

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2020/2021
Convocatoria: julio

**ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN
LABORAL**

**PROBLEMATIC ASPECTS OF THE CRIME OF EMPLOYMENT
DISCRIMINATION**

Realizado por la alumna D^a. Cristina Díaz Alejano

Tutorizado por el Profesor D^o. José Ulises Hernández Plasencia

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

El delito de discriminación laboral recogido en el artículo 314 del Código Penal, es un precepto que protege los derechos de los trabajadores en el ámbito laboral, cuya característica principal es que se debe tratar de una discriminación grave y además, se debe desatender el previo requerimiento o sanción administrativa previa, y no reparar los daños económicos ocasionados, para poder iniciar el procedimiento por la vía penal.

A lo largo del trabajo, se analizarán los aspectos fundamentales del delito de discriminación laboral, donde se estudiará la distinción que suponen las infracciones administrativas y penales en el ámbito de la discriminación laboral y la gravedad que tiene esta conducta. Asimismo, se destacarán los requisitos que exige el tipo delictivo, donde se hará especial referencia a la "actitud rebelde" del sujeto que realiza la conducta delictiva. Por último estudiaremos la eficacia del delito de discriminación y la aplicabilidad que tiene actualmente este precepto del artículo 314 del CP.

Palabras clave: Discriminación, gravedad, eficacia, requerimiento y sanción.

ABSTRACT

The crime of employment discrimination contained in article 314 of the Spanish Criminal Code, is a precept that protects the rights of workers in the workplace, whose main characteristic is that it must be a serious discrimination, it also covers that the previous administrative sanction requirement must be disregarded, and not to repair the economic damages caused, to be able to initiate the procedure by criminal means.

Throughout the work, the fundamental aspects of the crime of employment discrimination will be analyzed, where the distinction posed by administrative and criminal offenses in the field of employment discrimination and the seriousness of this conduct will be studied. Likewise, the requirements demanded by the criminal type will be highlighted, where special reference will be made to the "rebellious attitude" of the subject who carries out the criminal conduct.

Finally, we will study the effectiveness of the crime of discrimination and the applicability that this provision of article 314 of the Spanish Criminal Code currently has.

Key Words: Discrimination, seriousness, efficacy, requirement and sanction.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	3
3. LA GRAVE DISCRIMINACIÓN LABORAL	7
3.1 RASGOS QUE CARACTERIZAN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAL	7
3.2 LA GRAVEDAD DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL	11
4. EL TIPO DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL	16
4.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	16
4.2 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO	18
4.3 CONDUCTA TÍPICA	19
4.4 LA EFICACIA DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL	24
CONCLUSIONES	28
BIBLIOGRAFÍA	30

1. INTRODUCCIÓN

El objeto principal de este trabajo es el análisis del delito de discriminación laboral que se tipifica en el artículo 314 del Código Penal, que castiga a “*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 discapacidad, 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 la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.*” Este precepto se encuentra recogido en el Título XV denominado “*de los delitos contra los derechos de los trabajadores*” del citado texto normativo. Se trata de una figura delictiva que se introdujo con la reforma del Código Penal en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; por ello, siendo un delito de reciente historia, supone que tenga poca aplicación práctica, dándose a conocer en el Anteproyecto del Código Penal de 30 de diciembre de 1991 ¹ en su artículo 290.

Dada su escasa trayectoria histórica, se trata de un delito con pocos antecedentes jurisprudenciales, por lo que se hace más preciso todavía indagar acerca de cuál es la aplicabilidad actual de este tipo penal, ya que en el ámbito laboral suceden muchas situaciones de discriminación, pero escasamente se han plasmado en condenas penales por aplicación de este delito en concreto.

Con el transcurso de los años, el legislador va incorporando nuevos términos con los que intenta desarrollar de forma más detallada la situación típica de este delito, llegando así a la última modificación contenida en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, relativa a la igualdad de trato y a la no discriminación, que modificó la pena aumentando la anterior multa de seis a doce meses a la actual multa de doce a veinticuatro meses.

¹ De Vicente Martínez, R. (2020). *Derecho penal del trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 326.

Al ser un delito que contiene elementos como la grave discriminación en el trabajo, que se puede encontrar de forma continuada en el mercado laboral, llama la atención saber hasta que punto es penalmente relevante, ya que se trata de un concepto amplio que abarca muchas situaciones dentro del Derecho. Es un delito que constituye un tipo delictivo que requiere ser objeto de análisis, para obtener una interpretación más exhaustiva de cual es el hecho que se considera como una grave discriminación en el trabajo, para determinar con posterioridad la aplicabilidad de este precepto a las situaciones más concretas de las relaciones laborales que se suscitan en el día a día.

En el desarrollo de este artículo se puede observar la acción tuitiva del Estado, es decir, la protección de la parte más débil en la relación laboral, siendo en este caso el trabajador quien se puede ver afectado a la hora de ser contratado por prácticas empresariales no adecuadas, siendo este precepto el que protege frente a la no discriminación en el empleo, tanto público como privado.

Al ser un concepto objetivo, para ser introducido en el Código Penal se hace necesaria la investigación acerca de qué se considera “*grave discriminación*” en el empleo, que nos permita acudir a la vía penal, entendiendo ésta como la última ratio, por lo que se debe analizar y determinar cuáles son las principales problemáticas que pueden darse en el ámbito laboral y que determinarán que pueda acudirse, para la protección del trabajador, a la denuncia penal.

En la exposición de este trabajo se comenzará con la contextualización histórica del precepto y el desarrollo que conlleva la introducción de los nuevos términos, para pasar posteriormente a abordar el concepto de la “*grave discriminación*”, donde se pondrá de manifiesto lo que supone que una infracción administrativa delimite cual es la conducta discriminatoria y a su vez analizaremos la necesidad ineludible que supone la existencia de tal infracción, para que se considere grave discriminación en el empleo. Y finalmente, analizaremos el artículo 314 CP en su contexto, haciendo especial hincapié en los elementos del tipo, terminando con la eficacia que ha demostrado en la práctica tener este precepto en el ámbito penal.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En los años cuarenta se produjo la transposición de la doctrina laboral dentro del Derecho Penal, introduciéndose el concepto de derecho penal del trabajo, basado en normas laborales, cuyo incumplimiento dan lugar a lo que podemos denominar como delito laboral o presupuesto de hecho, que conllevan como consecuencia jurídica la pena. Por ello se puede considerar que el derecho penal del trabajo recoge un conjunto ilícito de actuaciones que se dan en el ámbito laboral, entre el empresario y el trabajador.

Esta doctrina entró en vigor con la Constitución de 1978, periodo de transición política iniciado después de la muerte del General Franco, con el objetivo de reforzar la labor tutiva, cuya finalidad es la protección penal de los derechos e intereses que tienen reconocidos los trabajadores dentro del ordenamiento jurídico. El derecho a la no discriminación en el sentido amplio de la palabra, constituye un derecho fundamental previsto en el artículo 14 de la Constitución Española, no pudiendo “*prevalecer discriminación alguna*” de cualquier índole y en concreto en su artículo 35² se recogen los derechos y deberes que tienen todos los españoles. Estos derechos se modificaron en la redacción de las conductas típicas y se introdujeron nuevas figuras en el Título XV del Libro II del Código Penal de 1995, con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, mejorando así la protección penal de los derechos de los trabajadores con la denominación “*de los delitos contra los derechos de los trabajadores*”, dando además una respuesta a la nueva realidad española, con la incorporación de un Título dedicado en exclusiva a la protección de los derechos de los trabajadores³. Esta reforma del Código Penal conlleva una acción protectora que deriva del derecho laboral y nace con la garantía de proteger a los trabajadores por cuenta ajena y colectiva, ya que son éstos los que se encuentran en una situación de inferioridad, constituyendo la parte más débil de la relación contractual respecto del empresario, siendo este quien tiene el control

² Artículo 35 de la Constitución Española de 1978: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*”

³ Tapia Ballesteros, P. (2014). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 25.

dentro de la empresa. La finalidad es evitar el perjuicio que el empresario pueda ocasionar a los trabajadores, debido a su posición de superioridad.

Tras la adhesión de España a las Comunidad Económica Europea en el 1986 ⁴, germen de la actual Unión Europea, la política social comunitaria y la incorporación de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario fue evolucionando y dando lugar a importantes Directivas. Fue una época en la que la lucha constante se centraba en la no discriminación de género en el ámbito laboral y las primeras concepciones del principio anti discriminatorio que nacieron en paralelo con el origen de la concepción de la Unión Europea en 1992. En el primer Tratado de la Comunidad Europea, se encontraba reconocido el principio de no discriminación retributiva por razón de sexo y el avance de esta protección anti discriminatoria fue abriendo nuevas vías para su desarrollo dentro de la Unión Europea, pero no fue hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997 y su posterior entrada en vigor el 1 de mayo del 1999, donde se incorporaron nuevas causas que daban lugar a la existencia de discriminación y consecuentemente a su prohibición, con el fin de promover la igualdad entre hombres y mujeres, permitiendo así el ejercicio de las prácticas de acción positiva por parte de los Estados Miembros ⁵. Las Directivas que reconocieron de manera efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, dieron lugar a esas nuevas concepciones de discriminación, que debían ser traspuestas a la normativa interna de cada Estado Miembro, y actualmente se recogen en los artículos 19 ⁶ y 157 ⁷ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), donde hacen especial consideración al derecho fundamental de la no discriminación en todos los ámbitos, dejando libertad para su desarrollo a las instituciones comunitarias. Estas Directivas constituyen normas de garantías mínimas y la transposición obliga a cada Estado Miembro, a dictar una

⁴ Publicado en el Diario Oficial nº L 169/2 de 19.6.87, con la entrada en vigor el 1 de julio de 1987.

⁵ Tapia Ballesteros, P. (2014). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Páginas 88 y 89.

⁶ Las causas de discriminación prohibidas en el ámbito comunitario de nueva generación, se encuentra desarrollado en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Véase Ballester Pastor, A. (2012). *El principio de igualdad de trato y no discriminación*. En *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. (Nogueira Guastavino, M. Fotinopoulou Basurko, O y Miranda Boto, J. Mª. directores), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 126.

⁷ El principio antidiscriminatorio clásico por razón de género, se desarrolla en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidad e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Ballester Pastor, A. Ídem. Página 126.

legislación que resulte más favorable para los trabajadores, sin disminuir el nivel de protección que se hubiera establecido en la Directiva, creando doctrina legal relativa a la igualdad de género y la no discriminación. Además, gracias a la libre circulación de personas dentro de la Unión Europea, se articula la práctica anti discriminatoria dentro de los Estados Miembros, estando recogida en los artículos 45 TFUE (antiguo art 39 TCE) y 56 TFUE (antiguo 49 TCE).

El delito de discriminación laboral se dio a conocer en el Anteproyecto del Código Penal de 30 de diciembre de 1991, siendo inmediatamente anterior al Proyecto de 1992. En el artículo 290⁸ del Anteproyecto, se introduce el término de “*grave discriminación en el trabajo*” y es en el Proyecto de 1994 donde se añade a lo anterior el término de “*empleado público*.” Además de ello, en la posterior modificación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se produce un incremento de la pena de multa para este delito de discriminación laboral, que pasará a ser de doce meses a los veinticuatro meses actuales, modificando así lo previsto en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que recogía una pena de multa de seis a doce meses. Otras de las modificaciones que ha sufrido el precepto hasta llegar a la redacción vigente, se centra en los términos empleados, como puede ser la desaparición del concepto de “*minusvalía*” sustituido por el de “*discapacidad*” e “*incapacidad*”, que se introdujeron en la última reforma del Código Penal de 2015, ofreciendo así una definición más precisa de estas situaciones.

Todas estas modificaciones se justifican en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, en cuyo apartado XXVII que recoge la necesidad de adecuar nuestro Código Penal a la “*Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York*” de fecha 13 de diciembre de 2006 y en la que se pretende prevenir las conductas discriminatorias hacia este tipo de personas, que puedan impedirles disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones. Para ello esta reforma del Código Penal, adecua la terminología ya superada en nuestro Ordenamiento Jurídico desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de

⁸ Artículo 290 “*los que produjeran una grave discriminación en el trabajo por razón de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lenguaje dentro del Estado español, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.*”

Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad, sustituyendo el término de “discapacidad” por el de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”, regulado en el nuevo artículo 25, que define de manera más precisa qué personas son objeto de una especial protección penal y está en consonancia con lo que estableció la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuya disposición adicional octava ya precisa que toda referencia que conste en los textos normativos, referidos a “minusválidos” y “personas con minusvalía”, se entienden realizadas a “personas con discapacidad”, incorporándose también en la reforma 1/2015 de 30 de marzo, un apartado para que todas las referencias que obren en el Código Penal referidas al término “minusvalía”, se sustituyan por el término “discapacidad” y que el término “incapaz” se sustituya por el término de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”⁹.”

El objetivo de las sucesivas reformas ha sido el de avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, cumpliendo la tarea que la Constitución y la Unión Europea imponen a los poderes públicos, introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias de todo tipo, como puede ser la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, que modifica el bien jurídico protegido, que deja de serlo la honestidad de la mujer y pasa a ser la libertad sexual de todos.

Además cabe precisar que el Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha sido objeto de una completa revisión y actualización, en el régimen de penas y su aplicación, en la introducción de nuevas figuras delictivas o adecuación de los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia, suprimiendo otras infracciones que por su escasa gravedad no merecen reproche penal.

⁹ Ley Orgánica 1/2015, apartado 258 donde se regula la sustitución de los términos en el Código penal.
“1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».
2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término «minusvalía» se sustituyen por el término «discapacidad.»”

Finalmente hay que hacer mención a la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal con la intención de promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que continúa la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que entrará en vigor el próximo el 3 de septiembre de 2021, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La disposición adicional primera del texto prevé que, a partir de la entrada en vigor de la nueva norma, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto.

3. LA GRAVE DISCRIMINACIÓN LABORAL

3.1 RASGOS QUE CARACTERIZAN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAL

El artículo 314 CP introduce un delito que requiere de una previa actuación sancionatoria validada por el ordenamiento jurídico laboral o la vía administrativa, que defina con detalle cual es la acción discriminatoria y quienes son los sujetos en cuestión que se ven afectados, para poder acudir en última instancia ante la jurisdicción penal.

En este delito coexiste una doble vía sancionadora. Por un lado encontramos la vía administrativa donde la sanción típica es la multa ¹⁰, que se impone para lograr el cumplimiento y la eficacia de las normas jurídicas; por tanto tiene como objetivo lograr el cumplimiento de unas sanciones frente a la desobediencia de las obligaciones contenidas en las normas y como finalidad aplicar las consecuencias negativas al sujeto que incumple la normativa. Esta sanción administrativa debe ser impuesta por la Autoridad Laboral, tras el expediente sancionador originado por el acta de inspección con propuesta de sanción, con el que se inicia el procedimiento administrativo sancionador, o advierte y requiere al sujeto responsable para que en un plazo

¹⁰ Pons Carmena, M. (2019). *Derecho administrativo laboral*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 90.

determinado adopte las medidas necesarias para cumplir con la normativa ¹¹ que se le imponga, siendo ésta proporcional a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, desarrollado en los artículos 50 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social – en adelante LISOS, que es la norma encargada de delimitar y describir las infracciones en el ámbito laboral junto con las correspondientes sanciones que se le imponen conforme a la conducta discriminatoria.

Por otro lado, el requerimiento es un acto administrativo que puede identificarse con el requerimiento previo al levantamiento de un acta en un procedimiento sancionador que efectúa la Inspección Laboral al sujeto infractor, como viene recogido en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su artículo 22. Este requerimiento puede ser también judicial, cuando el procedimiento se comienza a través de una demanda donde el trabajador declara que es o ha sido víctima de un trato discriminatorio, entendiéndose en este caso, que el requerimiento judicial forma parte de la sentencia que declara la vulneración de la prohibición de trato discriminatorio. Este requerimiento que se le impone al sujeto activo de la acción, tiene como finalidad que subsane la situación de discriminación y con ello se restablezca la igualdad entre los trabajadores. Incluso hay jurisprudencia que considera que el requerimiento puede ser de cualquier tipo. En este sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15ª, número 682/2007, de 6 de noviembre, en el que se analiza la naturaleza de los requerimientos previos efectuados a un órgano de la administración por discriminaciones efectuadas contra dos funcionarios; ninguno de tales requerimientos tenían naturaleza administrativa o judicial, pero la Audiencia considera tras un estudio gramatical del artículo 314 CP, que el requerimiento no tiene por qué tener naturaleza administrativa, que solo va referida en dicho artículo en la sanción; y además llega a esta conclusión porque en caso contrario, si la discriminación a un trabajador se produce en el ámbito de la función pública, es imposible que la propia administración donde se está cometiendo esta acción se requiera a sí misma, dejando en evidente indefensión y creando un ámbito de impunidad, dentro de la administración pública *“exigiendo a los perjudicados y posibles víctimas de este delito que queden a expensas de que un responsable de dicho*

¹¹ Tapia Ballesteros, P. (2014). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 277.

ilícito se requiera a sí mismo. La aplicación de un precepto penal no puede quedar así al arbitrio de la Administración cuando el autor es uno de sus funcionarios.”

Este delito exige como elemento del tipo objetivo que tras el requerimiento o sanción administrativa no se restablezca la situación de igualdad. Por tanto, para que la conducta discriminatoria sea punible en la vía penal, se necesita que sea un acto doloso, y consecuentemente punible al actor causante de esta discriminación. Además del “*requerimiento o sanción administrativa*” se debe por un lado restablecer la situación de igualdad y por otro reparar los daños económicos que se hayan derivado, porque el hecho de no actuar de manera diligente, supone una conducta dolosa tras el incumplimiento que exige el tipo del delito que se desarrollará más adelante.

En el artículo 8.12 de la LISOS encontramos recogidas las infracciones que se consideran “muy graves” en el orden social ¹², en materia de las relaciones laborales individuales y colectivas, recogándose a su vez en el artículo 40.1 ¹³ del mismo Texto Refundido, la *cuantía de las sanciones* correspondientes a las infracciones en el mercado laboral que se han visto modificadas ¹⁴ en función de la variación de precios al consumo, estableciendo unas cuantías sancionatorias diferentes respecto de la LISOS. Este precepto del artículo 8.12 es de obligado cumplimiento para el empresario, siendo

¹² Artículo 8.12 LISOS: “*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*”

¹³ Artículo 40.1 LISOS: “*Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.”

¹⁴ Real Decreto 306/2017, de 2 de marzo, por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

este quien tiene que garantizar la igualdad entre sus empleados, cumpliendo con las obligaciones que la normativa establece.

Conforme a lo recogido en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla Sección 1ª, número 353/2016, de 22 de abril, *la vía penal es la “ultima ratio” máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario y el control penal lo “excepcional.”* Por lo que se deben agotar las vías previas, tanto la administrativa sancionadora como la jurisdicción social, antes de acudir al Órgano Penal, debido a que se trata de una jurisdicción que conoce de una denuncia y encamina el fallo de la sentencia en función de si se dan todos los requisitos que exige el precepto para que sea considerado un delito o no. Pero el problema aparece cuando el empresario, que es quien debe velar por la igualdad entre sus trabajadores y garantizar en todo momento el cumplimiento de la normativa, no lo lleva a cabo y produce daños en las personas o colectivos a los que hace referencia el precepto del artículo 314 del CP, siendo en este momento cuando se podría estar tratando de un delito penal. Teniendo en cuenta que *“el derecho penal se reserva para las infracciones más graves o groseras que, típicamente lesionen bienes o derechos así y en concreto específicamente tutelados”* ¹⁵ se deben cumplir unos requisitos formales que son requeridos por nuestro ordenamiento jurídico para el nacimiento de la infracción como delito penal.

Como resumen de lo anterior, para la aplicación de este precepto, tiene que existir una discriminación grave, pero precisa de un requerimiento o sanción administrativa previa, y una conducta del requerido de que además de no restablecer la situación de igualdad, tiene también que no haber reparado los perjuicios ocasionados al sujeto pasivo que se haya visto afectado por esta conducta discriminatoria, y solo en el caso de no darse estos pasos previos, podríamos entender que se ha cometido este delito.

¹⁵ Auto de la Audiencia provincial de Sevilla Sección 1ª. Número 353/2016, de 22 de abril.

3.2 LA GRAVEDAD DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

El delito de discriminación laboral, contenido en el artículo 314 del Código Penal ¹⁶ constituye una lesión del derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española – en adelante CE – que expresamente determina que no puede “*prevalecer discriminación alguna*” por cualquier índole del individuo, y en concreto en su artículo 35 ¹⁷ establece los derechos y deberes que tienen los ciudadanos en relación al trabajo reconocidos por la Constitución y junto con el artículo 53, el legislador regula los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en el Capítulo II del Título I y las garantías de los mismos, que solo podrán ser regulados por ley que deberá respetar su contenido esencial.

Por otro lado, los mecanismos extra-penales para la defensa de este derecho aparecen en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores – en adelante ET –, donde se recogen los derechos laborales y en concreto, en el apartado 2,c se señala el derecho a no ser discriminado ¹⁸, estableciendo los “*límites marcados por esta ley*”, debiendo tratarse de un acto evidente que trata de modo desigual a los trabajadores. Este apartado del artículo ampara la protección que tienen los trabajadores frente a las desigualdades contractuales respecto del empleador, protegiendo también a aquellas personas con discapacidad, pero que tengan las condiciones necesarias y requeridas para desempeñar un puesto de trabajo. Además, se desarrolla específicamente en el artículo 17 denominado: “*No discriminación en las relaciones laborales*” del ET, los derechos y

¹⁶ Artículo 314 Código Penal. “*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 discapacidad, 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 la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.*”

¹⁷ Artículo 35 de la Constitución Española: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*”

¹⁸ Artículo 4.2,c Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “*a no ser discriminado 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.”

deberes derivados del contrato de trabajo y en concreto en el apartado 1, se establecen los requisitos necesarios para que exista una relación laboral, matizando además el “trato desfavorable” que pueda haber en el mercado de trabajo, tratándose de limitaciones que prevé el ámbito que regula el ET. En ambos preceptos se recoge el derecho que tienen los trabajadores a no sufrir discriminación directa o indirecta. Por otra parte el artículo 4, no se limita solo al ámbito de la relación laboral, sino también en el momento previo, esto es, durante el proceso de selección o incluso antes, en la propia convocatoria de la oferta de trabajo ¹⁹.

También hay que hacer mención en este apartado al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la LISOS, siendo el régimen que determina las infracciones y además, establece las correspondientes sanciones en el ámbito laboral, y en particular respecto de las cometidas en materia de discriminación; en concreto en el artículo 8.12 de la LISOS ²⁰ se recogen las infracciones que se consideran muy graves en materia de relaciones laborales tanto individuales como colectivas.

Entrando en la materia penal, para que se cometa un delito de discriminación laboral deben concurrir dos causas, por un lado la exigencia de que se trate de una discriminación grave y por otro, la necesidad de que el empresario haya incumplido un previo requerimiento o sanción administrativa en el ámbito laboral.

La gravedad es un requisito que exige el Derecho Penal de forma general, para todas las conductas que declara delictivas, porque parte del principio de intervención mínima y porque no es el único sector del ordenamiento jurídico que regula la discriminación en el ámbito laboral, encontrándose también regulado en la LISOS.

¹⁹ Tapia Ballesteros, P. (2104). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 149.

²⁰ Artículo 8.12 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: *las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*”

El tipo penal del 314 CP requiere en primer lugar una situación de discriminación grave, pero no determina cual es el alcance que debe sobrepasarse para poder considerarlo delito. Del mismo modo dicho artículo requiere en segundo lugar una “*actitud rebelde*” del autor ante el previo requerimiento y no subsanación de la situación discriminatoria ²¹.

Partiendo de la base de lo recogido en el art. 8.12 de la LISOS que recoge el concepto de lo que se consideran infracciones graves por discriminación laboral, si lo llevamos al campo penal, entendiendo éste como la última instancia a la que se puede acudir, es el propio tipo penal, el que da preferencia a la vía laboral–administrativa, para perseguir conductas graves discriminatorias ²², por lo que resulta difícil que esta misma conducta pueda ser perseguida también en el ámbito penal, debido a que se trata de un aspecto que debe interpretar y valorar el Juez penal conforme a los actos que el sujeto activo ha incumplido previamente.

No se castigan todas las conductas discriminatorias que tienen lugar en el ámbito laboral, sino únicamente, las que revisten un carácter “*grave*” ²³ es decir, de mucha entidad o importancia para lo que pueden servir de referencia los criterios de valoración, que brinda el ET en relación con el texto refundido de la LISOS, cuyo mencionado artículo 8.12 regula lo que considera infracción muy grave. La doctrina se divide a la hora de interpretar este concepto y mientras para un sector, la gravedad se entiende referida a la lesión del derecho fundamental a la igualdad, otro sector afirma que la gravedad viene dada en función de la distancia que existe entre lo que sería el trato merecido con el trato efectivamente dado a la persona. Sin embargo es evidente que este criterio puede dar lugar a arbitrariedades y por ello otro sector se inclina por determinar la gravedad en función de la infracción administrativa, que si lleva aparejada la nota de “grave lesividad” será considerada conducta criminal.

²¹ Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 146.

²². Ídem. Página 147.

²³ Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (2011). *Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 700.

Por ello podemos decir que la gravedad es un elemento indeterminado, porque no solo se utiliza en este delito sino en muchos otros y lamentablemente el legislador no ha dado criterio alguno para decir, esto es grave y esto no, o los graves serán todos aquellos en los que no concurran los otros requisitos (requerimiento, restablecimiento de la situación de igualdad y reparación del daño) o por el contrario, pueda haber una infracción de discriminación que no sea grave a pesar de que no se haya restablecido la situación de igualdad y no se haya reparado el daño económico, con lo cual si se habría cometido el delito.

Y para poner de manifiesto la dificultad que el concepto de discriminación en el empleo lleva aparejado, nada más ilustrativo que dos Sentencias del Tribunal Constitucional (TC en adelante) en las que se aprecia el cambio en el concepto sufrido en un periodo de cinco años.

Inicialmente el TC partió de una interpretación literal del artículo 14 de la CE, dándose eficacia directa e inmediata sin necesidad a que el legislador ordinario desarrollase el concepto; en la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, el TC resuelve un recurso de amparo interpuesto por Ayudantes Técnicos Sanitarios (ATS) masculinos, denunciando la discriminación que sufrían en relación al salario, turnos, etc con respecto a las ATS femeninas, trabajadores todos ellos del mismo Hospital, considerando que, a trabajo de igual valor igual remuneración, sobre todo cuando se trata de trabajos que no son indistintamente realizados por hombres y mujeres, lo que lleva a la necesidad de establecer criterios objetivos. El TC estima en parte el recurso por violación del artículo 14 de la CE y reconoce la existencia de diferencia de trato en puestos similares; pero el problema que se plantea para este Tribunal es el relativo al mecanismo que se ha de utilizar para restablecer la igualdad, para no privar a la mujer de una condición privilegiada que se le había concedido y poderla ampliar a los derechos del varón *“dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales*

ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores” (Fundamento jurídico 3).

Sin embargo, frente a esta búsqueda de la igualdad en sentido literal preconizada por el artículo 14 de la CE, en la Sentencia número 128/1987, de 16 de julio, el TC resuelve un recurso de amparo contra sentencia del 11 de noviembre de 1985 dictada por la Magistratura de Trabajo de Ávila, que desestimaba una demanda en reclamación de cantidad por no reunir el actor, varón, casado y con una hija, los requisitos para la percepción del complemento en concepto de guardería reconocido a todas las mujeres trabajadoras en centros del INSALUD, que tengan hijos menores de seis años y a los viudos con hijos de la misma edad, planteando el demandante que en este caso existe una vulneración del artículo 14 de la CE, al ser indiferente el estado civil de la mujer para recibir la mencionada prestación por cada hijo menor de seis años, no ocurriendo lo mismo con el hombre, al que se requiere, para acceder a esta percepción, que se trate de un viudo. De manera que realizando el mismo trabajo, la mujer con hijos menores de seis años percibe una mayor remuneración que el hombre casado que realiza las mismas funciones y que tiene o puede tener los mismos hijos a su cargo. Considera que si hubo un momento en el que se concedieron prestaciones protectoras a las mujeres, por existir una discriminación, ante los cambios legislativos y sociales producidos, al acceder la mujer al mundo laboral en las mismas condiciones que los hombres, la educación y el cuidado de los hijos pesa sobre ambos, luego si se compensa a la mujer por la falta de atención a los hijos, a de compensarse igualmente al hombre.

El TC desestima el recurso interpuesto y fundamenta que *“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hechos injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados...”* además *“las actuaciones de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el*

ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.” Para el TC se determina que algunas situaciones que resulten distintas no siempre son causa de discriminación, no constituyendo así una violación del artículo 14 de la Constitución. Además hace hincapié en la necesidad de que se de una causa justificada del trato diferenciador entre las personas, para que resulte contraria al principio de no discriminación (fundamento jurídico 7). Esto se debe a que no todas las situaciones de desventaja pueden *“considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”* (fundamento jurídico 8).

4. EL TIPO DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Dentro de este epígrafe abarcaremos diferentes apartados relevantes para la determinación de los aspectos fundamentales que hacen evidente la discriminación en el ámbito penal. Empezaremos detallando la consideración del bien jurídico protegido, posteriormente haremos una distinción entre los sujetos que se encuentran dentro de este delito, haciendo hincapié en el sujeto activo y pasivo de la relación contractual, detallando además el tipo objetivo de la conducta que debe llevarse a cabo para determinar que se trata de un acto de grave discriminación y finalmente abordaremos la falta de eficiencia de este tipo penal al resolverse la mayoría de las situaciones descritas en el ámbito laboral o contencioso.

4.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 314 del CP, protege el derecho a la igualdad de trato, por tanto el bien jurídico protegido es el derecho que tiene el trabajador por cuenta ajena, a no sufrir conductas discriminatorias e injustificadas en el seno de la relación laboral, junto con el derecho a la igualdad de trato en el mercado laboral. Se entiende cumplido el tipo delictivo cuando se daña al sujeto pasivo de forma individual y concurren el resto de requisitos que exige el tipo del delito consistente en el incumplimiento empresarial de

una previa sanción en el orden laboral. Por ello se ha defendido que más que proteger un derecho subjetivo del trabajador – El derecho a la igualdad de los trabajadores y su correlativa prohibición de discriminación – lo que realmente ampara es el interés del Estado en que se ejecuten los dictados de la Administración y jurisdicción laboral en casos de discriminación ²⁴, por lo que también por algunos autores se ha defendido que se puede tratar de un delito de desobediencia y así el artículo 314 del CP, exige el incumplimiento de un previo requerimiento o sanción administrativa en el ámbito laboral. Éste artículo no considera la mera discriminación como delito grave, ya que no lo constituye por ejemplo, la diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando – debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas ²⁵– tal características sea esencial y cuando el objeto sea lícito y proporcional, sino cuando el sujeto activo desoye o desatiende la obligación que se establezca en ese requerimiento o sanción administrativa previa, como bien lo detalla el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 5ª, de 20 de diciembre de 1999, (1999/5310), hace referencia a “*que la situación de discriminación requiere una posición rebelde a la actuación de la autoridad administrativa.*”

Se entiende que el sujeto no presta consentimiento para tener un trato peyorativo y perjudicial, teniendo consecuencias negativas para quien lo sufre y el hecho de dar consentimiento, para el simple hecho de obtener un trabajo, no será válido ya que vulnera el bien jurídico produciéndose un vicio del consentimiento.

Se trata de un delito que tiene como objetivo, proteger el bien jurídico en el ámbito de las relaciones laborales cuando se dan conductas discriminatorias por el sujeto activo, siendo uno de los más destacados y protegidos por el ordenamiento laboral, y lo que supone el Derecho Penal es reforzar esa protección cuando no se cumpla con lo establecido en la LISOS, ya que infringen la protección que avala a los trabajadores con lo previsto en el ET, pero el verdadero problema se encuentra en los

²⁴ De Vicente Martínez, R. (2020). *Derecho penal del trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 334

²⁵ La doctrina del Tribunal Constitucional, considera que debe haber igualdad de trato en situaciones iguales y ser desigual en situaciones de hecho desiguales y para introducir diferencias jurídicas deben existir motivos justificados y razonables de acuerdo con los juicios de valor generalmente aceptados. Véase Porret Gelabert, M. (2010). *La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los derechos humanos*. Revista Técnico Laboral. Volumen 32, (Núm. 126). Página 20.

requisitos previos que se deben incumplir, para que esta conducta pueda llegar a ser un delito penal, dificultando así la aplicación de este precepto.

Cabe destacar que no es un bien jurídico que esté bien delimitado en el precepto que legitima la intervención del Derecho penal y que sirve de criterio interpretativo rector; es de naturaleza individual, y además se trata de un bien jurídico que debe ser concretado en cada una de las figuras delictivas que se definen ²⁶.

4.2 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo parece ir dirigido hacia el empresario, privado o público (autoridades y funcionarios), dado que sólo se entiende en esa posición de supremacía empresarial la posibilidad de “imponer” una situación discriminatoria entendida en las condiciones directas e indirectas de trabajo, produciendo así una situación de desventaja o inferioridad. Por tanto el autor es quien incumple el requerimiento o sanción administrativa previa encaminada a restablecer la igualdad ²⁷. Esto quiere decir, que tienen que ostentar la potestad necesaria para restablecer la situación de igualdad ante la ley y reparar los eventuales daños económicos derivados de la discriminación ²⁸. Dado el ámbito en el que se desenvuelven los actos discriminatorios previstos en el precepto y su literalidad, parece obligar a que el sujeto activo sea el empleador o una persona con una determinada posición en el organigrama de la empresa, o una autoridad o funcionario público ²⁹.

Sin embargo, en relación con el sujeto activo cabe plantear la cuestión de si el sujeto que ha producido la grave discriminación ha de ser el mismo que el que lleva a cabo la omisión de no restablecer la situación de igualdad. Sobre este aspecto, un sector doctrinal opina que pueden ser sujetos diferentes, pero la mayoría opina que ha de ser el mismo sujeto el que lleva a cabo ambas conductas, dado que en caso contrario la

²⁶ Martínez-Buján Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, (6ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 843

²⁷ Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (2011). *Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 700.

²⁸ Más extensamente, Tapia Ballesteros, P. (2019). *El delito de discriminación (artículo 314 CP): ¿ejemplo de una deliberación técnica legislativa deficiente?* Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Núm. 55) Editorial Aranzadi, S.A.U. Cfr Página 11.

²⁹ Ídem. Página 11.

conducta de cada uno de ellos, podría considerarse atípica. Este tipo penal lleva consigo una combinación de infracción administrativa y desobediencia, de modo que se precisa que el sujeto activo realice ambos comportamientos para que pueda incurrir dentro del tipo penal ³⁰.

Por otro lado, el sujeto pasivo, aunque no se refiera específicamente al trabajador, sino a la “persona” que sufre la decisión discriminatoria y los efectos del incumplimiento ³¹, podemos deducir que es en el ámbito laboral quien sufre la decisión discriminatoria. Aquel tratado de un modo diferente debido a alguna característica física, ideológica o social, que lo identifica con un grupo, lo cual le produce una situación de desventaja, inferioridad o incluso vejación, o le ahonda en estas situaciones, existentes previamente al acto concreto de discriminación ³². El término “persona” utilizado por el precepto permite incluir también como sujeto pasivo a aquel que va a incorporarse a un puesto de trabajo, incluyendo por tanto los supuestos de discriminación en el acceso al empleo en coherencia con lo prescrito en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

4.3 CONDUCTA TÍPICA

En los elementos tipo objetivo del artículo, se exige en primer lugar que la conducta que se realice por el empleador se considere grave, y en segundo lugar que se produzca un incumplimiento al requerimiento previo que se realice en el ámbito laboral, debiendo acudir principalmente a las vías administrativa y jurisdiccional social, siendo fundamental que la carga de la prueba esté bien fundada, ya que la acción de discriminación en el trabajo, en principio, no es por sí sola constitutiva de delito ³³. Lo que es objeto de castigo penal es la insistencia o persistencia en la discriminación, esto es la prolongación de la situación de desigualdad tras haber sido objeto el sujeto activo

³⁰ Véase más ampliamente Martínez-Buján Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, (6ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 893.

³¹ Martínez-Buján Pérez, C. Ídem Página 888.

³² Tapia Ballesteros, P. (2014). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 137.

³³ Donde la conducta en términos generales es aquella actitud que trata de excluir las acciones u omisiones, total o parcialmente, que provoquen efectos negativos en las oportunidades o derechos. Véase Porret Gelabert, M. (2010). *La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los derechos humanos*. Revista Técnico Laboral. Volumen 32, (Núm. 126). Página 6.

de un requerimiento o sanción administrativa y sin que haya repuesto el comportamiento discriminatorio. Además, no es suficiente cualquier discriminación, pues ésta ha de ser necesariamente grave; es decir, debe socavar las más elementales bases de la igualdad.

La conducta ha de ser dolosa, es decir con intención, no pudiendo castigarse si se comete por imprudencia. Esta exigencia es clara, a tenor de la expresión utilizada por el tipo delictivo cuando habla de actuarse “por razón” de su ideología, religión, etc. Parece difícil que el hecho pueda producirse por imprudencia o descuido, no sólo por la consideración última, sino también por tener que mediar un previo requerimiento, sanción administrativa o judicial para poder castigar, con lo que el sujeto ya conoce que su comportamiento es contrario a derecho, de modo que si insiste voluntariamente en su continuación la acción será dolosa ³⁴.

La discriminación puede darse de dos formas; por un lado la discriminación directa cuando, por motivos de origen racial, étnico o por su género, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. Y por otro lado la discriminación indirecta se produce, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales producen una específica desventaja a las personas, según su origen étnico/racial u otros rasgos en comparación con otras, salvo que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios ³⁵. En el caso de la discriminación directa la misma se muestra más evidente, y quizás los actos sean más fáciles de determinar, porque según lo recogido en la directiva que lo regula, constituye una acción/situación menos favorable que otra en una situación semejante. Ciertamente debe ser una conducta realizada por el sujeto activo, debiendo estar motivada por las causas o circunstancias que se recogen expresamente en el artículo 314 CP, por las que no pueden darse una discriminación. A diferencia de la directa, en la

³⁴ Vease Terradillos Basoco, J. y Boza Martínez, M. (2017). *Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, (1ª ed.) Valencia. Bomarzo. Página 108.

³⁵ Esta definición se encuentra regulada en el artículo 2.1,a y b de la Directiva 2006/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, que regula la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), extraído de la monografía de Giménez Gluk, D. *La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación*. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo* (Serra Cristobal, R. Coordinadora), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 49.

discriminación indirecta se debe indagar acerca de la verdadera intencionalidad de los actos cometidos, ya que son aparentemente neutros, pero que cubren acciones negativas y perjudiciales, produciendo un impacto negativo para el sujeto o sujetos a los que se dirige la conducta. Para que sea legítima y no suponga un delito de discriminación, debe justificarse la conducta de forma objetiva ³⁶. Concluyendo que se trata de actos aparentemente neutros, pero que cubren acciones negativas y sospechosas tras un impacto negativo.

Algunos autores consideran que el precepto contenido en el artículo 314 CP contiene en realidad un delito de desobediencia, puesto que el núcleo del injusto reside en no restablecer una situación de igualdad, con reparación de los daños económicos que se hayan producido, pese a que previamente ha existido un requerimiento o una sanción administrativa que lo ordena ³⁷. Por consiguiente para el profesor Carlos Martínez-Bujan que comparte la teoría de otros muchos, estamos ante un delito de omisión pura, desde el momento en que la norma del artículo 314 CP impone un mandato y la infracción de este se agota en la pura inactividad del autor, dado que no se exige la causación de resultado alguno diferente de la mera omisión ³⁸. Este criterio es compartido por la profesora Rosario de Vicente Martínez, que considera igualmente que se trata de un delito de omisión propia en el que la consumación tiene lugar en el momento en el que el sujeto omite el restablecimiento de la situación de igualdad con reparación en su caso de los daños económicos ³⁹. En contraposición a lo anterior, profesores como Esther Pomares Cinta, consideran que el delito de discriminación laboral se configura como un delito de resultado: el mismo se consuma desde el momento en el que se produce la discriminación grave en el empleo, porque desde ese

³⁶ En la *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73*, consideró que no se limitaba la discriminación de una forma directa, en la medida en que el trabajador de un Estado miembro no puede ser tratado de forma diferente y los trabajadores nacionales en condiciones de trabajo iguales, sino que además hace alusión de forma tácita a la discriminación indirecta, con las conductas sospechosas que realizan a los ciudadanos extranjeros, donde no solo se limitaba al ejercicio a determinadas actividades dentro de la Administración pública, sino que ocultaban los actos tras unas condiciones aparentemente neutro, pero con intención discriminatoria, a la hora de acceder al empleo lo que suponía un perjuicio para los trabajadores no nacionales, y además no estaban justificados, como para no determinar dicha conducta era discriminatoria.

³⁷ Martínez – Buján Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, (6ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 888.

³⁸ Ídem. Martínez – Buján Pérez, C. Página 889.

³⁹ Vease más ampliamente, De Vicente Martínez, R. (2020). *Derecho penal del trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 372.

momento se produce la lesión efectiva del bien jurídico protegido ⁴⁰ y por ello la desobediencia del requerimiento que es un requisito posterior a la consumación y se convierte en condición objetiva de punibilidad ⁴¹.

Analizado lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que de la propia redacción del precepto, parece que producir una grave discriminación en si misma no constituye un delito, si no media un requerimiento o sanción administrativa previa para reparar los daños causados y que éste haya sido desobedecido, manteniendo la situación de desigualdad y daño producido al trabajador, de modo que parece más plausible la teoría que lo considera como un delito de omisión.

Y así, lo considera la escasa jurisprudencia que se ha podido encontrar respecto de este delito, se destaca la Sentencia 4/2010, de 13 de enero, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que absuelve al acusado de la comisión de este delito precisamente por no haber existido requerimiento alguno desde el órgano administrativo competente en la materia, por haberse constatado la existencia de un trato desigual, ni tampoco sanción por dicho motivo. El acusado Jefe de la Policía Municipal de Madrid, había restringido horas extraordinarias a los policías de su unidad para posteriormente aumentar el número de servicios de patrulla a pie con motivo de unas obras, habiendo provocado la queja de los denunciantes que eran Policías adscritos a esa unidad y además delegados sindicales. En la sentencia se recoge el concepto del delito de discriminación y todas sus características, considerando que *“...la acción consiste en originar y mantener una grave discriminación (producir y no restablecer la situación de desigualdad) en el empleo, público o privado. La discriminación supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación. Tales características son aquéllas ya incluidas en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores, que constituyen las causas o situaciones más frecuentes de ruptura injustificada de la paridad (ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía,*

⁴⁰ Pomares Cintas, E. (2011). *Delito contra los derechos de los trabajadores*. En *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*. (Álvarez García, J.F. director), (1ªed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 907.

⁴¹ Ídem. Pomares Cintas, E. Página 907.

ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, parentesco con otros trabajadores de la empresa o uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español) y que pueden provocar un tratamiento discriminatorio, si bien es imprescindible que la diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato. Ahora bien, la mera discriminación en el empleo, sin más, no basta para que se cometa el delito, pues el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (no restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos), con lo que se trata de reservar el castigo penal sólo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones administrativas....”

La absolución para el acusado se produce no porque no se haya cometido la posible discriminación, sino porque no ha habido el previo requerimiento o sanción administrativa, e incluso procedente de un órgano jurisdiccional competente en materia de despidos por discriminación, considerando que esta ausencia basta para excluir la comisión del delito por no concurrir uno de los requisitos esenciales del tipo.

En este mismo sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, de 13 de abril de 2010, en el que se describen los elementos del tipo, necesitando no solo la existencia de la grave discriminación, sino también el requerimiento previo desatendido, de modo que solo en el caso de que éste último no aparezca cumplido no se produce el delito: *“Como se desprende de su redacción, la mera situación o actuación discriminatoria no es suficiente para la existencia de delito. En efecto, la discriminación entendida como comportamiento o tratamiento de diferenciación negativa para quien lo padece no solamente debe venir adornada del contexto que refiere el precepto sino que requiere una contumacia o persistencia (desatención del requerimiento o sanción administrativa en pos del restablecimiento de la igualdad). Por expresa exigencia de la norma ese comportamiento discriminatorio debe ser grave, sin que "prima facie" pueda tenerse como tal aquellos puntuales*

episodios que el recurrente señaló en la denuncia inicial como reveladores de la discriminación. Pero es que además, como queda indicado, se precisa de conminación administrativa de reposición de la situación de igualdad, de la que no existe constancia.”

4.4 LA EFICACIA DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Este delito al igual que todos lo que se integran en el Título XV dedicado a los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*” salvaguardan garantías laborales de contenido diverso, que nacen de la relación de trabajo o de la prestación de servicios y cuentan con una base constitucional. Sin embargo, conseguir un espacio específico de protección penal de los derechos laborales ha propiciado que se hable de la existencia de un Derecho Penal laboral con entidad propia ⁴². Pese a ello, el alcance del Derecho penal laboral y la relevancia penal de las conductas de explotación laboral o en nuestro caso, de discriminación, dependerán siempre del marco normativo que regula la prestación de trabajo, del contexto normativo laboral que define la estructura de las relaciones laborales y del estatus jurídico del trabajador en la esfera pública o privada. Esto significa que, en virtud del carácter subsidiario del derecho penal laboral, la tutela penal de los derechos laborales se encuentra necesariamente vinculada a dicho marco normativo extrapenal: el punto de partida lo constituirán aquellos comportamientos que se consideran ilícitos según la legislación laboral ⁴³. Ello genera, de un lado, la necesidad de buscar una frontera que marque los límites de la correlativa regulación sancionadora en aras del respeto del principio de intervención mínima del derecho penal, y de otro lado, la necesidad de resolver la concurrencia de esferas sancionadoras distintas a la hora de regular una misma conducta cuando ésta es constitutiva de delito y de infracción laboral o administrativa. En este sentido, los conflictos con el derecho sancionador extrapenal deberán solucionarse a través del principio *non bis in idem*: tanto la LISOS ⁴⁴ como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

⁴² STS 995/2000, 30-6.

⁴³ Pomares Cintas, E. (2011). *Delito contra los derechos de los trabajadores*. En *Derecho penal español. Parte Especial (II)*. (Álvarez García, J.F. director), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 880.

⁴⁴ Artículo 3.1. “*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Los desplazamientos temporales de personas trabajadoras por las empresas establecidas en España al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podrán dar lugar a que*

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que solucionan este conflicto dando prioridad a la vía penal ⁴⁵.

Pese a ello se ha destacado la escasa aplicación de estos delitos en contraste con la amplia fenomenología que abarcan y su frecuencia, y ello puede explicarse porque no basta con realizar un comportamiento discriminatorio grave contra el trabajador para aplicar este delito, sino que el precepto incorpora un requisito ajeno a la propia discriminación que hace que se parezca más a un delito de desobediencia a las órdenes de la autoridad competente: se exige que no restablezca “*la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado*”. Por tanto, se requiere que el sujeto activo desobedezca el requerimiento hecho por la autoridad competente en orden a subsanar la situación de discriminación grave, siempre que le sea exigible restablecer a la víctima las condiciones de igualdad ante la ley, además de la reparación de los daños económicos causados por esta actuación discriminatoria.

De lo expuesto se deduce que el cumplimiento de este requisito con posterioridad a la causación de la grave discriminación, es una condición que hace perder la eficacia de este delito como reacción disuasoria frente a prácticas abusivas graves hacia los trabajadores porque pretende, en definitiva, invertir las reglas de resolución del conflicto laboral, conculcando materialmente el principio *non bis in idem*: da entrada preferente a la vía laboral o administrativa para sancionar y compensar el comportamiento discriminatorio (grave) ya efectuado. Seguramente, este modo de restringir el alcance del delito de discriminación laboral, se ha debido a la falta de exigencia de los medios comisivos encaminados a doblegar la voluntad del trabajador, que se prevén en otros delitos laborales ⁴⁶.

se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.”

⁴⁵ Pomares Cintas, E. (2011). *Delito contra los derechos de los trabajadores*. En *Derecho penal español. Parte Especial (II)*. (Álvarez García, J.F. director), (1ª ed.)Valencia. Tirant lo Blanch. Página 881.

⁴⁶ Pomares Cintas, E. Ídem. Página 903.

Como bien se comenta en el libro de Martínez-Buján Pérez ⁴⁷, este es un delito de escasa aplicación jurisprudencial, debido a que es de reciente introducción y se pone en tela de juicio que quepa hablar de un verdadero Derecho penal del trabajo que tutele eficazmente los derechos de los trabajadores.

Tal es la poca relevancia jurídico-penal que tiene el delito tipificado en el artículo 314 CP que en la última Memoria publicada por la Fiscalía General del Estado, en la apertura del año judicial 2020-2021 y dando cuenta de la actividad de dicho instituto público en el ejercicio 2019, que en el apartado de propuesta de reformas legislativas han dedicado un epígrafe exclusivo solicitando al poder legislativo la reforma del artículo 314 CP, por la nula incidencia en la realidad social de que esta conducta pueda llegar a ser constitutiva de delito y que a continuación se reproduce:

“2.5 Reforma del artículo 314 del Código Penal relativo a la discriminación laboral

Este delito está sometido a la concurrencia de tantos requisitos que su aplicación es prácticamente imposible, ya que exige: 1) Un acto de discriminación en el empleo, 2) Concurrencia de uno de los móviles discriminatorios descritos en la ley que, de la misma manera que el art. 22.4 CP, no abarcan todas las formas de discriminación, 3) Una intervención previa de la administración con un requerimiento o sanción administrativa al empleador, 4) Que este último no restablezca las condiciones de igualdad ante la ley tras dicho requerimiento o sanción, 5) Y, finalmente que no repare los daños económicos causados. Sólo cuando se cumplan todos y cada uno de los citados requisitos la conducta es penalmente reprochable. No hay registros de una sola sentencia condenatoria en toda España aplicando dicho precepto, habiéndose convertido en un claro ejemplo de lo que se denomina derecho penal simbólico.

Se hace pues imprescindible una reforma de este artículo que, sin renunciar al principio de intervención mínima del Derecho penal y a la eficacia

⁴⁷ Martínez-Bujan Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, (6ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch. Página 840.

de la jurisdicción laboral caracterizada por la existencia del principio de inversión de la carga de la prueba, permita su aplicación a los casos más graves de discriminación en el ámbito laboral⁴⁸.”

⁴⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2020 (Ejercicio 2019). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html

CONCLUSIONES

El delito de discriminación laboral se caracteriza por necesitar de un requerimiento previo, pudiendo ser realizado este por el ordenamiento laboral, en vía administrativa e incluso judicial, siendo exigido por la propia redacción del artículo 314 del CP, pero para que sea una conducta punible, es necesario que el acto sea doloso; es decir que no solo con la existencia de ese requerimiento se comete el delito, sino que además deben darse dos consecuencias, por un lado que no se haya restablecido la situación de igualdad que ha sido objeto del requerimiento o sanción administrativa y por otro, que además no se hayan reparado los daños económicos, derivando todo ello en que se omite la conducta exigida por la autoridad correspondiente, con una actitud rebelde del sujeto, que al no actuar de forma diligente, no evita que se acuda en última instancia a la vía penal, considerándose que se está cometiendo este delito porque se están lesionando alguno de los derechos fundamentales que tienen los trabajadores.

Pero al encontrarnos en el ordenamiento jurídico penal que parte del principio de la intervención mínima, se hace necesario que esa conducta discriminatoria sea considerada grave, para acudir en última instancia a la vía penal; el problema se suscita cuando es el propio precepto el que no determina cual es el alcance que se debe rebasar en dicha conducta, para poder ser considerada grave y consecuentemente un acto punible para el sujeto activo, porque una conducta sin límites expresamente recogidos, resulta difícil de perseguir, al quedar supeditado a la valoración judicial conforme a las pruebas que se practiquen.

Además, debe tratarse de una acción grave, porque la discriminación en sí misma no constituye un delito, y cuya principal característica para entender esa conducta como delictiva es que ha de ser reiterada y continuada, entendiendo así que se trata de una acción dolosa, porque como bien manifiestan algunos autores, se trata de un delito de omisión pura, que lleva aparejada la desobediencia del previo requerimiento o sanción administrativa.

Finalmente, como bien se puede destacar de la última Memoria de la Fiscalía General del Estado en la apertura del año judicial 2020-21, se trata de un delito de poca

incidencia en el ámbito laboral, ya que se procura resolver en otras jurisdicciones y con ello se pone de manifiesto la necesidad de que se reforme este delito, ya que actualmente se observa la nula aplicación que tiene, pudiéndose suprimir o que el legislador detalle más los límites de lo que considera como conducta grave, suficiente para acudir a la jurisdicción penal y que sea consecuentemente punible para el que realice la acción discriminatoria, una vez que se cumplan el resto de los requisitos antes expuestos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ M. C. (2018). *Derecho del trabajo*, (26ª ed.). Madrid. Editorial centro de estudios Ramón Areces, S.A.
- BALLESTER PASTOR, A. (2012). *El principio de igualdad de trato y no discriminación*. En *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. Mª. directores), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- BALLESTER PASTOR, Mª. A. (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, (1ª ed.). Valencia. Tirant lo Blanch
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (2011). *Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- DE VICENTE MARTINEZ, R. (2020). *Derecho penal del trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- GIMÉNEZ GLUK, D. (2013). *La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación*. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo* (SERRA CRISTOBAL, R. Coordinadora), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- HORTAL IBARRA, J. C. (2015) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO2/2015* (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. directores y VERA SÁNCHEZ, J. S. Coordinador), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. (2013). *Derecho penal económico y de la empresa*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, (6ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- POMARES CINTAS, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- POMARES CINTAS, E. (2011). *Delitos contra los derechos de los trabajadores*. En *Derecho penal español. Parte especial (II)*. (ÁLVAREZ GACRÍA J. F. director), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- PONS CARMENA, M. (2019). *Derecho administrativo laboral*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.

- PORRET GELABERT, M. (2010). *La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos*. Revista Técnico Laboral. Volumen 32, (Núm. 126). Googleacadémico
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (2017). *Los sistemas de justicia restaurativa y la medición pena. Efectos en el sistema procesal penal español*. En *Cuestiones actuales de derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y Arbitraje*. (RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. Coordinadora), (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2014). *La discriminación laboral, análisis del artículo 314 del Código Penal*, (1ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2019). *El delito de discriminación (artículo 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?* Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Núm. 55) Editorial Aranzadi, S.A.U. Páginas 2- 19.
- TERRADILLOS BASOCO, J. y M.. BOZA MARTÍNEZ, D. (2017). *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*. Lecciones, Bomarzo.