente creen que hay un bien jurídico categorial común pero que se concreta en cada uno de los tipos penales; y, finalmente, quienes configuran el bien jurídico al margen de la ubicación del precepto⁴⁷.

Algunos autores entienden que el bien jurídico protegido son los derechos de los trabajadores, en general, como bien supraindividual, identificando a los trabajadores como grupo, como colectivo o categoría social⁴⁸. Desde esta posición, existe un único bien jurídico protegido para todos los tipos penales del Título XV, ya que los correspondientes bienes jurídicos individuales bienes jurídicos individuales se encuentran protegidos en otros preceptos del Código Penal. Estos autores, de hecho, niegan cualquier clase de dimensión individual en el bien jurídico protegido por los tipos laborales, hasta el punto de reconocer un único delito independientemente del número de trabajadores afectados.

Otros autores también consideran que, a pesar de existir un bien jurídico categorial común a todos los delitos del Título XV con el que se protege a los trabajadores como fuerza de trabajo, este se concretará en cada uno de los tipos penales donde se protege el derecho al trabajo y a unas condiciones dignas en las que desarrollarlo –derechos que

⁴⁵ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 203-204.

⁴⁶ BAYLOS Y GRAU, A./ TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Valladolid, 1997. Pp. 47 y 48. y NAVARRO CARDOSO, F. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998., pp. 26; y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. “La sanción penal de la discriminación; especial referencia la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid. 1996, pp. 283-319. En la misma línea, LAURENZO COPELLO, P. “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia”, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial; Consejo General del Poder Judicial*, 1996, p. 238, contraria también a la ubicación del delito de discriminación laboral en el Título XV.

⁴⁷ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...* cit., pp. 204.

⁴⁸ Hoy en día, la doctrina mayoritaria admite la convivencia pacífica de bienes jurídicos individuales y colectivos, sin que suponga una contraposición entre unos y otros, a este respecto, Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal. Parte General. ...cit.*, pp. 59-61 y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^o I., “El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal” *Universidad de Valladolid*. Valladolid, 1999. cit., p.61.

dimanan de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral; indemnidad de la propia relación laboral; no ser discriminado; libertad sindical; seguridad e higiene en el trabajo⁴⁹. Se trata de determinar un elemento común a todos los delitos integrados en el Título al tiempo que no se renuncia al carácter individual de los bienes jurídicos que se protegen en cada uno de ellos⁵⁰.

Cerca de esta posición se sitúan BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, que aún defendiendo la existencia de un bien jurídico en cada uno de los tipos penales del Título XV, destacan el carácter colectivo del bien jurídico frente al individual en todos los delitos -salvo en el supuesto del delito de discriminación laboral, a cuyo bien jurídico “no ser discriminado”, lo califican de derecho subjetivo público de manera que debe respetarse y se torna irrenunciable-. Siguiendo a estos autores, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ dirá que el Título XV protege “*la fuerza del trabajo*” como titular de los intereses difusos o colectivos que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social”, sólo que lo fundamenta en la idea de que se trata de bienes jurídicos “espiritualizados” o “institucionalizados” de índole colectiva reconducibles a bienes jurídicos individuales”. Es decir, entiende que en el Título XV no se tutelan bienes jurídicos individuales, autónomos, de forma concreta, sino que lo que se hace es proteger los intereses de los trabajadores como colectivo de modo que, indirectamente, se tutelan los individuales; “*el citado interés colectivo sería entonces una “mera abstracción conceptual” que englobaría una colectividad difusa formada por el conjunto de derechos laborales básicos, patrimonios, libertades, (...), de las personas que acceden al mercado de trabajo*”. Siendo esto así, el bien jurídico protegido pertenecería a la categoría de bienes intermedios, entendiendo por tal aquellos bienes supraindividuales que están vinculados a un bien jurídico netamente personal⁵¹.

Igualmente, se ha de tener en consideración que la ubicación del precepto en el Título XV del Código Penal no afecta a la delimitación del bien jurídico. Estos autores defienden que los tipos delictivos recogidos en dicho Título protegerá un bien jurídico propio, no siendo posible encontrar uno común a todos. De este modo, el bien jurídico protegido en el artículo 314 es individual ya que se identifica el derecho a no ser discriminando con el derecho a ser diferente, lo que ésta intimamente vinculado a la dignidad del sujeto, independientemente de que la lesión de este bien se produzca a través de ataques a un colectivo por determinadas características de sus miembros⁵².

Desde otra perspectiva, LAURENZO COPELLO, estudia el delito de discriminación laboral como delito anti-discriminatorio, de manera que, aunque admite la existencia de un bien jurídico supraindividual, lo relaciona con los delitos anti-discriminatorios en vez de con los propios del ámbito labora. Para la autora, en todos los delitos

⁴⁹ Vid, SAINZ RUIZ, J.A. Los delitos contra los derechos de los trabajadores, en Instituto de Estudios Penales *Marqués de Beccaria* (coordinadores) El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales, *manual teórico-práctico II*, Expansión, Madrid, 1996, p 232 y VICENTE MARTÍNEZ DE, R., “*Los delitos contra los derechos de los trabajadores*”, Tirant lo Blanch, Valencia, cit., p. 115. y BAYLOS Y GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho Penal...*, 1997, pp. 254

⁵⁰ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 206.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

antidiscriminatorios se protege siempre un bien jurídico supraindividual junto con otro individual, de tal modo que, aunque se produce una lesión en el bien jurídico concreto del sujeto que está siendo discriminados, de estas conductas, también se derivan perjuicios en el conjunto de la sociedad. Siendo esto así, convivan dos bienes jurídicos protegidos en los delitos antidiscriminatorios y, por lo tanto, en el delito de discriminación laboral, los cuales son: el derecho a ser tratado como un ser humano igual que los demás y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución. Si bien, advierte, prima la dimensión individual frente a la supraindividual de manera que, para que se cometa un delito de discriminación laboral, es necesario que se lesione el bien jurídico individual, no bastando con la única lesión del supraindividual⁵³.

Con la redacción del precepto algunos autores defienden que nos encontramos ante un delito de desobediencia, en el que el bien jurídico es el buen funcionamiento de la Administración y, de forma subsidiaria, el valor “no ser discriminado”. No obstante, es claro que el delito de discriminación laboral no es un delito de desobediencia, se trata de un delito anti-discriminatorio que se desenvuelve en el ámbito laboral. De esta forma, entendemos que el bien jurídico protegido será el valor “no ser discriminado”, se trata, pues de un bien complejo, cuya delimitación precisa de algunas aclaraciones, para lo que sería conveniente recordar lo expuesto en el apartado primero, en el que se define el concepto de discriminación: con discriminación hacemos referencia a un trato peroyativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o una acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o por un particular, con o sin intención, contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría caracterizado por una serie de rasgos físicos o culturales que les identifica como grupo, y cuya situación es de inferioridad. No se considera discriminación la medida destinada a lograr la inserción de los colectivos que se encuentran en una situación de inferioridad, siempre y cuando sea una medida temporal y respete el principio de proporcionalidad⁵⁴.

Destacamos de esta definición la idea principal de acto que se dirige contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría. De ella se desprende la doble dimensión con la que cuenta el valor “no ser discriminado” como bien jurídico protegido. A nuestro juicio, una conducta discriminatoria dirigida contra un sujeto por ostentar una característica o circunstancia física, ideológica o social, determina, lesiona el bien jurídico individual de una persona concreta, de aquel que padece o sufre de forma directa e inmediata las consecuencias de un trato discriminatorio. Pero, además, al pertenecer el sujeto a un colectivo o a una minoría, éstos y sus miembros, serán lesionados, también, el bien jurídico del que son titulares “no ser discriminado” aunque adquiriendo aquí una dimensión colectiva, de manera que no se tiene en cuenta de forma acumulativa la lesión a cada uno de los sujetos que pertenecen a la minoría, sino que se considera que se ha lesionado de forma conjunta a todos ellos⁵⁵.

⁵³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 207-208.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 209.

Este reconocimiento de la lesión del bien jurídico a todo el colectivo al que pertenece el sujeto se fundamenta en el carácter social de la discriminación. No debemos olvidar que la discriminación es una práctica social que se ha ido asumiendo a lo largo de la Historia y por la que determinados sujetos son víctimas de prejuicios sociales por el simple hecho de tener un seso determinado, ser de un país concreto, de una raza diferente a la “*dominante*”, etc. Por esto, el trato vejatorio, perjudicial, que uno de sus miembros sufre debido a, precisamente, pertenecer a ese colectivo concreto, repercute en la posición de marginación o vulnerabilidad en el que se encuentran todos ellos, facilitando la “normalización” del status de inferioridad de todo el colectivo. Es la dimensión individual del bien jurídico la que el tipo penal exige que se lesione para que se aplique el delito, no bastando con la lesión generalizada aun grupo para que intervenga el delito de discriminación laboral, sin embargo, cuando se otorga un trato peyorativo a un miembro de un grupo susceptible de ser discriminado se está lesionando el bien jurídico del colectivo también⁵⁶.

Una vez manifestada nuestra posición respecto al bien jurídico protegido en el delito de discriminación laboral, quiero señalar que la unanimidad de la doctrina en lo que a la ineficacia del consentimiento se refiere. Independientemente de que se defienda el bien jurídico supraindividual o individual, todos los autores rechazan la posibilidad de que el sujeto pasivo preste su consentimiento para que se lesione, aunque, eso sí, cada autor lo fundamentará de una modo diferente. Aunque no es imprescindible valorar si el bien jurídico protegido colectivo o individual para concluir que el consentimiento relativo a su vulneración será ineficaz. Y es que el ser objeto de un trato discriminatorio tiene consecuencias negativas para el sujeto que lo padece, de manera que no podemos imaginar un supuesto en el que se consienta dicho trato, sin que se haya dado algún vicio en el consentimiento⁵⁷.

De este modo, en virtud de los principios que rigen la eficacia en el consentimiento, el consentimiento prestado en estas circunstancias no será válido. Se trata de supuestos en los que un sujeto acepta ser tratado de modo discriminatorio para conseguir un trabajo porque media violencia o intimidación, o, como señala ROXIN se pretende evitar con dicha aceptación “un mal sensible”. Así, en todos los casos, el sujeto asumiría la vulneración del bien jurídico “no ser discriminado”, del que es titular, con la intención de acceder a un trabajo o conservarlo⁵⁸. Entendemos que, incluso, aquellos supuestos en los que una persona asume un trato discriminatorio sintiendo que es adecuado se está produciendo un vicio en el consentimiento, ya que este consentimiento es resultado de la normalización de los prejuicios sociales –pensemos en el supuesto en el que una mujer con un puesto de vigilante de seguridad admite no realizar turnos de

⁵⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 209.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Trad. LUZON PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./VICENTE REMESAL DE, J., Civitas, Navarra, 2006, pp 551, el cual afirma que: “Si alguien, sin que se haya pronunciado explícitamente amenaza, admite tácitamente una intervención evidentemente no deseada en sus bienes jurídicos, porque, de no hacerlo, teme disgustos entonces esto no constituye un consentimiento eficaz si sólo el temor a “un mal sensible” [...] es lo que ha motivado la permisión”.

nocturnidad, mejor pagados que los diurnos, porque la empresa considera que su condición de mujer, no es adecuada para ese horario laboral⁵⁹.

Delimitado el bien jurídico protegido en el artículo 314 del Código Penal y su contenido, ahora debemos conocer quién será el sujeto pasivo, es decir, contra quién irá dirigido el trato discriminatorio y verá vulnerado el valor “no ser discriminado”. Las posiciones doctrinales como es lógico variarán atendiendo al concepto de bien jurídico que se haya defendido. Los que consideran que el bien jurídico es supraindividual, colectivo, defienden un sujeto pasivo de clase, grupal: la categoría de los trabajadores, en general, como fuerza, como clase social. Se trata de una colectividad difusa ya que los sujetos no están individualizados. Otros autores lo que harán será identificarlo con el Estado. Por su parte, los defensores del bien jurídico individual dirán que el único sujeto pasivo será el trabajador concreto que se ve perjudicado por el trato discriminatorio⁶⁰.

Teniendo en cuenta la definición de discriminación expuesta y la delimitación del bien jurídico propuesta, podemos distinguir dos sujetos pasivos: uno individual, que es el trabajador o empleado concreto que sufre de un modo directo el trato discriminatorio; y el colectivo que está formado por el grupo o minoría, al que pertenece el sujeto determinado por tener en común unos elementos físicos, ideológicos o sociales, ya que de un modo indirecto verán vulnerado su derecho a no ser discriminado, su derecho a la diferencia.⁶¹

Si comenzamos con la definición de trabajador, no podemos obviar que el tenor literal del artículo 314 explicita que el trato discriminatorio puede producirse “*en el empleo, público o privado*”. Esto hace que no podamos ceñirnos a la idea preconcebida de trabajador, entendiendo por tal aquellos que “*voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario*”, porque también serán trabajadores o empleados, el “*el personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: La Administración General del Estado. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Las Administraciones de las Entidades Locales. Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Las Universidades Públicas*”⁶².

Ambas definiciones propuestas son las descritas en normas extrapenales por lo que, en principio, el tipo penal no tiene por qué estar refiriéndose a ellas y podríamos optar por un concepto de trabajador o empleado que fuera más allá del de trabajador por cuenta ajena, funcionario o personal laboral de la Administración. De Este modo, tendrían cabida: los sujetos que desean ejercer el derecho-deber de trabajar ya que la generalidad de los supuestos de discriminación en el ámbito laboral se producen

⁵⁹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 210-211.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 211.

⁶¹ *Ibidem.* pp. 211-212.

⁶² Vid. Artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y Artículo 2.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

previamente a la contratación, es decir, en el momento de acceso al empleo, antes de convertirse el sujeto en trabajador activo, los denominados “falsos autónomos”⁶³, que son aquellos trabajadores que, de un modo encubierto, prestan un servicio por cuenta ajena aunque, oficialmente, trabajen por cuenta propia; así como los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España⁶⁴.

El artículo 314 prevé una cláusula por la que es necesario que los hechos hayan sido valorados previamente por la Administración o por una jurisdicción extrapenal, aplicando, por tanto, el ordenamiento jurídico laboral privado –el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Ley de Procedimiento Laboral, entre otras- y el ordenamiento jurídico del empleo público –principalmente, el Estatuto Básico del Empleado Público-. Esto condicionará inevitablemente la delimitación de las acciones que van a ser enjuiciadas penalmente y los sujetos que participan en ellas ya que, aquello que no haya sido considerado una infracción en dichos ordenamientos, no podrá valorarse de ninguna manera por la jurisdicción penal. Podríamos decir que, estas normas, actúan como filtro previo y condicionan los sujetos pasivos del artículo 314, no pudiéndose admitir, por tanto, una ampliación de las definiciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleo Público⁶⁵.

El sujeto pasivo deberá pertenecer a una de las minorías previstas, primero, en el ordenamiento jurídico laboral, público o privado, y después en el ordenamiento jurídico penal. El titular del derecho a no ser discriminado cuenta con unas características propias relativas a elementos físicos, ideológicos o sociales que le identifican con un colectivo o grupo concreto que le distingue de la “normalidad”, del colectivo *modelo*. Siendo esto así el sujeto pasivo individual del delito previsto en el artículo 314 formará parte de un grupo marginado, pertenecerá a un colectivo que sufre un trato peyorativo, cuyas oportunidades son menores, debido a sus características físicas, ideológicas o sociales. De no ser así, nos encontraríamos ante una situación de trato desigual pero no de trato discriminatorio⁶⁶.

⁶³ CORCOY BIDASOLO, M., “*Delitos Laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores*”, en *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003, p.102, que amplía el concepto de trabajador del Título XV a los llamados «“falsos autónomos” donde la relación laboral se configura formalmente como arrendamientos de servicios aun cuando, materialmente reúne los requisitos de la relación laboral del art. 1.1 ET, esto es, prestación de servicios por cuenta ajena, con habitualidad, dependencia y retribución».

⁶⁴ Así lo ha admitido el Tribunal Supremo en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores: “(...) llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social, porque, [...] el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que, como la dignidad art. 10 de la Constitución no conoce fronteras”.

⁶⁵ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p.213.

⁶⁶ MACHADO RUÍZ, M.D. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 245, dice, refiriéndose al sujeto pasivo del delito antidiscriminatorio del artículo 511 del Código Penal que “*el trato discriminatorio no descansa sólo en unas determinadas características de la víctima [...]*”.

En el precepto penal se prevé un “*numerus clausus*” de motivos discriminatorios que no se corresponden fielmente con los previstos en los ordenamientos jurídicos-laboral, público o privado. Esto provoca, igual que en el caso de la delimitación del concepto de empleados, que en aquello que las causas recogidas en el artículo 314 del Código Penal sean más amplias no tengan relevancia penal. A nuestro modo de ver, alguna de ellas, no son caracteres propios de un colectivo que se encuentra en desventaja o al que se le otorgue tradicionalmente un trato peyorativo. Me refiero a causas como “ostentar representación legal o sindical” o “parentesco con otros trabajadores”. De hecho, los sujetos que ostentan representación legal o sindical en una empresa ya están protegidos en el artículo 315 del Código Penal, por lo que parece que el legislador se ha excedido en la determinación del sujeto pasivo⁶⁷.

Para finalizar, debemos apuntar que el sujeto pasivo colectivo será el grupo o minoría al que pertenezca el sujeto que está siendo discriminado, por tener una serie de características físicas, ideológicas o sociales comunes que identifica a sus miembros entre si y que despierta prejuicios sociales en el colectivo o grupo mayoritario, en el *modelo*, ya que un trato discriminatorio a uno de ellos hace que se normalicen los prejuicios sociales y se ahonde en la situación de marginación y de desventaja respecto a los demás⁶⁸.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

La concreción de los sujetos participantes en estas modalidades comisivas no presenta, en principio ningún problema, aunque los autores no siempre se han manifestado de forma unánime.

La delimitación del sujeto activo del delito de discriminación laboral, es decir, la descripción de aquellas personas que pueden ser autoras del tipo penal discriminatorio, no es fácil, por la compleja redacción del precepto. Este delito se califica como comisión por omisión, describiéndose en él explícitamente cual es la conducta que lesiona el bien jurídico junto con el mandato de poner fin a su vulneración. El artículo 314 del Código describe dos conductas, y lo que hacemos es preguntarnos si deben ser llevadas a cabo por el mismo sujeto o si, por el contrario, pueden realizarlas distintos⁶⁹. Ha sido frecuente en la doctrina estimar estos delitos como especiales propios, que solamente pueden ser cometidos por personas que reúnen las condiciones de empresarios o empleadores. La jurisprudencia mayoritaria entiende que el sujeto activo del delito es en general el empresario operante, empleador o dador de trabajo⁷⁰. No estamos totalmente de acuerdo ya que por un lado no se puede valorar de igual manera todo el Título y por otro porque la gran mayoría de las conductas son tipos comunes⁷¹.

La conducta discriminatoria aquella que se identifica con la situación de peligro en el delito de omisión, debe atribuirse a la misma persona que decide desoír el “*requerimiento o sanción administrativa*” o si, por el contrario, puede darse el caso en

⁶⁷ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 213-214.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁶⁹ *Ibidem*. P.230-231

⁷⁰ Vid. SSTS 13 de junio 1975, de 28 de junio de 1978, de 5 de febrero de 1981, de 15 de octubre de 1982.

⁷¹ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal Español*, Parte Especial. Dykinson. Madrid, 2011, p. 671.

el que el sujeto que realice la acción discriminatoria sea distinto al que no restablezca la situación de igualdad ante la Ley y repare los daños económicos.

La literalidad del precepto, “*Los que produzcan [...] y no restablezcan [...]*”, ha llevado a algunos autores a entender que, a pesar de las lagunas de punibilidad que se pudieran derivar, necesariamente debía ser el mismo sujeto el que realizase la primera conducta discriminatoria y la omisión del mandato de restablecer la situación de igualdad ante la Ley y la reparación de daños económicos que se hubieran podido derivar. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, no importa si la conducta discriminatoria previa es llevada a cabo por el mismo sujeto que desoye el “*requerimiento o sanción administrativa*”, o si cada una de estas conductas es realizada por un sujeto diferente, ya que en el momento en el que el empresario o empleador, o funcionario o autoridad pública, deciden no restablecer la igualdad ante la Ley ni reparar los daños económicos que se hubieran podido derivar, está ratificando la conducta discriminatoria previa realizada por el subordinado⁷².

El uso plural a la hora de referirse al sujeto activo otorga ciertas licencias interpretativas, no obligando a que participe más de un sujeto en la realización del tipo pero sí permitiendo que así sea, de manera que no será necesario que cada uno de los sujetos que participan en la comisión del delito realice todas las conductas que comprenden la acción típica, si no que será posible que cada uno de ellos lleva a cabo una conducta. De negar esta posibilidad, el artículo 314 terminaría siendo aplicable sólo a pequeños empresarios que no cuentan con una estructura organizativa dentro de su negocio, quedando fuera del alcance de la Ley las conductas discriminatorias llevadas a cabo dentro de grandes empresas. Tampoco tendría sentido que una conducta que produce un mismo resultado fuera impune por el simple hecho de que no fue el empresario empleador o funcionario público directamente el que realizó la acción discriminatoria inicial⁷³.

El sujeto pasivo, es decir, contra quién irá dirigido el trato discriminatorio y verá vulnerado el valor “no ser discriminado” tiene, al igual que el sujeto activo, distintas posiciones doctrinales que variarán atendiendo al concepto del bien jurídico que se haya defendido. De este modo, aquellos como NAVARRO CARDOSO ó MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que consideran que el bien jurídico es supraindividual, colectivo, defiende un sujeto pasivo de clase, grupal: la categoría de los trabajadores, en general, como fuerza, como clase social. Se trata de una colectividad difusa ya que los sujetos no están individualizados. PEREZ MANZANO, lo identificará con el Estado y los defensores del bien jurídico individual, como MUÑOZ CONDE ó BERNAL CASTILLO, dirán que el único sujeto pasivo será el trabajador concreto que se ve perjudicado por el trato discriminatorio⁷⁴.

Por lo anteriormente expuesto, en la delimitación del bien jurídico protegido podemos distinguir dos sujetos pasivos: uno individual, que será el trabajador o empleado concreto que sufre de un modo directo el trato discriminatorio, y otro colectivo, que estará formado por el grupo, o minoría, al que pertenece el sujeto determinado por tener en común unos elementos físicos, ideológicos o sociales, ya que de un modo indirecto verá vulnerado su derecho a no ser discriminado, su derecho a la diferencia.

⁷² Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 234-235.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*. pp. 211.

Empezando con la definición de trabajador, no podemos obviar que el tenor literal del artículo 314 explicita que el trato discriminatorio puede producirse “*en el empleo público o privado*”. Esto hace que no podamos ceñirnos a la idea preconcebida de trabajador, entendiendo por tal aquellos que “*voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario*”, porque también serán trabajadores, o empleados, el “*personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: La Administración General del Estado. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Las Administraciones de las Entidades Locales. Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Las Universidades Públicas*”⁷⁵.

Las definiciones propuestas son las descritas en normas no extrapenales por lo que, en principio, el tipo penal no tiene por qué estar refiriéndose a ellas y podríamos optar por un concepto de trabajador o empleado que fuera más allá del de trabajador por cuenta ajena, funcionario o personal laboral de la Administración. De este modo, tendrían cabida: los sujetos que desean ejercer el derecho-deber de trabajar ya que la generalidad de los supuestos de discriminación en el ámbito laboral se producen previamente a la contratación, es decir, en el momento de acceso al empleo, antes de convertirse el sujeto en trabajador activo, los denominados “falsos autónomos”, que son aquellos trabajadores que, de un modo encubierto, prestan un servicio por cuenta ajena aunque, oficialmente trabajen por cuenta propia; así como los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España⁷⁶.

El artículo 314 prevé una cláusula por la que es necesario que los hechos hayan sido valorados previamente por la Administración o por una jurisdicción extrapenal, aplicando, por tanto, el ordenamiento jurídico laboral privado, -el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Ley de Procedimiento Laboral, entre otras -y el ordenamiento jurídico del empleo público, -principalmente, el Estatuto Básico del Empleado Público-. Esto condicionará inevitablemente la delimitación de las acciones que van a ser enjuiciadas penalmente y los sujetos que participan en ellas ya que, aquello que no haya sido considerado una infracción en dichos ordenamientos, no podrá valorarse de ninguna manera por la jurisdicción penal. Podemos decir, que estas normas actúan como filtro previo y condicionan los sujetos pasivos del artículo 314, no pudiéndose admitir, por tanto, una ampliación de las definiciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁷.

El sujeto pasivo deberá pertenecer a una de las minorías previstas, primero, en el ordenamiento jurídico laboral, público o privado, y después en el ordenamiento jurídico penal. El sujeto pasivo individual del delito previsto en el artículo 314 formará parte necesariamente de un grupo marginado, pertenecerá a un colectivo que sufre un trato peyorativo, cuyas oportunidades son menores, debido a sus características físicas, ideológicas o sociales. De no ser así estaríamos ante una situación de trato desigual pero no de trato discriminatorio. El sujeto pasivo colectivo será el grupo o minoría al que

⁷⁵ Vid. Artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y Artículo 2.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁷⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 212-213.

⁷⁷ *Ibidem.* p. 213.

pertenezca el sujeto que está siendo discriminado, por contar con una serie de características físicas, ideológicas o sociales comunes, que identifica a sus miembros entre sí y que despierta prejuicios sociales en el colectivo o grupo mayoritario, en el *modelo*, ya que un trato discriminatorio a uno de ellos hace que se normalicen los prejuicios sociales y se ahonde en la situación de marginación y de desventaja respecto a los demás⁷⁸.

IV. CONDUCTA TÍPICA.

El precepto describe la acción típica de un modo complejo: *“los que produzcan una grave discriminación en el empleo público o privado, contra alguna persona por razón de [...] y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado [...]”*, por lo que no basta con realizar una acción discriminatoria sino que será necesario que no se corrija en cumplimiento de un *“requerimiento o sanción administrativa”*. Se establece así, según algunos autores, el mantenimiento de la situación discriminatoria como la acción principal, aunque quizá sea precipitado aludir a esta cuestión sin habernos ocupado previamente de las distintas conductas que integran el tipo de modo exhaustivo. En relación a la distinción de los actos que integran el artículo 314, para el ámbito de actuación analizarlos y poder identificar los supuestos de hecho que, en la práctica, se subsumen en el tipo penal. Intentare delimitar el ámbito de actuación del tipo, que se encuentra en el artículo 314 dentro del Título dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, el propio precepto especifica la aplicación no sólo en el empleo privado, también en el público, lo que afectará a la determinación de los sujetos pasivo, visto ya en el apartado anterior, y activo, así como a la normativa de la que dependerá la formulación del *“requerimiento o sanción administrativa”* que haya sido ignorado⁷⁹.

Al ser el delito de discriminación laboral un delito de resultado, la acción discriminatoria debe provocar una situación discriminatoria, perjudicial, de manera que es necesario que el sujeto pasivo ostente alguna de las características previstas en el precepto. Estas características podemos decir que son elementos del tipo objetivo, imprescindibles para que la actuación sea punible. La literalidad del precepto manifiesta la necesidad de que exista una intencionalidad por parte del sujeto activo en la conducta discriminatoria al decir expresamente *“Los que produzcan una grave discriminación [...] por razón de [...]”*⁸⁰.

Con anterioridad a la interpretación que la doctrina ha realizado de cada una de las circunstancias, debemos poner de manifiesto un problema en torno a la elección de las mismas por parte del legislador penal con el objeto de delimitar el ámbito de actuación del tipo; éstas no coinciden ni con las circunstancias previstas en el artículo 14 de la Constitución española ni con las previstas en el ordenamiento laboral, público o

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 215.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 216.

privado, lo que hace que se nos planteen algunas dudas respecto a su aplicación e interpretación.

El artículo 14 de la Constitución establece cuales son las causas de discriminación y termina con una cláusula abierta, “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, que permite al legislador ampliar las causas de discriminación atendiendo a los cambios sociales y a las necesidades del caso concreto en el que se pretende evitar la discriminación. En la regulación de la protección de la no discriminación, el legislador no debería prever las mismas causas de discriminación en los supuestos en los que se va a buscar empleo, ya que hay colectivos que se encuentran en una situación de inferioridad susceptibles de ser discriminados en uno y otro ámbito no son los mismos.

En lo que la interpretación de cada una de las causas de discriminación previstas en el delito de discriminación laboral, la doctrina ha ofrecido distintas clasificaciones, agruparemos las causas que originan un trato discriminatorio en el sujeto que las ostenta, según sean físicas, ideológicas o sociales. Entiendo que algunas pueden estar en más de uno de ellos pero pienso que es más fácil si las agrupamos para poder estudiarlas⁸¹.

1. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS FÍSICOS O BIOLÓGICOS.

1.1. Sexo.

Como causa de discriminación apenas tuvo importancia en la elaboración del Código Penal de 1995 y además no se mencionaba en una de las últimas reformas penales antes de la aprobación actual del Código Penal. Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre, se ha admitido el embarazo como un motivo de discriminación por razón de sexo, y a partir de las mismas se ha ido forjando una doctrina jurisdiccional al respecto, llegando a reconocerse que, a pesar del artículo 14 de la Constitución “*no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, si excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias*”⁸². Obviamente la condición biológica de la mujer y su propia salud no puede ser incompatible con el mantenimiento de sus derechos laborales, llegando el Tribunal Constitucional a la conclusión de que “*la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo*”.⁸³ Así se protege en puridad la igualdad de trato por razón de sexo ya que se trata de evitar que diferencias biológicas sitúen a uno de los dos sexos –en este caso la mujer- en una posición de desventaja frente al otro. El aspecto biológico de la maternidad es una diferencia intrínseca al sexo femenino de la que o se puede desprender, igual que ocurre con la edad o el color de la piel y se trata de que este factor nos e utilice como un elemento de diferenciación perjudicial. Con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se

⁸¹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 239.

⁸² Vid. Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre, asimismo resulta especialmente esclarecedor el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2005, de 4 de julio, en la que se recopila la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto: “*Tal tipo de discriminación (por razón de sexo) comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, índice de forma exclusiva sobre las mujeres*”.

⁸³ Vid. Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2005, de 4 de julio.

reconoce el trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, como discriminación directa por razón de sexo. Pero la discriminación que padecen las mujeres no suele deberse a factores biológicos, como es el de la maternidad, en la gran mayoría de los casos se debe a prejuicios sociales en torno a sus capacidades⁸⁴.

1.2. Orientación sexual.

Este se puede situar también en las causas que más adelante estudiaremos y que hemos llamado ideológicas, ya que la orientación sexual puede ser también algo biológico, un factor innato en las personas o una opción personal. Con la inclusión de esta última causa, el legislador penal busca que queden protegidos todos los colectivos susceptibles de ser víctima de la segregación social, aunque no tengan una larga tradición histórica como grupo unido, me refiero a los homosexuales, que han ido forjando su propia identidad a lo largo del siglo XX.

BERNAL DEL CASTILLO advierte del peligro de usar una expresión tan imprecisa como “orientación sexual” ya que puede llevar a que se incluya en ella “todo tipo de manifestaciones o actitudes relativas al tema sexual”⁸⁵, es decir que, podría considerarse causa de discriminación no sólo el tener relaciones sexuales con alguien del mismo sexo si no que también el bestialismo, la pederastia o la prostitución. De otra parte, LAURENZO COPELLO restringe la interpretación de esta expresión únicamente las “tendencias sexuales de las personas”, descartando los modos de ejercer la sexualidad⁸⁶, de manera que sólo se protegerá a los colectivos de homosexuales o bisexuales, quedando fuera las prostitutas, los fetichistas los pedófilos, etc.⁸⁷

1.3. Minusvalía o enfermedad.

Ambas son una novedad del Código Penal de 1995 como razones de discriminación, aunque en su caso el Proyecto de 1994 las preveía. Cuando el legislador redacta el catálogo de causas sospechosas de discriminación lo hace de un modo objetivo, neutral, aunque de facto el sujeto pasivo sólo pueda ser alguien perteneciente a una “minoría”, de manera que se alude al sexo, la etnia, el origen, en vez de referirse a las mujeres, los gitanos y los inmigrantes. Sin embargo, cuando se trata de proteger a personas con algún tipo de discapacidad física o psíquica, directamente se refiere a enfermedad o minusvalía. Se puede pensar que se debe a la manera en que las propias medidas garantistas de igualdad tratan a personas con discapacidad.

En relación a la minusvalía, esta terminología utilizada por el legislador penal no coincide con la del social; si en el artículo 314 se habla de “minusvalía”, tanto en los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, como el 14 i) del Estatuto Básico del Empleado Público, el motivo discriminatorio es la “discapacidad”, aunque esta disparidad terminológica no impide que una interpretación teleológica nos conduzca a una misma solución y es que, con los dos conceptos, se alude a aquellos sujetos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad o desventaja debido a que presentan algún tipo de incapacidad, por lesión congénita o adquirida, que le impide realizar, totalmente o con “normalidad”, alguna o todas las tareas cotidianas. A pesar de la confusión terminológica del legislador, utilizando uno y otro

⁸⁴ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 241-242.

⁸⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación...*, cit., p. 44.

⁸⁶ LAURENZO COPELLO, P., La discriminación en el Código Penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 247.

⁸⁷ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 242.

indistintamente, con el Real Decreto 1971/199, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía se trató de poner cierto orden conceptual distinguiendo entre el grado de minusvalía, discapacidad y grado de discapacidad, de manera que se identificaba “discapacidad” con la restricción o ausencia de capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, sin incluir los factores sociales complementarios que dificulten la integración social, y con “minusvalía” se hacía referencia a la situación global de la persona. Así, la minusvalía representaba una visión médico-sanitaria de la incapacidad, mientras que la discapacidad hacía referencia a los problemas con los que se encuentran las personas con algún tipo de disfuncionalidad física, psíquica o sensorial en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. A través del mismo, se acomoda la terminología a la propuesta por la Organización Mundial de la Salud, sustituyendo minusvalía por discapacidad y discapacidad por limitaciones en la actividad⁸⁸.

Ahora delimitaremos el colectivo con el que asignamos a las personas que tiene algún tipo de discapacidad penalmente relevante ya que cualquier “incapacidad para realizar tareas cotidianas de modo «normal»” no tiene porqué representar una causa de discriminación.

La determinación del colectivo de personas con discapacidad presenta un problema de base, y es que estará formado por una heterogeneidad de personas: la discapacidad puede manifestarse de diversas maneras y en muy distintos grados, dificultando enormemente la identificación de un colectivo. Las personas con discapacidad no presentan un sentimiento de unidad, de pertenencia a un grupo o colectivo que los identifique como parte de algo, sin embargo todos se encuentran con dificultades a la hora de optar a un puesto de trabajo ya que los caracteres que los diferencian del colectivo *modelo* generan prejuicios y, cuanto más visibles son, mayor discriminación se producirá, independientemente del impacto de la discapacidad en la productividad. Estos prejuicios serán valorados por el empleador en la fase de contratación y resultarán decisivos en la elección entre los candidatos⁸⁹.

Con el objeto de determinar qué sujetos deben considerarse con discapacidad, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Inserción Social de los Minusválidos⁹⁰, los describe como *“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”* lo que se equipara a tener reconocido, al menos treinta y tres por ciento de discapacidad, o ser *“pensionista de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”*⁹¹. Pero esta definición no resulta

⁸⁸ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 244-245.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, se cambia el término “Minusválidos” por “Discapacitados”.

⁹¹ Vid. Artículo 1.2 de la Ley Orgánica, 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

satisfactoria para la mayoría de la doctrina laboralista⁹² ya que es propia de un modelo de protección médico o rehabilitador, el cual debería estar superado en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro en el que el modelo de tutela de las personas con discapacidad está basado en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales⁹³.

Las personas con algún tipo de incapacidad para el desarrollo de las tareas cotidianas en el entorno social en el que se desenvuelven siempre han sido tuteladas, aunque el modelo o sistema de protección ha ido cambiando conforme lo hacía el propio modelo de Estado. *Ab initio*, los Poderes Públicos se desentendieron de esta tarea y las personas con discapacidad sobrevivían de la caridad, por lo que dependían de la “compasión” que eventualmente pudieran provocar en el resto de los sujetos. Cuando los Poderes Públicos asumieron la responsabilidad de tutelar a este colectivo mantuvieron esta línea paternalista, basada en fundamentos caritativos, resultado de la identificación del colectivo de discapacitados con personas necesitadas de asistencia médica y de una atención especial, obviando la posibilidad de otorgarles de autonomía y, de este modo, manteniéndoles en una posición de vulnerabilidad y de desvalimiento permanente. Las políticas de integración de las personas con discapacidad se rigen por derecho de igualdad y el objetivo de las mismas es que la persona pueda ejercer plenamente todos sus derechos y libertades fundamentales⁹⁴.

El legislador penal ha incluido la “*la enfermedad*”, como consecuencia de la respuesta de algunos sectores de la población hacia aquellas personas enfermas de SIDA o portadores del VIH. Hicieron que los sujetos que la padecían fueran rechazados y puestos en una situación de especial vulnerabilidad. Pero se incluyó como causa discriminatoria optando por una fórmula general sin hacer referencia explícita al SIDA/VIH, con el fin de evitar que se pudiera situar a sujetos, que padeciesen otras enfermedades susceptibles de generar rechazo, en una posición de desventaja y de especial vulnerabilidad como consecuencia de su enfermedad. El término puede resultar demasiado amplio, de modo que para que pueda considerarse causa de discriminación será necesario que la enfermedad concreta sitúe al sujeto en una posición de inferioridad o incluso de marginación respecto al resto de la colectividad. Es decir, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, será necesario que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva o razonable⁹⁵.

Pero teniendo en cuenta las particularidades especiales que presenta la redacción del artículo 314 del Código Penal, en principio, parece imposible que se tutele penalmente a los sujetos enfermos ya que ni en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores ni en el

⁹² Vid. RODRIGUEZ YAGÜE, A.C. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado...*,2007: p .538, en la que considera que el concepto de minusvalía utilizado por el Código Penal debe ir más allá del mero reconocimiento administrativo y se debe comprender “no sólo aquellos supuestos donde exista o pudiera existir un reconocimiento de invalidez, establecido por la norma”, sin embargo debemos señalar que este autor analiza los tipos de los artículos 511 y 512 cuya aplicabilidad no depende de una previa valoración del ordenamiento social.

⁹³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p- 246.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. p.249.

14 del Estatuto Básico del Empleado Público se reconoce el derecho a no ser discriminado por esta circunstancia. Una parte de la doctrina laboralista, entre ellos RUIZ CASTILLO ó VALDÉS ALONSO han tratado de incluir dentro de la causa de discapacidad la enfermedad, no obstante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional no respaldan este punto de vista, por lo que, en principio, se quedan fuera de la tutela antidiscriminatoria los sujetos que se encuentran en una incapacidad temporal o aquellos que, teniendo una incapacidad absoluta llegan al treinta y tres por ciento de minusvalía, aquellos que no son considerados discapacitados por la Ley. Según el Tribunal Constitucional, sólo atendiendo caso por caso, se podrá otorgar dicha tutela en el ámbito laboral, en virtud de la cláusula final del artículo 14 de la Constitución, a los sujetos enfermos que hayan sufrido un trato desigual que haya provocado su segregación o trato despectivo, de manera que se incluiría una circunstancia discriminatoria en el ámbito laboral a través de la aplicación directa del artículo 14 de la Constitución y, una vez reconocido en el caso concreto esa circunstancia y cumplidos los demás requisitos previstos en el artículo 314, entonces sí, se podría plantear su reconocimiento penal⁹⁶.

2. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS IDEOLÓGICOS.

Estos son de carácter voluntario, lectivo por parte del sujeto. La ideología, la religión que se profesa, las creencias, la participación en un sindicato o el uso de una lengua propia de un territorio español son cuestiones relacionadas con el pensamiento del sujeto y con el desarrollo de su personalidad.

2.1. Ideología, religión o creencias.

Para poder aplicar el artículo 314 del Código Penal, debemos dotar alguno de los conceptos con los que en este precepto y en los del Estatuto de los Trabajadores, y el Básico del Empleado Público se tutela a la libertad de pensamiento: así, identificaremos creencias con convicciones de ideas políticas con ideología. Resultaría más coherente y otorgaría una mayor seguridad jurídica que el artículo 314 del Código Penal y el 14 i)⁹⁷ del Estatuto Básico del Empleado Público hicieran referencia expresa a la religión, convicciones e ideas políticas, tal y como lo hace el Estatuto de los Trabajadores, o que, tanto en el ordenamiento jurídico laboral, público y privado, como en el penal, se aludiese en general, a la libertad ideológica ya que en ella se comprenden todas las demás esferas del pensamiento. El legislador opta indistintamente por términos como “convicciones” o “creencias”, en principio, intercambiables, o por “religión” y “creencias”, cuando el concepto del primero está comprendido en el del segundo. Pero el Derecho necesita conceptos claros y concretos que otorguen seguridad jurídica, para lo que es necesario una terminología homogénea que no provoque duda alguna⁹⁸.

La libertad ideológica no es una libertad ilimitada. El Tribunal Constitucional distingue entre manifestaciones pacíficas de la ideología, aunque sea contraria a los

⁹⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 249-250.

⁹⁷ Vid. Artículo 14 i) del Estatuto Básico del Empleado Público: “A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁹⁸ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 250-251.

principios constitucionales, y aquellas otras manifestaciones contrarias a la Constitución⁹⁹. La limitación y el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por motivos de ideología conlleva, necesariamente, la prohibición en la práctica de una determinada ideología contraria a los valores constitucionales. El derecho a la libertad ideológica no puede afectar al normal desarrollo ni a la convivencia pacífica de la sociedad. Lo que no quiere decir, es que se protege la ideología de todos los sujetos, salvo que esta ideología lleva a realizar acciones contrarias al ordenamiento jurídico a través de mecanismos ilegales¹⁰⁰.

2.2. Ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores.

Esta se recoge en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero en el ámbito del empleo público no se hace referencia a la *“adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos”*, se trata de una causa de discriminación añadida por el legislador penal al tipo antidiscriminatorio laboral, con el objeto de mantener una uniformidad con las causas del ordenamiento laboral privado si bien, para llevar a cabo esta tarea de manera rigurosa debería haber reproducido todas las circunstancias previstas en el Estatuto de los Trabajadores que tienen relevancia penal.

Esta no es la práctica habitual del legislador penal, pero acarrea ciertos problemas interpretativos. El primero de ellos es la ampliación del sujeto pasivo del delito. Atendiendo a la causa concreta a la que se refiere el legislador penal, bastará con formar parte de la negociación colectiva, independientemente que pertenezca a un sindicato o no, para que un trato discriminatorio en el ámbito laboral fundamentado en esta circunstancia tenga relevancia penal. Pero la especial redacción del artículo 314 hace que esto no sea exactamente así, debido a que no es necesario que, previamente, se haya ignorado un *“requerimiento o sanción administrativa”* que obligase al restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley y a la reparación de los daños económicos. Es necesario que el acto discriminatorio esté previsto como infracción laboral de manera que, en la práctica, los supuestos en los que un representante legal de los trabajadores que esté adherido a un sindicato sufra un trato desigual precisamente por representar a sus compañeros no se considerará discriminatorio¹⁰¹.

También la circunstancia *“ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores”* suscita problemas en torno al bien jurídico protegido por el artículo 314 del Código Penal. Se trata de un tema relacionado con la libertad sindical, pero no tiene por qué significar que el bien jurídico del tipo sea precisamente esta libertad. Según TAPIA BALLESTEROS, la previsión de *“ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores”* no aporta una tutela nueva ni específica ya que, con o sin su mención, la libertad sindical se encuentra protegida penalmente en el artículo 314 y

⁹⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre por la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 607.2 del Código Penal, referido a la difusión de ideas o doctrinas que *“nieguen”* o justifiquen la comisión de los delitos denominados de genocidio y establece que: *“la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”*.

¹⁰⁰ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 252-253.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 253.

315, referido al ejercicio de la libertad sindical. La adhesión o no a un sindicato es una decisión ideológica que conlleva determinadas acciones como los acuerdos, el apoyo de medidas reivindicativas, la participación en asambleas informativas (...). Y distingue en este ámbito una dimensión interna y otra externa¹⁰².

De este modo, la dimensión interna, el aspecto ideológico, se protege a través de la causa de prohibición de discriminación por razón de “*ideología*”, mientras que la dimensión externa, la acción sindical se encuentra tutelada en el artículo 315. Si aceptamos esta idea de TAPIA BALLESTEROS, la causa discriminatoria de “*ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores*”, además de no aportar ningún tipo de protección adicional, lo que hace es crear confusión respecto al bien jurídico protegido por este precepto. Entiende que esta causa discriminatoria no tiene razón de ser debido a que la libertad sindical no debe tutelarse a través del derecho a no ser discriminado –ni el ordenamiento penal ni en el laboral- ya que existen mecanismos suficientes que la protegen. Las personas adheridas a un sindicato no conforman un colectivo situado en una posición de inferioridad, desventajosa, que precise una especial protección. Tampoco debería identificárseles en un colectivo independiente del de los trabajadores ya que son sus representantes y al único colectivo que como miembros de un sindicato pertenecen es al que representan¹⁰³.

2.3. Uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.

La inclusión de este precepto como causa de discriminación en el ámbito laboral, no es discutida por la doctrina, amparada por la cláusula final abierta del artículo 14 de la Constitución en la que se prohíbe el trato discriminatorio por “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Lo realmente difícil es determinar cuál es el colectivo necesitado de protección, el colectivo “*victima*” que se encuentra en una posición de desventaja, de vulnerabilidad. Este colectivo debe presentar unas características comunes que identifique a sus miembros y que les produzca un sentimiento de unidad. De esta manera, la elección del colectivo víctima de la discriminación por “uso alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español” debería ser aquel que se comunica en la lengua propia de la Comunidad, ya que se trata de un colectivo con sentimiento de unidad. Este colectivo cumple con el requisito de representar una minoría frente a la mayoría¹⁰⁴.

Las reivindicaciones de trato discriminatorio suelen provenir del colectivo castellano-parlante argumentando, en el ámbito laboral público y privado, que la exigencia del conocimiento de las dos lenguas oficiales sitúa en una posición de inferioridad de condiciones a aquellos sujetos no ciudadanos de Comunidades Autónomas con dos lenguas oficiales, frente a los que sí lo son. El ordenamiento jurídico reconoce la co-oficialidad y el derecho de los ciudadanos a la elección de lengua, al margen de ideas políticas y de opiniones personales sobre la idoneidad o no del reconocimiento de más de una lengua oficial. Con estas dos premisas, los Podres

¹⁰² Ibídem. p. 254.

¹⁰³ Ibídem.

¹⁰⁴ Ibídem. p. 260.

Públicos tienen la obligación de garantizar su cumplimiento, para lo que resulta necesario que el personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma en cuestión conozca ambas lenguas. En el empleo privado se justifica la exigencia en una decisión empresarial dirigida a prestar un mejor servicio a sus clientes, comparable con el requisito de saber inglés para trabajar en una determinada empresa¹⁰⁵.

3. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS SOCIALES.

3.1. Pertenencia a una etnia, raza o nación.

A pesar de que aparentemente tienen un origen biológico, en realidad, se trata de una construcción social. Quizás la de la raza debería encontrarse en los motivos discriminatorio físicos o biología, pero la identificación de un sujeto con una raza concreta no implica que cuente con todos los caracteres que se consideren propios de ella, pero si se le atribuye una posición social determinada.

En el artículo 314 del Código Penal se alude a la pertenencia a una raza, etnia o nación, pero el artículo 14 de la Constitución no hace referencia a la etnia ni a la nación aunque, en su lugar alude al nacimiento, lo que está relacionado con la nación en alguna de sus acepciones. Con la causa discriminatoria de nacimiento, se protege a los sujetos que sufren un trato perjudicial debido a su origen nacional, por ser apátridas, refugiados, por razones de ascendencia, casta o condición heredada y por circunstancias de filiación, hijos nacidos fuera del matrimonio o adoptados. Estos supuestos se encuentran tutelados en el artículo 314 si bien los dos últimos a través de la causa de situación familiar, mientras que, los demás con la prohibición de discriminación por pertenecía a una nación. Los apátridas y los refugiados o desplazados como consecuencia de conflictos armados son discriminados por no tener una nación reconocida o porque la misma ha desaparecido, por lo que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ya que pueden sufrir una discriminación jurídica a no ser ciudadanos de ningún país¹⁰⁶.

TAPIA BALLESTEROS, considera que la referencia más correcta por su concreción es la del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, ya que habla de origen, *“incluido el racial o étnico”*, y en él que se incluye el origen nacional o por pertenencia a una nación y el familiar, la relación con los antepasados. Consecuentemente cuando el artículo 17 dice *“origen, incluido el racial o étnico”*, está refiriéndose tanto al origen nacional, como al familiar, al racial y al étnico. Algo similar ocurre con el artículo 14 i) del Estatuto Básico del Empleado Público ya que se refiere al nacimiento y al origen racial o étnico.

3.2. Situación familiar.

El término empleado por el legislado penal no es lo mismo que el del ordenamiento laboral, donde se prohíbe la discriminación por razón del *“estado civil”*, ni que en el artículo 14 i) del Estatuto Básico del Empleado Público y el 14 de la Constitución española en el que se habla únicamente de *“nacimiento”*. El problema se encuentra en

¹⁰⁵ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 257 y ss.

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 260.

que tanto el concepto de estado civil como el de nacimiento son más restrictivos que el de situación familiar, y sin embargo, la aplicación del artículo 314 está a expensas del filtro previo del orden laboral. De esta manera, parece que, en la praxis, únicamente tendrán relevancia penal los supuestos de discriminación por razón del estado civil del sujeto, en el ámbito del empleo privado, mientras que en el público la situación familiar relacionada, solo, con la filiación, para que sea acorde con la referencia al nacimiento del artículo 14 i) del Estatuto Básico del Empleado Público. Para que el resto de supuestos de discriminación derivados de otras acepciones de la situación familiar pudieran ser relevantes penalmente, es necesario que se aplique de modo directo en el ámbito del empleo público y del privado el artículo 14 de la Constitución y, así se dictará un “requerimiento o sanción administrativa” por razón de esta causa¹⁰⁷.

3.3. Parentesco con otros trabajadores de la empresa.

Esta circunstancia discriminatoria ha sido muy criticada por la doctrina debido a que resulta complejo considerar a los parientes de los trabajadores como un colectivo vulnerable, comparable con el colectivo de mujeres, personas con discapacidad o gitanos. Con esto no queremos decir que el parentesco no pueda provocar un trato desigual perjudicial para el sujeto concreto, no obstante, este trato no tendrá repercusión en el “*resto de parientes del mundo*”, como si ocurre cuando se otorga un trato desigual perjudicial a una mujer. En el caso del parentesco se podrá estar violando el derecho a la igualdad pero no el derecho a no ser discriminado, para ser titular de este último se tiene que generar o ahondar en una situación de inferioridad o de marginación para el sujeto debido a que ostenta una característica física, psíquica o social que lo identifica con un grupo concreto que se verá afectado también, aunque sea indirectamente por el trato desigual dado a uno de sus integrantes¹⁰⁸.

Es una circunstancia que no está prevista ni en el ordenamiento laboral ni en el público, salvo que se incluyera como circunstancia personal, de forma que devendrá imposible su aplicación en el ordenamiento penal¹⁰⁹.

V. LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad se identifica con la capacidad suficiente para conocer y comprender la ilicitud de los hechos que se están realizando, por lo que teniendo en cuenta esta exigencia, puede ocurrir que una conducta humana activa u omisiva –acción típica o tipo penal- su realización no esté justificada por ninguna de las circunstancias en las que se produce –es antijurídica y no concurre ninguna causa de justificación- pero no sea culpable ya que no cumple con los requisitos que se atribuyen a este factor imprescindible, también, en la configuración del delito. Y es que, será necesario que quien realice la acción cuente con la salud mental suficiente para comprender los hechos

¹⁰⁷Ibídem. pp. 263-264.

¹⁰⁸ Ibídem.

¹⁰⁹ Hay motivos que no están incluidos en el artículo 314 del Código Penal, como la edad, condición social, género e identidad de género.

que está realizando, debe conocer su ilicitud y no puede habersele exigido otra conducta¹¹⁰.

Si analizamos las causas de exculpación relacionadas con la salud mental, -anomalía o alteración psíquica y alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia- resulta poco probable que una persona con algún tipo de enfermedad mental, como puede ser la esquizofrenia, sea sujeto activo del delito en cuestión ya que debe ostentar la potestad suficiente para restablecer la igualdad ante la ley y reparar los daños económicos derivados. Lo habitual es que las personas que padecen una anomalía o alteración psíquica o una alteración en la percepción tal que no tiene capacidad para comprender la ilicitud de los hechos que está realizando, estén declaradas incapaces para realizar acciones de gestión y dirección de una empresa, independientemente de que sean propietarias¹¹¹.

También parece improbable que hayan accedido a puestos dentro de la Administración en los que tengan el poder necesario para cumplir con el tipo penal referido. Respecto a la alegación de encontrarse en estado de intoxicación plena por bebidas alcohólicas o consumo de drogas, de cualquier clase, así como bajo la influencia del síndrome de abstinencia, será inadmisibles por dos motivos: primero es necesario que en el momento exacto de la comisión del delito el sujeto activo esté, efectivamente, en una situación de intoxicación plena o bajo la influencia del síndrome de abstinencia, lo que es difícil en un delito como el de discriminación laboral en el que existe un plazo para cumplir con el mandato y evitar colmar el tipo penal omisivo. Entendemos, pues que no se puede justificar la inejecución del *“requerimiento o sanción administrativa”* porque justo el día que vencía el plazo se encontraba en una de las situaciones citadas ya que, si tenía intención de cumplir con ellos lo habría hecho previamente. Pero, además, si nuestra argumentación no resulta convincente, es doctrina jurisprudencial constante, la idea de que *“lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones”*. De este modo, la decisión de mantener la situación discriminatoria debería reportarle algún beneficio relacionado con el apoderamiento del alcohol o drogas, lo cual no tiene ningún sentido en el delito de discriminación laboral¹¹².

¹¹⁰ Vid. Artículos 20.5 y 6 del Código Penal de 1995: *“Están exentos de responsabilidad criminal: 5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja en deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse; y 6. El que obre impulsado por miedo insuperable”*.

¹¹¹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 305 y 306.

¹¹² *Ibidem*.

En relación con el miedo insuperable y el estado de necesidad, como causas de exculpación, tampoco parece que puedan concurrir en el delito de discriminación laboral. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, para poder alegar que la acción se desarrolla en un estado de miedo insuperable, es necesario que el sujeto se encuentre “*en un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio*”, para cuya estimación se valorará que concurren los siguientes requisitos: “*a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes y d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción*”¹¹³.

Por su parte, el estado de necesidad, tal y como hemos señalado, requiere del cumplimiento de otros requisitos, “*a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso hay comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual*”, aunque en ambas el factor de inmediatez es importante, no siendo admisible su alegación cuando se trata de la amenaza de un mal futuro¹¹⁴.

Pero, además de que la amenaza sea inminente, otro requisito es que el bien jurídico que se vulnera no sea de valor superior al que se trata de proteger con la acción delictiva. Precisamente aquí entendemos que reside el principal escollo para admitir una situación de miedo insuperable o estado de necesidad, como protege un bien jurídico íntimamente ligado a la dignidad de las personas, de manera que sólo podrá lesionarse en aquellos casos en los que la vida –en este caso resulta claro que el valor que se pretende proteger es mayor que el que se vulnera aunque, estaríamos, como ya vimos, en un supuesto de estado de necesidad como causa de justificación- o, quizá, la integridad física de alguien que esté en peligro¹¹⁵.

¹¹³ Vid. Sentencias de 6 marzo y de 26 octubre 1982, de 26 mayo 1983, de 26 febrero y de 14 marzo 1986, de 16 junio 1987, de 24 septiembre y de 16 diciembre 1988, de 6 marzo y de 29 septiembre 1989 y de 12 julio 1991

¹¹⁴ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 306-307.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Finalmente debemos prestar atención al supuesto de que el sujeto activo desconozca la ilicitud de los hechos que está realizando. Nos referimos a la posibilidad de que concurra un error de prohibición porque el sujeto activo entienda que las razones por las que decide que una persona acceda a un determinado puesto, ascenso, salario, (...) son ajenas al ordenamiento jurídico. Evidentemente, sólo se plantea la posibilidad de alegar esta causa exculpatoria en el ámbito del empleo privado ya que se vincula a la creencia del empresario de que su derecho a la libertad de empresa le otorga la facultad de poder dirigir su empresa casi de modo absoluto, lo cual no puede darse en el ámbito de la Administración Pública. De este modo, corresponde resolver si es admisible la alegación de un error de prohibición en virtud del derecho constitucional a la libertad de empresa del sujeto activo, en relación con el delito de discriminación laboral¹¹⁶.

En efecto, en la Constitución española se reconoce el derecho a la libertad de empresa aunque sin concretar cuál es su contenido, de manera que es susceptible de limitaciones en su ejecución, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Así, el derecho de libertad de empresa no es absoluto y deberá ejecutarse respetando los principios y derechos constitucionalmente reconocidos. No hace falta reiterar que uno de ellos es el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, el cual además se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico laboral, por lo que en virtud del derecho a la libertad de empresa, no podrá vulnerarse el derecho a no ser discriminado del trabajador. No obstante, el empresario puede comparar su decisión de contratar sólo a personas de determinado sexo, nacionalidad, ideología, etc..., con la contratación, por ejemplo, de mujeres jóvenes, de determinada edad y con un peso y medidas físicas muy concretas, para reportajes de moda, desfiles, campañas publicitarias, o similares, sin que se interprete que supone una conducta discriminatoria. La diferencia está en que esa alusión tan específica a las cualidades físicas se fundamente en motivos de necesidad del trabajo a desempeñar, deber ser razonable y proporcional ya que, como vimos al inicio de este trabajo no todo trato desigual es discriminatorio, si no sólo aquellos que no estén justificados y que se refieran a alguno de los colectivos a los que el constituyente y el legislador considera especialmente vulnerables¹¹⁷.

Independientemente de lo anterior, entendemos que la redacción del tipo discriminatorio estudiado, impide la alegación de un error de prohibición ya que el autor del delito ha sido advertido sobre la ilicitud de sus actos a través del ordenamiento administrativo sancionador o jurídico-laboral por lo que, si decide no cumplir con el "*requerimiento o sanción administrativa*", lo hará conociendo la calificación de sus hechos dentro del ordenamiento jurídico. Al defender esto nos situamos junto con aquella parte de la doctrina que identifica el conocimiento de la ilicitud necesario para no incurrir en un error de prohibición con un conocimiento genérico; no es necesario, pues, que se conozca explícitamente la ilicitud jurídico-penal sino que basta con que se sepa que la conducta que está llevando a cabo es ilícita, y esto se modifica cuando el

¹¹⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 308.

¹¹⁷ *Ibidem*.

sujeto activo decide mantener la situación de discriminación y no reparar los daños económicos producidos, desoyendo así el “*requerimiento o sanción administrativa*”¹¹⁸.

VI. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 16.1 del Código Penal define la tentativa como aquella situación en la que “*el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”. Siendo esto así, en los delitos de omisión, -como es el delito de discriminación laboral-, la tentativa será la “omisión de la acción debida desde el momento a partir del cual, conforme a la representación del autor, el cumplimiento de la acción debida ya no logrará evitar el resultado que la norma quiere evitar”. Pero la doctrina no es unánime respecto a las posibilidades de que el delito de discriminación laboral, en concreto, pueda ejecutarse en grado de tentativa, o no¹¹⁹.

Hemos establecido que el delito de discriminación laboral, es un delito de omisión, en concreto, de comisión por omisión, de manera que, para que se consuma, es imprescindible que se produzca un resultado que, tal y como señaláramos, es el mantenimiento de la situación discriminatoria, no la conducta discriminatoria previa. Ésta, la acción discriminatoria previa o el resultado discriminatorio derivado de ella, se identifica con la situación de peligro del bien jurídico, existente en todo delito de omisión, y, en sí misma, no constituye una infracción penal. El resultado necesario para que se considere que se ha producido un delito de discriminación laboral es el *mantenimiento* de la situación discriminatoria en el tiempo, más allá del plazo otorgado extrapenalmente para restablecer la igualdad ante la ley y reparar los posibles daños económicos que se hubieran podido derivar. Siendo esto así, en el mismo momento en el que transcurra el plazo para cumplir con el “*requerimiento o sanción administrativa*” se obtendrá el resultado, es decir, se cometerá el delito. De este modo, no hay posibilidad de que se produzca una tentativa ya que la omisión de la acción debida y el resultado son instantáneos¹²⁰.

La doctrina especializada discute en torno a la determinación del plazo máximo en el que se debe restablecer la igualdad ante la ley y reparar los daños económicos. Parece que hay unanimidad a la hora de considerar que no es necesario que ambas acciones se produzcan en el mismo momento. Pero la primera en llevarse a cabo deberá ser la de restablecer la situación de igualdad ante la ley ya que si se produce primero la reparación de los daños económicos y no se ha restablecido aun la situación de igualdad se seguirán generando daños económicos derivados de la situación de discriminación y daría lugar a un sinsentido. De esta manera, la única opción posible es que se restablezca la situación de igualdad y que después se reparen los daños económicos.

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 309.

¹¹⁹ *Ibíd.* pp. 318-319.

¹²⁰ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 320.

NARVAEZ BERMEJO señala la necesidad de que el requerimiento incluya el plazo concreto para satisfacer la obligación económica ¹²¹. En cambio, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO consideran, que si el restablecimiento de la igualdad se respeta, la reparación de los daños económicos deberá resolverse por un procedimiento distinto, para estos autores lo relevante es que el tratamiento discriminatorio y sus consecuencias cesen ¹²². Si tenemos en cuenta este planteamiento, vemos que el bien jurídico protegido del artículo 314 es el valor no ser discriminado y este quedara salvaguardado en el momento en el que se restablezca la situación de igualdad ante la Ley, no siendo aceptable hacer depender la punibilidad de una discriminación de la capacidad económica eventual del sujeto activo ¹²³.

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Ya con anterioridad, al analizar el sujeto activo, señalamos su carácter de delito especial, a pesar de la referencia genérica a “*Los que (...)*”, debido a que la acción típica descrita en el precepto –no restablecer la situación de igualdad ante la ley ni reparar los daños económicos derivados-, sólo puede ser imputada a sujetos que ostenten un determinado poder de dirección o decisión, dentro de una empresa o negocio, o dentro de la Administración. Con el objeto de desarrollar mejor cuáles pueden ser las formas de intervención de los potenciales autores y/o partícipes, debemos diferenciar los supuestos en el empleo privado y en el público ¹²⁴.

En el empleo privado, el autor podrá ser únicamente una persona física, que ostente la condición de empleador o empresario, ya que se ha mantenido la exclusión de las personas jurídicas como posibles autoras de este delito, tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal. Siendo esto así, en los supuestos en los que la acción típica se desenvuelva en el seno de una persona jurídica, al no existir una figura de empresario o empleador, se aplicará la tradicional fórmula de “actuar en nombre de otro” para determinar una persona física responsable penalmente de la conducta discriminatoria. En concreto, está prevista en el artículo 318 del Código Penal, de manera que se legitima normativamente para los supuestos descritos en todos los tipos penales del Título XV del Código Penal, tal y como se exige que se realice en los delitos especiales ¹²⁵.

¹²¹ Vid. NARVAEZ BERMEJO, M.A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. P. 71.

¹²² BAYLOS Y GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho Penal del Trabajo*, Trota, Valladolid, 1997, p. 138. “*Los cuales afirman que sobra en la fórmula legal la alusión expresa a la posibilidad de restablecer la situación de igualdad, reparando los daños económicos que se hayan derivado, ya que la mera reparación fiduciaria no podrá equipararse en la mayoría de los casos al restablecimiento de la situación de igualdad ilícitamente alterada. Quedando en el aire la cuestión del restablecimiento de la situación de igualdad inmediata al requerimiento, retrasando, sin embargo, la satisfacción económica. Si el contenido esencial del derecho a la igualdad se respeta, la reparación económica debe tener sus propios cauces. De otro modo, la exigencia de responsabilidad criminal se convertiría en prisión por deudas*”.

¹²³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 321.

¹²⁴ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 311-312.

¹²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.L., *Tratado de derecho Penal*. Parte General, Thomson, Navarra, 2010, p. 1062. “*Donde se afirma que en aquellos casos en los que el tipo delictivo exige ciertos*

De este modo, el artículo 318 del Código Penal prevé que la responsabilidad penal recaerá sobre los “*administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*”, de manera que se les impondrán las penas recogidas en el delito de discriminación laboral y, si el juez lo estima conveniente, alguna de las consecuencias accesorias a la empresa en nombre de la cual se actúa, que podrán ir desde la suspensión de las actividades por un tiempo determinado, hasta la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas¹²⁶.

No deben confundirse estos casos con aquellos en los que, bien directamente el empleador o empresario o a través de algún subordinado integrado en una estructura organizativa, se llevan a cabo las conductas descritas en el tipo penal. No existe aquí una persona jurídica en nombre de la cual se desarrolla una acción discriminatoria, sino que se trata de un supuesto en el que intervienen distintas personas físicas, relacionadas jerárquicamente, planteándose entonces un problema de autoría y participación. Corresponde estudiar, por tanto, las posibilidades de cometer el delito mediante una autoría mediata o con la intervención de Participes. Para ello, iremos analizando distintas combinaciones de sujetos implicados en la realización de las conductas que comprenden la acción típica y como condicionan la clase de autoría y participación concurrentes en cada caso concreto, ayudándonos de un ejemplo habitual en la sociedad española: la no contratación de una persona de etnia gitana¹²⁷.

Así, el supuesto más sencillo de todos aunque también el menos frecuente, es aquel en el que la persona que desoye el “*requerimiento o sanción administrativa*” es la misma que había decidido contratar a un candidato de etnia gitana fundamentado en prejuicios como que “son vagos”, “ladrones” y “mentirosos”¹²⁸. Es decir, se trata de un empresario o empleador individual que realiza por sí mismo las labores de contratación y gestión, por lo que será autor único del delito¹²⁹.

Más complejos, pero también habituales, resultarán los supuestos en los que se distingue la figura del empresario, por un lado, y la de subordinado integrado en una estructura organizativa que dirige el primero, por otro. En estos casos, en función de las circunstancias específicas en las que se lleve a cabo el delito de discriminación laboral, el empresario será autor inmediato, o mediato, y el subordinado actuará con responsabilidad penal, o no¹³⁰.

Puede ocurrir que el empresario o empleador desoiga el “*requerimiento o sanción administrativa*” relativo al restablecimiento de la igualdad y la reparación de los daños

“*especiales elementos*” en la autoría que concurren en la persona representada (persona física o jurídica), pero no en el representante (persona física), es obvio que se producen insalvables problemas para realizar la subsunción, salvo que exista alguna cláusula que prevea y resuelva la cuestión”

¹²⁶ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p.312.

¹²⁷ *Ibidem.* pp. 313-314.

¹²⁸ La conducta discriminatoria puede expresarse de forma individual o general, según se trate de un supuesto en el que no se contratara a una persona concreta por pertenecer a la etnia gitana, o se tenga por norma, tácita o explícita, la no contratación de personas de esta etnia.

¹²⁹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 314.

¹³⁰ *Ibidem.*

económicos que se hubieran podido derivar –de manera que es autor inmediato del delito- y la situación previa discriminatoria se atribuya a un tercero, a un subordinado – por ejemplo, el encargado de recursos humanos que no contrata a un aspirante a un puesto de trabajo de etnia gitana-. Siendo indiscutible la autoría del empresario o empleador, se plantea cuál es la responsabilidad del interviniente en dicha situación previa¹³¹.

Volviendo al supuesto en que el encargado de recursos humanos toma la decisión de no contratar a personas de etnia gitana de forma autónoma, bien porque crea que es lo mejor para la empresa, bien porque presuponga que es lo que el empresario o empleador desea que haga o bien por convicción personal. En todos estos casos, el sujeto actúa dolosamente y será considerado cómplice, ya que su participación favoreció la realización del delito pero no forma parte del incumplimiento de la obligación ni cuenta con las circunstancias personales requeridas en el delito especial para ser un autor. De manera que, la diferencia entre la responsabilidad penal de los intervinientes en la realización del tipo, depende de la relación de cada uno de ellos con los hechos producidos: el autor debe contar siempre con el dominio sobre el hecho, cosa que ocurre sólo si el que actúa es el empresario o empleador ya que, la actuación del subordinado puede ser revertida por el empleador o empresario posteriormente, cumpliendo con el “*requerimiento o sanción administrativa*”¹³².

Podemos entender de forma distinta el supuesto en el que el ejecutor de la acción discriminatoria actúa en cumplimiento de un mandato u orden del empleador o empresario. En estos casos puede ocurrir que el subordinado cumpla dicha orden sin objetar, de forma libre, por el simple hecho de habérselo ordenado su superior jerárquico, o, por el contrario, sin libertad o conocimiento, es decir, coaccionado o incurriendo en algún error. De cualquier manera, el autor será el empresario o empleador y, consideramos que la intervención del subordinado no será penalmente relevante.

Esto se debe a la posición que adoptamos en relación a la autoría mediata y el no reconocimiento de responsabilidad del ejecutor en los supuestos de aparatos organizativos de poder, así que, en relación con la autoría mediata, podemos encontrarnos con supuestos en los que, siguiendo con el ejemplo, un sujeto encargado de recurso humanos, por orden del empleador o empresario, no restablezca la igualdad ante la Ley, -contratando al aspirante de etnia gitana que no había sido contratado previamente por esta circunstancia- ni le repare económicamente, en cumplimiento de un “*requerimiento o sanción administrativa*”. En estos supuestos, el que da la orden, el que tiene el dominio sobre el hecho –autor mediato-, no es el mismo que lo ejecuta. En el caso concreto de los delitos especiales, parte de la doctrina duda de la admisibilidad de esta clase de autoría, sin embargo, entendemos que el uso de un instrumento *extraneus* por un *intraneus* es posible de modo que la responsabilidad de la actuación del primero recae sobre el segundo, que es quien le cosifica.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.* p. 315.

En nuestro país, hay autores que fundamentándose en la doctrina mayoritaria alemana, manifiestan que la responsabilidad del sujeto ejecutor no es un factor determinante para admitir la existencia de una autoría mediata por lo que el ejecutor podrá actuar sin libertad o sin conocimiento, pero también con ellos, y sin embargo, no ser autor ni cómplice. Si trasladamos esto a nuestro caso concreto, puede ocurrir que el empresario o empleador utilice las amenazas para que el subordinado no restablezca la situación de igualdad ante la Ley y no repare los daños económicos que se hubieran podido derivar de la no contratación de una persona de etnia gitana –en este caso último actuaría sin libertad- o que simplemente el superior jerárquico le diga que, en concreto, no quiere que se restablezca la igualdad ni se repare al candidato X, de etnia gitana, sin mencionar esta circunstancia. Pero ello no es un requisito imprescindible. Así no resulta necesaria la concurrencia de una coacción o de un error para que el encargado de recursos humanos decida cumplir la orden del empresario o empleador y es que, al pertenecer a una estructura organizada de poder, no es más que un engranaje plenamente sustituible por lo que, si no cumple con la orden, lo hará otro. Estos son los supuestos que se han denominado de autoría mediata en aparatos organizados de poder. Tradicionalmente, se referían a los llevados a cabo por organizaciones criminales, es decir, a supuestos en los que el aparato de poder se encontraba desvinculado del ordenamiento jurídico. Sin embargo, hoy se defiende casi unánimemente que lo relevante es que hay un sujeto que lleva a cabo las tareas de planificación, control y dirección, -autor mediato- y cuenta con el carácter fungible de los eventuales ejecutores miembros del aparato de poder. Así, estos sujetos actuarán libre y responsablemente pero siendo conscientes de que la solución para no llevar a cabo esa acción es la dimisión¹³³.

En esta línea, no es admisible atribuir una responsabilidad penal a quien cumple una orden relacionada con la creación de la situación previa, es decir, llevar a cabo una conducta discriminatoria –que en sí misma no es punible- cuando se rechaza la citada responsabilidad de quien omite la acción debida –el restablecimiento de la igualdad ante la Ley y la reparación de los eventuales daños económicos que se hubieran podido derivar –ejecutando, también, un mandato¹³⁴.

En el ámbito del empleo público, la situación es similar a lo que ocurre en las personas jurídicas. El “*requerimiento o sanción administrativa*” irán dirigidos a la Administración en general, como ente responsable del respeto de los derechos de los trabajadores que la integran pero, en el caso de que se ignorase el mandato previsto en ellos, se antoja imprescindible encontrar a una persona física que asuma la responsabilidad penal de los hechos descritos en el artículo 314 del Código Penal. Para ello se aplicará el artículo 318 del Código Penal, igual que en el ámbito del empleo privado, de manera que se identifique al autor del delito con los “*administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*”.

¹³³ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p.317.d

¹³⁴ *Ibidem*. p.318.

Siendo esto así, en estos supuestos se admite también la posibilidad de que en el delito intervengan varios sujetos¹³⁵.

VIII. PENA Y CONCURSOS.

A partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, que aquellos que cometan un delito de discriminación laboral “*serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años de multa de 12 a 24 meses*”. Antes de la reforma la pena de multa era de seis a doce meses. En cambio la pena de prisión no fue modificada, aunque resulta excesivamente nimia.

Después de exigir tantos requisitos para que un acto discriminatorio desarrollado en el ámbito del trabajo tenga relevancia penal, es extraordinario que la sanción prevista sea, con carácter alternativo una pena de multa o una pena de prisión. Esto conlleva que, si el Juzgado opta por imponer la pena privativa de libertad, lo habitual será que en la práctica los hechos queden impunes, como consecuencia del establecimiento de dos años de límite máximo en la horquilla temporal prevista en el precepto¹³⁶, mientras que, si impone la pena pecuniaria, puede resultar menos gravosa que si se tratase de una sanción administrativa. En este contexto, se cuestiona la discrecionalidad con la que cuenta el Juez a la hora de individualizar la pena, al no determinarse en el precepto unos parámetros que delimiten los supuestos en los que debe inclinarse hacia la imposición de la pena de prisión a hacia la multa¹³⁷.

LANDA GOROSTIZA propone una interpretación del artículo 314 para solucionar este inconveniente en la que la pena de prisión se reserva para los supuestos de mantenimiento de la situación discriminatoria en el ámbito del empleo público, mientras que la de multa sería la propia de los supuestos producidos en el privado. Considera que es posible distinguir en la redacción del precepto dos infracciones penales y dos sanciones paralelas, lo que pretende es adjudicar a cada uno de los ámbitos (público o privado) en los que se puede producir la discriminación una pena concreta, de manera que es alternativo tanto el ámbito de aplicación del delito como la pena a imponer¹³⁸.

Lo que resulta incuestionable es que se trata de una pena inferior a la de los demás delitos contra los derechos de los trabajadores, en los que el límite máximo del marco penal alcanza o supera los tres años de prisión, existiendo alguna posibilidad de que, efectivamente, se cumpla dicha pena y, además, la multa es acumulativa a la prisión, no alternativa. Parece que existe cierto consenso doctrinal respecto a la necesidad de reformar el precepto objeto de estudio con la intención de que ambas penas, la privativa de libertad y la pecuniaria, sean acumulativas y, además, que la privativa de libertad se

¹³⁵ *Ibídem*.

¹³⁶ Artículo 80.1 del Código Penal que dice: “*Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste*”.

¹³⁷ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 331-332.

¹³⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Comares, 2001, pp. 161-163.

agrave lo necesario para que su cumplimiento sea efectivo, bastando con que se prevea una pena de prisión de seis meses a tres años¹³⁹.

Una vez que conocemos el contenido del tipo objetivo y subjetivo del delito de discriminación laboral, así como quiénes pueden ser sus autores y/o participantes y el *iter criminis*, corresponde resolver aquellos problemas que pueden subsumir los hechos ocurridos en la realidad dentro de la normativa penal. Cuando un sujeto lleva a cabo una serie de conductas puede ocurrir que todas ellas culmen en un único delito o varios.

Los actos discriminatorios que se subsumen en el artículo 314 del Código Penal tendrán la condición previa de infracción administrativa o de contrarios al ordenamiento jurídico-laboral, según fueran valorados mediante un procedimiento administrativo sancionador o la jurisdicción social o contenciosa-administrativa. Esta calificación impedirá que los hechos discriminatorios que provocan la situación discriminatoria tengan relevancia penal y, por lo tanto, que se plantee algún problema concursal¹⁴⁰.

Es común el señalar la existencia de un concurso aparente de normas entre el delito de negación de prestaciones a las que se tiene derecho por motivos discriminatorios y el delito de discriminación laboral, cuando se produce en el ámbito del empleo público. Entendemos que los concursos a los que se refiere la doctrina, solo serían viables si se eliminase la cláusula del artículo 314 referida a la exigencia de incumplir previamente un "*requerimiento o sanción administrativa*"; de tal manera que el delito de discriminación laboral apareciera como un delito de acción y no de omisión¹⁴¹.

Así mismo, el artículo 314 y sus problemas concursales, debemos plantearnos la posibilidad de que se admita su aplicación como delito continuado así como la relevancia o no del número de sujetos pasivos lesionados, a la hora de determinar si se incurre en un único delito o en tantos como afectados directos hubiera. Cabría aceptar la posibilidad de que se produzca un delito continuado de discriminación laboral, a pesar de que hemos atribuido al artículo 314 la protección de un bien jurídico personalísimo, el valor "no ser discriminado". Esto sería posible en aquellos supuestos en los que la discriminación se realizase siempre sobre un mismo sujeto. De nuevo, la exigencia de desoir previamente un "*requerimiento o sanción administrativa*" impide tal posibilidad. La conducta principal del delito de discriminación laboral es la omisión de la acción debida, de manera que se considerará que hay tantos delitos como requerimientos o sanciones administrativas relacionadas con el restablecimiento de la igualdad y la reparación de los daños económicos que se hubieran derivado, se hayan ignorado. El carácter eminentemente personal del bien jurídico protegido en el artículo 314, es lo que condiciona que desechemos la posibilidad planteada de aplicar un único delito de discriminación laboral, independientemente del número de sujetos afectados. Se aplicará el delito de discriminación laboral sólo si se ha producido un resultado

¹³⁹ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 332-333.

¹⁴⁰ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., p. 322.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 326.

discriminatorio en un sujeto concreto, no bastando con la lesión del bien jurídico en su dimensión colectiva¹⁴².

IX. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES.

Por otra parte, en lo que a las circunstancias atenuantes se refiere, si analizamos, en una primera aproximación la circunstancia agravante discriminatoria, su viabilidad en el artículo 314 del Código Penal dependerá de la naturaleza jurídica que se le atribuya, de carácter objetiva o subjetiva¹⁴³. Gran parte de las legislaciones penales del mundo occidental han adoptado el sistema de conceder prioridad a la individualización judicial, en virtud de la cual, es el juez quien determina en cada caso concreto la pena que se impone, escogiéndola de entre la distancia comprendida del mínimo al máximo punitivo establecido legalmente en cada comportamiento ilícito.

Si concurren las circunstancias agravantes de discriminación en un delito de discriminación laboral, solo sería viable si se le atribuyera una naturaleza subjetiva a la citada circunstancia y hubiéramos concluido que el tipo subjetivo del artículo 314 del Código Penal no exige ningún elemento subjetivo del tipo, más allá del dolo. Independientemente de que se opte por una naturaleza puramente subjetiva o subjetivo-objetiva en la circunstancia agravante discriminatoria-, no podrá tenerse en cuenta porque el legislador ya ha descrito y sancionado la motivación discriminatoria y/o el resultado efectivo discriminatorio, en el artículo 314 del Código Penal¹⁴⁴.

Distinta respuesta merece el caso del prevalimiento de la condición de funcionario público. La doctrina penal coincide en que, aunque en el delito de discriminación laboral en el empleo público hemos señalado que el sujeto activo debe ser un funcionario público, esto no implica que necesariamente se prevalega de su condición de funcionario para realizar dichos actos, es decir, que abuse de su condición para facilitarse la realización del delito. Siendo un delito para cuya comisión, en una de sus variantes, es necesario contar con la condición de funcionario o autoridad pública, de manera que si se prevaleciese de dicha condición se aplicara el artículo 22.7 del Código Penal¹⁴⁵.

Las circunstancias atenuantes son elementos de adecuación que reciben este nombre por el efecto que causan sobre la punibilidad del hecho. Atenuar según la Real Academia de la Lengua es poner tenue o sutil una cosa y si lo aplicamos al derecho Penal sería disminuir o aminorar la sanción de un delito.

¹⁴² *Ibidem*. pp. 328-329.

¹⁴³ *Las circunstancias son los accidentes y particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho. Ellas son causas de que un mismo acto sea juzgado de diferentes maneras y esta regla tiene lugar sobre todo en los asuntos criminales, en las que las circunstancias aumentan o disminuyen considerablemente la atrocidad de un delito, y por consiguiente, la pena con la que debe ser castigado*". En Derecho se usa para designar aquellos hechos, por lo común accidentales, que influyen en los efectos jurídicos de otros con los que aparecen íntimamente relacionados".

¹⁴⁴ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación...*, cit., pp. 334-335.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 335-336.

No afecta la sustancia del delito las circunstancias atenuantes, pues éste existe, solo afectan a la cuantía de la pena, tratándose de algo accesorio o accidental que sólo repercute sobre la menor gravedad de la reacción punitiva. Su existencia o inexistencia repercutirá en la consecuencia jurídica de la afirmación del delito, que no es otra que la pena.

El fundamento de que los tipos penales admitan circunstancias atenuantes en su redacción, obedece al propio concepto del tipo, que al recaer en una descripción del hecho, entonces es perfectamente posible que incluya cada una de las características que en él hayan concurrido, incluyendo solamente las más relevantes con el fin de evitar el alarmante casuismo que supondría que todos los tipos penales regularan todos los elementos accidentales que se pueden asociar a la conducta que describen.

Se pueden regular en la Ley Penal de dos formas: independientemente, enumerándolas en un precepto de la parte general del Código Penal, que las agrupe, estas se llamaran comunes o genéricas o incluyéndolas en algunos tipos penales, adquiriendo el calificativo de especiales o específicas, ya que se refieren concretamente al delito descrito en el tipo penal que las contiene.

X. VALORACIONES FINALES.

Con la aprobación en el año 1995 del Código Penal vigente se incorporó a la legislación penal española un Título novedoso, el Título XV dentro del Libro II, dedicado a "*Los delitos contra los derechos de los Trabajadores*". En este se incluyó, entre otros el delito de discriminación laboral, que ha sido objeto de nuestro estudio en las páginas precedentes.

El precepto en concreto encuentra sentido dentro de los instrumentos internacionales creadores de la protección y promoción de la igualdad y la no discriminación, implantados por organismos como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización Internacional del Trabajo o la Unión Europea, cuya influencia en los ordenamientos jurídicos nacionales ha sido decisiva. En nuestra Constitución la discriminación ocupa un lugar destacado dentro del texto ya que nuestro Estado se define como social y democrático de Derecho.

Partiendo de la definición de discriminación en la que se condiciona la delimitación del bien jurídico por la que optamos, así como la determinación de los sujetos pasivos del delito, identificamos discriminación con todo trato peyorativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o una acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o por un particular, con o sin intención, contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría caracterizado por una serie de rasgos físicos, ideológicos o sociales que les identifica como colectivo, y cuya situación es, de inferioridad. Se excluye, pues de la concepción de discriminación aquella medida destinada a lograr la inserción de los colectivos que se encuentran en una situación de inferioridad, siempre y cuando sea una medida temporal y respete el principio de proporcionalidad.

Con la delimitación del bien jurídico protegido, tal y como hemos señalado, consideramos que sea el valor “no ser discriminado”. Distinguimos una doble dimensión: individual y colectiva; de manera que habrá dos sujetos pasivos, uno individual y otro colectivo. Siendo el sujeto pasivo individual el titular del bien jurídico protegido que lo ve lesionado en su dimensión individual, en cambio el sujeto pasivo colectivo, le ocurrirá lo propio de la dimensión colectiva del bien.

La discriminación la identificamos con todo trato peyorativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, medida o acción, de forma directa o indirecta, por parte de los Poderes Públicos o por un particular, con o sin intención, en contra de una persona perteneciente a un colectivo o minoría que se caracteriza por una serie de rasgos físicos, ideológicos o sociales que les identifica como colectivo y que están en situación de inferioridad. En estos supuestos, no importará el consentimiento en el trato diferente por parte del sujeto concreto que la padece, debido a que el trato discriminatorio recibido por él afecte al resto de las personas que pertenecen a ese colectivo.

En la delimitación del bien jurídico protegido, que será el valor “no ser discriminado”, distinguimos una doble dimensión: individual o colectiva, de manera que habrá dos sujetos pasivos, uno individual y otro colectivo.

El sujeto pasivo individual será el titular del bien jurídico protegido que lo ve lesionado en su dimensión individual, en cambio el sujeto pasivo colectivo, le ocurrirá lo propio en la dimensión colectiva del bien. En atención al concepto de discriminación expuesto, cuando un sujeto sufre un trato discriminatorio –sujeto pasivo individual-indirectamente se está lesionando el bien jurídico del colectivo con el que se le identifica por manifestar características físicas, ideológicas o sociales –sujeto pasivo colectivo- que facilita la normalización del *status* de inferioridad, de los tratos degradantes o de la situación de inferioridad que la sociedad pueda atribuir al colectivo.

Observamos que algunas de las circunstancias discriminatorias presentan una redacción imprecisa, como por ejemplo cuando hablamos de ideología, religión o creencias, estos son conceptos que pueden comprenderse unos en otros, igual que cuando nos referimos a raza o etnia y en cambio, otras no son adecuadas ya que hacen referencia al trato desigual, no de discriminación, como sucede con la representación legal o sindical de los trabajadores o el parentesco con otros trabajadores de la empresa.

El delito de discriminación laboral es un delito de comisión por omisión, *sui generis*, de resultado, de varios actos y autónomo, pero no de desobediencia como defienden algunos autores. Lo calificamos como un delito de comisión por omisión *sui generis* porque la acción debida en esta omisión, no elimina el peligro, como suele ser lo habitual en los delitos de comisión por omisión. De esta forma, la situación previa de lesión del bien jurídico, que conlleva un resultado discriminatorio grave, se extenderá en el tiempo si no se cumple con la acción indicada o debida.

La conducta discriminatoria previa y la omisión no tienen por qué atribuir a mismo sujeto, ya que en el momento en el que el empresario o empleador, funcionario o autoridad pública, decide no restablecer la igualdad ante la Ley y tampoco reparar los

daños económicos que se hubieran podido derivar, está ratificando la conducta discriminatoria previa realizada por un subordinado. No es aceptable que una conducta que produce una situación de discriminación en el ámbito laboral, sea impune por el simple hecho de que no sea el empresario, empleador, o autoridad o funcionario público directamente el que realice la acción discriminatoria inicial.

En cuanto a la autoría y la participación, consideramos que el omitente debe ser un empresario o empleador, autoridad o funcionario público, es decir, deberá contar con la capacidad suficiente para poder restablecer la *igualdad* ante la Ley reparando los daños que se hubieran podido derivar. Y que es posible que el delito se lleve a cabo mediante una autoría simple, una mediata o con la intervención de algún cómplice.

Siendo estas las conclusiones relativas al delito de discriminación laboral, vamos a desarrollar una propuesta "*lege refrenda*", previéndose el artículo 314 del Código Penal en los siguientes términos: "*Los que produzcan una grave discriminación en el empleo por razón de ideología, origen, sexo, género, orientación sexual, identidad de género, salud, capacidad y condición social, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*".

De lo aquí expuesto destacamos la supresión de: la referencia explícita al empleo público y privado; la cláusula relativa al restablecimiento de la igualdad ante la Ley y la reparación de los daños económicos que se hubieran podido derivar, demandado por "*requerimiento o sanción administrativa*"; entendemos necesario eliminar la referencia al empleo público y privado, ya que la especial protección del valor no ser discriminado en el ámbito del empleo público no tiene justificación. Los supuestos de discriminación que se pueden dar en este ámbito entendemos que cuentan con instrumentos garantistas necesarios para poder evitarlos o bien subsanarlos.

El prescindir de la cláusula relativa al restablecimiento de la igualdad ante la Ley y la reparación de los daños económicos que se hubieran podido derivar, exigido por "*requerimiento o sanción administrativa*", es la modificación más importante que precisa el delito de discriminación laboral. Ya que condiciona la interpretación de todos los elementos integrantes del delito y cómo es la principal causa de que resulte ineficaz su previsión al hacer prácticamente imposible su aplicación.

Para concluir, junto con esta propuesta de "*lege refrenda*" del artículo 314 del Código Penal, entendemos que sería necesario también modificar el artículo 318, para que se reconociera la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la comisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores, tal y como está ya previsto para otros tipos penales desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

X. BIBLIOGRAFÍA.

- BAYLOS Y GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho Penal del Trabajo*, Trota, Valladolid, 1997.
- BIRNBAUM, J.M.F. Überdas Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rückischt auf den Begriff der Ehrenkänkung”, *En Archiv es Criminalrechts*. Neue Folge, 1834.
- CORCOY BIDASOLO, M., “*Delitos Laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores*”, en *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003
- DESSELSER G./SACRISTÁN PILAR, M. *Administración de personal*, trad. VILLA CARRANDI M., Pearson Education, Madrid, 2001.
- FRISCH, W., Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación penal estatal. “*Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A*”. Madrid, 2007.
- FABREGAT MONFORT, G. *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Editorial Tirant lo Blanch. “Colección laboral”, Valencia 2009.
- FRISCH, W., Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación penal estatal. “*Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A*”. Madrid, 2007.
- GIMÉNEZ LÓPEZ, D y Ramos Lorente, M^a. La discriminación de las mujeres discapacitadas en España, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.
- GINER ALEGRÍA, C. Aproximación conceptual y jurídica al término acoso laboral, *Anales del Derecho*, número 29.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Las acciones positivas*, en CARBONELL, M. (Coord.) *El principio constitucional de igualdad*. Lecturas de introducción, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.
- LAURENZO COPELLO, P., La discriminación en el Código Penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996.
- LÁZARO, A., *Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.L., *Tratado de derecho Penal*. Parte General, Thomson, Navarra, 2010.

- MACHADO RUÍZ, M.D. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MOLINA, F., Prieto, O. y Santacruz, I.: *Discriminación étnica en el mercado laboral: influencias en el acceso y en la permanencia*. Lan Harremanak/11.
- MORALES GARCÍA, O.: “Sobre la relevancia jurídico penal del mobbing”. *La Ley Penal*, n° 19, Sección Estudios, Editorial La Ley 3564/2005.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Editorial Dynkinson, Madrid 2011.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- NARVAEZ BERMEJO, M.A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal, *Relaciones Laborales*, n°11, Sección Doctrina, Editorial La Ley 1354/2006.
- REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, en GÓMEZ CAMPELO, E. / VALBUENA GONZÁLEZ, F. (coordinadores) *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, 2008.
- RODRIGUEZ YAGUE, C. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla la Mancha, n° 11. 2007
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: El derecho del trabajo y el empleo de la mujer. *Relaciones Laborales*, n° 8, Sección Editorial, Editorial La Ley 944-2006.
- ROMERO BURILLO, A.: *Igualdad y Retribución*. Colección laboral, Tirant lo Blanch, Universidad de Lérida, Valencia 2006.
- ROZIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Trad. LUZON PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./VICENTE REMESAL DE, J., Civitas, Navarra, 2006.
- RUIZ CASTILLO, M^a.M: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Editorial Bomarzo, Albacete 2010.
- SEVERIN C, Juan Pablo. Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional, *Revista de Derechos Fundamentals*. Universidad Viña del Mar. N° 7. Págs. 59-86. 2012.
- SOTO L.: *Marco normativo, tutela judicial y amparo constitucional frente a la discriminación laboral de la mujer*. Liberlex. 2007.

- STRATENWERTH. G. *“Derecho Penal. Parte General. El Hecho punible.* Aranzadi, Navarra, 2005
 - TAPIA BALLESTEROS, P. *La discriminación laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia. 2014
- VILLAR, A. Y VARIOS.: *Mujeres y mercado laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral,* Fundación BBVA, Bilbao 2010.