

31

HIS PRAXIDE ET PRO

Revista

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

31

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>Maria Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española

Cristina Rodríguez Yagüe

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: Cristina Rodríguez Yagüe

Adscripción institucional: Profesora Contratada-Doctora de Derecho penal (UCLM)

Sumario: 1. El tránsito desde la persecución y la invisibilización del colectivo homosexual hasta la consagración constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación. 2. La protección del colectivo homosexual frente a las conductas de discriminación. 3. La protección de los perseguidos por su orientación o identidad sexuales: la reforma del derecho de asilo. 4. Conclusiones.

Abstract: This paper analyzes the historical treatment of homosexuality in Spanish criminal legislation and case law, and how it evolved from conceiving homosexuals as criminal perpetrators, to portraying them as victims. A criminal offence for almost ten centuries —from the middle ages to the eighties of the last century— this moralist construction was grounded on a successive identification of homosexuality with sin, disease and crime. We study how in hardly ten years homosexuality was decriminalized and homosexuals were recognized as a collective protected by the prohibition of discrimination on the grounds of sexual orientation and gender included in the anti-discrimination provisions of the Penal Code of 1995, even if these provisions have been very rarely enforced. The explicit identification of homosexuals as potential victims of persecution is even clearer in the new Spanish asylum introduced by the *Ley 12/2009, de 30 de octubre*.

Key Words: Homosexuality, persecution, sin, disease, Vagrancy Law, social dangerousness, sexual orientation, gender identity, discrimination, provocation, hate, violence, asylum, refuge

Resumen: Este artículo tiene como objeto analizar tanto el tratamiento que históricamente se ha dado a la homosexualidad en la legislación penal y en la jurisprudencia españolas como el paso de la conceptualización de los homosexuales como autores a su configuración como víctimas. Así, desde su castigo durante casi diez siglos, desde la Edad Media hasta los años ochenta, en una moralista construcción que fue identificando sucesivamente homosexualidad con pecado, enfermedad y delito, estudiaremos cómo se pasa en apenas diez años a su destipificación y al paralelo reconocimiento de la necesidad de la tutela de este colectivo a través de la inclusión de la discriminación por orientación sexual e identidad de género como una de las causas explícitamente prohibidas en la legislación antidiscriminatoria del CP de 1995, eso sí, aplicada de manera que roza lo anecdótico. Su identificación expresa como víctimas potenciales de posible persecución la cierra la nueva regulación de asilo introducida por la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Palabras clave: Homosexualidad, persecución, pecado, enfermedad, vagos y maleantes, peligrosidad social, orientación sexual, identidad de género, discriminación, provocación, odio, violencia, asilo, refugio.

Recepción del artículo: 06-08-2012.

Evaluación favorable: 18-09-2012.

1. El tránsito desde la persecución y la invisibilización del colectivo homosexual hasta la consagración constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación

Históricamente, la normativa penal que ha sancionado y perseguido la homosexualidad ha pivotado sobre tres conceptos que, conjunta o alternativamente, han interaccionado durante siglos: la homosexualidad como pecado, la homosexualidad como delito y la homosexualidad como enfermedad¹.

Si bien durante un largo período histórico eran admitidas como conductas normales², de la mano de la cultura judeocristiana llega la identificación de las relaciones homosexuales con actos contrarios a la naturaleza y a la Ley de Dios y, por tanto, a su conceptualización como pecado. A través de la idea de pecado y debido a la identificación durante la Edad Media y el Antiguo Régimen entre Derecho y moral y, en consecuencia, entre sus preceptivas contravenciones, delito y pecado, se produce la criminalización de la homosexualidad.

El *Libro Iudiciorum* del siglo XII contiene leyes contra las relaciones homosexuales que contemplan la castración de los sodomitas y su excomunión. Un siglo después, tanto el Fuero Real como las Partidas incorpo-

ran la calificación de delito para el mantenimiento de relaciones homosexuales, entendiéndolas como actos contra natura y previendo, por vez primera en Europa, la pena de muerte. El castigo con la hoguera, junto con la confiscación de todos los bienes, se incorporó por los Reyes Católicos a su Pragmática de 1497 “*Como ha de ser castigado el pecado nefando contra natura*”³, texto mantenido con Felipe II y que simplificó para facilitar su aplicación en los medios de prueba a través de la Pragmática de 1598 “*De la forma como se ha de tener probado el pecado nefando contra naturam*”⁴. Ambas Pragmáticas se incorporarían posteriormente a la Novísima Recopilación de 1805.

Aunque no se contempló en el primer Código penal español, de 1822⁵, su brevísimo tiempo de vigencia dio enseguida paso a la vuelta de la Novísima Recopilación hasta 1848.

Nuevamente aparece como delito en el Código de 1928, durante la Dictadura de Primo de Rivera, previniéndose la pena de multa e inhabilitación al “que, habitualmente o con escándalo, cometa actos contrarios al pudor con personas de su mismo sexo” (art. 616)⁶, precepto que desapareció del Código con la llegada de la II República y el Código penal de 1932⁷.

1 Esos mismos prejuicios se siguen encontrando en el imaginario, no sólo religioso e institucional, sino también individual de muchas personas. Así, según una encuesta del CIS de 2004 sobre la opinión de la población española frente a la homosexualidad, el 4.2% de los españoles consideraba que “la homosexualidad es una conducta que debería ser sancionada”, un 13% que “en el fondo, es una enfermedad y como tal debería tratarse”, un 22.2% que “la homosexualidad es algo antinatural” o el 23% que “a las parejas homosexuales no se les deben reconocer los mismos derechos que a las heterosexuales”. Informe de la Dirección General contra la Discriminación, del Ministerio de Igualdad: *Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*. Madrid, 2009, p. 112.

2 Así en el Antiguo Egipto, la Antigua Grecia o Roma, donde se encuentran los orígenes del matrimonio homosexual. Más detenidamente sobre su tratamiento histórico y los antecedentes legislativos en MARTÍN SÁNCHEZ, M., “Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa”. *Estudios constitucionales*, nº 1, 2011, pp. 248 y ss.

3 “Porque entre los otros pecados y delitos que ofenden a Dios nuestro señor e infaman la tierra, especialmente es el crimen cometido contra orden natural (...) mandamos que cualquier persona, de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad que sea, que cometiere el delito nefando contra naturam seyendo en el convencido por aquella manera de prueba, que según Derecho es bastante para probar el delito de heregía o crimen laesae Majestatis, que sea quemado en llamas de fuego en el lugar, y por la Justicia a quien pertenesiere el conocimiento y punición de tal delito (...) y sin otra declaración alguna, todos sus bienes así muebles como raíces; los cuales desde agora confiscamos, y habemos por confiscados y aplicados a nuestra Camara y Fisco”.

4 “Mandamos, que en nuestro Consejo se tratase y confiriase sobre el remedio jurídico que se podía proveer, para que los que lo cometiesen fuesen castigados, aunque el dicho delito no fuese probado con testigos, sino por otras formas establecidas y aprobadas en Derecho, de las cuales pudiese resultar bastante probanza para poderse imponer en el la pena ordinaria (...)”. “Mandamos, que probándose el pecado por tres testigos singulares mayores aunque cada uno dellos deponga de acto particular y diferente, o por quatro, aunque sean partícipes del delito, o padezcan otras cualesquier tachas que no sean de enemistad capital, o por los tres destos, aunque padezcan tachas, y hayan sido ansimismo participantes (...) se tenga por bastante probanza; y por ella se juzguen (...) de la misma manera que si fuera probado con testigos contestes, que depongan de un mismo hecho”.

5 Si bien, como afirma TOMÁS Y VALIENTE, F. la doble identificación como delito y como pecado de los actos de sodomía justificaron una amplia persecución durante los siglos XVI y XVII. *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*. Tecnos, Madrid, 1969, p. 225.

6 Junto a ello, se contemplaba una agravación en el art. 69, que permitía incrementar la pena del delito de abusos deshonestos si se cometían por una persona del mismo sexo que la víctima.

7 Pese a su destipificación, cuando estos actos salían de la esfera privada en no pocas ocasiones fueron sancionados a través de otros tipos penales como los delitos de escándalo público, abusos deshonestos o delitos contra la honestidad, lo que se continuó haciendo

Con la secularización del Derecho, progresivamente se abandona la conexión de pecado y delito y durante el siglo XX su consideración delictiva va dejando paso a otra construcción, no sin influencia de las corrientes reinantes en centro Europa sobre la búsqueda de una raza pura propias del nacionalsocialismo: la homosexualidad como vicio y como enfermedad.

Durante el franquismo, en un primer momento se consideró que el CP disponía de suficientes mecanismos, a través de los delitos de escándalo público, los abusos deshonestos o la corrupción de menores, para sancionar la homosexualidad. Sin embargo, a partir de los años cincuenta, se articula una segunda vía, partiendo de la identificación de la homosexualidad con la perversión, a través del castigo de conductas que se entendían, ya no como delictivas, sino como antisociales y peligrosas⁸. Para ello la homosexualidad se introduce

en 1954 entre los estados que justificaban la aplicación de medidas de seguridad predelictuales por la Ley de Vagos y Maleantes del 5 de agosto de 1933⁹. En su aplicación, los homosexuales fueron enviados a diversos centros de trabajo y colonias agrícolas penitenciarias¹⁰, como la Colonia agrícola de Nancles, el Campo de concentración de Miranda de Ebro (Burgos) o la Colonia penitenciaria de Tefía (Canarias)¹¹.

La identificación con la enfermedad es si cabe más evidente en la sucesora de la Ley de Vagos y Maleantes, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social¹², que dirigida ya no a los homosexuales sino a los que realizasen actos de homosexualidad (si bien en la práctica esta distinción no siempre se realizaba), pretendió sustituir los campos de trabajo con la creación de centros especializados en la rehabilitación de los homosexuales¹³.

durante la dictadura franquista pese a que su Código penal, de 1944, no se refería expresamente a la homosexualidad en la configuración de tipos delictivos o agravaciones. Así, por ejemplo, SSTs de 20 de noviembre de 1953, 20 de diciembre de 1966, 27 de octubre de 1965 o 5 de octubre de 1974. Más detenidamente, TERRASA MATEU, J., "La legislación represiva". *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*. Egales editorial, Barcelona, 2008, pp. 79 y ss. Enumera este autor otras normas del régimen dirigidas a la represión de los homosexuales, tales como el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, que castigaba como falta muy grave la comisión de actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres (art. 112) —interpretando el TS como tal la homosexualidad— o la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1971 que declaraba incompatible la homosexualidad con el ejercicio de la docencia en la educación primaria.

8 Sobre las construcciones de corte moral y pseudo-científicas que justificaban la adopción de este tipo de medidas para "curar" o "tratar" un comportamiento ya enfermo, ya inmoral, vid. entre otros el estudio de UGARTE PÉREZ, J.: "Las bases ideológicas de la represión". *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*. Egales editorial, Barcelona, 2008, pp. 49 y ss. En cualquier caso, como veremos continuó además la vía de la sanción penal mediante la aplicación del delito de escándalo público. Con más detenimiento PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Comares, Granada, 1996, pp. 20 y ss.

9 Que es modificada por la Ley del 15 de julio de 1954 para incorporar la sanción de los homosexuales (art. 2.2), para los que prevé, junto a los rufianes y los proxenetas y mendigos profesionales o explotadores de menores, enfermos o lisiados, la aplicación sucesiva de las siguientes medidas: "a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados". Como señala su breve Exposición de Motivos, se responde a "la producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres", con una voluntad "doblemente preventiva, con propósito de garantía colectiva y con la aspiración de corregir a sujetos caídos al más bajo nivel moral. No trata esta Ley de castigar, sino de proteger y reformar".

10 Según denuncia Amnistía Internacional, homosexuales y transexuales fueron llevados a auténticos campos de concentración de trabajo forzado. *Poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*. Informe sobre España, 18 de julio de 2005.

11 BEDOYA, V.M., "Mecanismos represivos contra los homosexuales en la Barcelona franquista". Beramendi, J., Baz, M.X. (coords): *Memoria e identidades. VII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea (CD rom)*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, disponible en: <http://www.ahistcon.org/docs/Santiago/pdfs/s4b.pdf>.

12 Su artículo primero establecía como uno de los supuestos del estado peligroso "los que realicen actos de homosexualidad", previendo como medida de seguridad predelictual aplicable para "los que realicen actos de homosexualidad y a las que habitualmente ejerzan la prostitución se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas: a) internamiento en un establecimiento de reeducación; b) prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos; y sumisión a la vigilancia de los delegados" (art. 6.3). Esta norma incorporaba, señala Amnistía Internacional, la voluntad de "dar tratamiento" a los homosexuales, curándolos de tal condición mediante la utilización de terapias aversivas. *Ibidem*.

13 Como pone de manifiesto BEDOYA, V.M., si bien se habilitaron dos centros especializados (la prisión de Badajoz para los homosexuales pasivos y la de Huelva para los activos), la falta de presupuesto convirtió esta pretensión en utópica y finalmente fueron enviados la mayoría a centros penitenciarios normales, ya a pabellones específicos, como el de los "invertidos" de La Modelo de Barcelona, ya a

Esa punición de un comportamiento estrictamente privado, junto a las consecuencias penales, consagró legislativamente la estigmatización social que sufría este colectivo, convirtiéndolo a sus miembros en objeto de discriminación e imposibilitándoles la formación de familias, bajo el riesgo de ser descubiertos y sancionados penalmente¹⁴.

Aunque a finales de 1978 se modifica la Ley de Peligrosidad eliminando la referencia a la homosexualidad¹⁵, durante la transición los homosexuales fueron excluidos de las medidas de gracia¹⁶, al no ser considerados delincuentes políticos, y hasta la promulgación del Código penal militar actual¹⁷, el Código de Justicia Militar español tipificó expresamente como abuso deshonesto las relaciones homosexuales, entendiendo que suponía un atentado contra el honor militar¹⁸.

La primera luz hacia el cambio aparece con la llegada de la Constitución y la plasmación, como antesala de los derechos fundamentales, del derecho a la igualdad y a la no discriminación contemplado en su artículo 14, y que da inicio a un proceso de revisión y depuración de todas las normas que se entendían como

discriminatorias, particularmente en materia de sexo, especialmente en el ámbito privado y en el laboral¹⁹, aunque no es hasta 2006, por la STC 41/2006, de 13 de febrero, cuando se reconoce expresamente la homosexualidad como una de esas discriminaciones prohibidas a través de la cláusula del artículo 14.2 al tratarse de un colectivo situado en una posición de diferencia históricamente arraigada y sobre el que existen “profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría”²⁰.

No obstante, ese cambio iniciado con la consagración del derecho a la igualdad y a la no discriminación fue despacio. Y mientras tanto, hasta la supresión por la reforma del CP operada por la Ley 5/1988, de 9 de junio, del delito de escándalo público contenido en el artículo 431 del Código, junto al castigo por corrupción de menores, se mantuvieron durante los años ochenta la sanción de conductas homosexuales como escandalosas, calificando el TS estas prácticas como “relaciones aberrantes” y “nefando vicio”²¹, “obscenas”, “desviadas” o de “perversión sexual”²² o de actos contra natura²³.

padellones con internos que estaban cumpliendo condenas privativas de libertad. “Mecanismos represivos contra los homosexuales en la Barcelona franquista”. *Ibidem*.

14 UGARTE PÉREZ, J., “Introducción”. *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición. Egales editorial, Barcelona, 2008*, p. 18. Véase también una aproximación a la represión de los homosexuales y lesbianas en España durante el franquismo a través de diferentes testimonios de personas a las que se aplicó esta legislación en ARNALTE, A., *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*. La esfera de los libros, Madrid, 2003.

15 Mediante la Ley 77/1978, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento. Vid. Sobre el proceso de reforma TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Akal, Madrid, 1981, pp. 63 y ss.

16 En concreto, del Indulto concedido el 25 de noviembre de 1975 y de la Amnistía del 31 de julio de 1976, aplicándose todavía la Ley de Peligrosidad Social durante estos años a tres personas por esta circunstancia. AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Poner fin al silencio y a la injusticia*, ob. cit.

17 LO 13/1985, de 11 de diciembre.

18 Artículo 352 del Código de Justicia Militar español de 17 de julio de 1945: “El militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo será castigado con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar. Cualquiera que sea la pena impuesta por este delito llevará impuesta la separación del servicio”. BOE nº 211 de 30 de junio de 1945.

19 Vid esta construcción por vez primera en la STC 128/1987, de 16 de julio, que referida a la discriminación por sexo, dota de un contenido propio al mandato de no discriminación referido a la “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricas muy arraigadas y que han situado tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”. Más detenidamente sobre esta sentencia y sobre su virtualidad en el giro hacia una nueva jurisprudencia constitucional en materia de discriminación que permite dotarla de un contenido autónomo y diferenciado del principio de igualdad contenido en el primer párrafo del art. 14, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal)*. Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 50 y ss.

20 Si bien hasta el momento ante la falta de mención expresa del artículo 14.2 a la discriminación por orientación sexual o por identidad de género se entendía incluido dentro de la cláusula genérica del mismo precepto “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” o bien dentro de la prohibición de discriminación por sexo (REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw Hill, Madrid, 1995, pp. 57 y ss.) o en la cláusula abierta (así, por ejemplo, MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 80 y ss).

21 STS de 13 de octubre de 1981.

22 STS de 14 de junio de 1982 o STS de 23 de mayo de 1978, esta última uno de los escasísimos ejemplos sobre la homosexualidad femenina.

23 STS de 15 de noviembre de 1991, referencia incluida en la fundamentación de la calificación de una conducta de robo con violencia realizada por un homosexual que ejercía la prostitución. Más detenidamente sobre la aplicación de este artículo 431 a las

Junto a su castigo a través de los delitos contra la honestidad, durante los primeros años de la democracia destaca la ausencia de la consideración de su singularidad como víctimas frente a determinadas conductas delictivas que se dirigían contra ellos, ya siendo excluidos implícitamente²⁴, ya al no tipificarse hasta mitad de la década de los noventa la discriminación por motivos de orientación sexual, aspecto éste que se analiza a continuación.

2. La protección del colectivo homosexual frente a las conductas de discriminación

El modelo de tutela contra la discriminación, ya no sólo del colectivo homosexual sino del denominado colectivo LGTB (colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales), se construye sobre dos grandes pilares: el reconocimiento de derechos y, de manera paralela, la construcción de una serie de mecanismos que permitan castigar las discriminaciones sufridas, hacer efectivos esos derechos reconocidos normativamente y proteger a los individuos objeto de discriminación por razón de su orientación sexual o identidad de género.

Respecto al primero, si bien la época de la transición española hacia la democracia se caracterizó fundamentalmente por un comienzo de la visibilización del colectivo LGTB, particularmente, y dentro del feminismo, de colectivos de lesbianas y de organizaciones homosexuales, los años ochenta fueron tiempos de reclamación por el reconocimiento de las parejas de hecho y la equiparación en derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales. Conseguido esto parcialmente en varias Comunidades autónomas a finales de los noventa, las reivindicaciones se conducen entonces al reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual, aprobado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, y

al reconocimiento de los derechos de los transexuales, conseguido parcialmente con la promulgación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

En cuanto a la tutela penal dirigida a la protección de este colectivo hay que señalar que se tiene que proyectar sobre las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la violación de sus derechos²⁵: bien a través de la comisión de delitos contra las personas y contra el patrimonio motivadas por la pertenencia de la víctima a este colectivo, bien a través de conductas discriminatorias que suponen un obstáculo o la negación del ejercicio de los derechos que les son garantizados por igual a todas las personas o, junto a ello, las discriminaciones que se producen en el ámbito del trabajo.

Consecuentemente el Ordenamiento penal contempla una doble respuesta ante estas diversas formas de violación de los derechos del colectivo LGTB, ya a través de la configuración de una circunstancia agravatoria genérica de los tipos penales que incrementa la penalidad de los delitos cometidos por motivos discriminatorios, ya a través de la previsión de una serie de tipos penales que específicamente persiguen la discriminación a la que son sometidos tradicionalmente determinados colectivos en las distintas esferas de la vida pública.

El sistema de protección se cierra con los instrumentos de tutela habilitados para proteger a las personas que, en otros países, sean objeto de persecución por su género o su orientación sexual, en concreto, a través de las figura de asilo.

Pese a todo ello, la realidad nos demuestra de manera tozuda que se producen discriminaciones por orientación sexual e identidad de género de manera cotidiana²⁶, particularmente en el acceso a las diferentes esferas de la vida y que, frente a ello y debido a diferentes

relaciones homosexuales, PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, ob. cit., pp. 66 y ss.

24 No es hasta la reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 3/1989, de 21 de junio, cuando se elimina la configuración heterosexual del delito de violación, pues se preveía solamente la aplicación de este tipo penal para los supuestos de penetración vaginal, lo que limitaba el círculo de sujetos activos a los hombres y el de los pasivos a las mujeres, posibilitando también esta reforma la aplicación del tipo penal ante los accesos carnales consistentes en la penetración anal. Fundamental es igualmente la traslación de la protección penal desde la honestidad de la mujer al derecho a la libertad sexual.

25 Véase un interesante análisis en el Informe realizado por la Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi (CEAR) en *El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, Bilbao, 2009, p. 41 y ss.

26 El Eurobarómetro sobre Discriminación realizado en 2008 concluyó que el 2% de la población mayor de 16 años residente en España reconocía haber padecido personalmente discriminación o acoso por orientación sexual en los últimos 12 meses. Asimismo, el 6% de los españoles decían haber presenciado en el último año algún acto de discriminación o acoso sobre otra persona por su orientación sexual no convencional. La percepción de la extensión de la discriminación también es alta; según el mismo estudio, el 48% de la población española consideraba que la discriminación hacia los homosexuales estaba muy o bastante generalizada, si bien en los últimos años había experimentado una disminución. Un Éstos y otros datos se encuentran recogidos en el Informe de la Dirección General contra la Discriminación.

motivos, estamos ante una normativa, especialmente en el ámbito penal, escasamente aplicada por los tribunales.

3. La sanción de la discriminación por el Ordenamiento penal español

3.1. Modelos de legislación penal antidiscriminatoria

En la lucha penal contra la discriminación podemos encontrar diversos modelos.

En primer lugar, existe un grupo importante de países que, guiados por el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, de Naciones Unidas²⁷, han construido una legislación penal para castigar únicamente los comportamientos de carácter apologético y violento, diseñando una legislación penal antirracista y antixenofobia. Es el caso, por ejemplo, de Austria, Alemania o Italia.

Un segundo grupo de países, si bien en un primer momento y en seguimiento de las prescripciones de

la CERD incorporaron en sus legislaciones penales prioritariamente la sanción de comportamientos racistas, a partir de un proceso que se inicia en los años noventa, introducen en sus tipos penales otras causas de discriminación que amplían la tutela a otros colectivos situados de manera tradicional en una posición desventajosa²⁸. Así, por ejemplo, ocurre en Holanda, Suecia, Dinamarca o Irlanda²⁹. Recientemente en esta dirección, el Consejo de Europa, en su Recomendación Rec (2010)5 para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, aprobada el 31 de marzo de 2010, asimila los delitos cometidos por estas motivaciones dentro de los denominados “crímenes de odio”, tradicionalmente asociados a la normativa penal antirracista, requiriendo no sólo su valoración en la penalidad configurándolos como motivo agravante, sino que se establezcan mecanismos eficaces tanto para la investigación de este tipo de delitos como para la tutela de víctimas y testigos (Recomendación I A)³⁰.

minación del Ministerio de Igualdad: *Motivos de discriminación en España*, ob. cit., p. 110 y ss. Un informe sobre los hechos homófobos acaecidos por CCAA durante el 2012 puede encontrarse en el Informe Raxen, nº 51, realizado por el Movimiento contra la Intolerancia y publicado en junio de 2012.

27 La virtualidad de este instrumento frente a otros radica en que incorpora la obligación de los Estados firmantes a adoptar medidas de carácter penal para la represión de una serie de conductas racistas. En concreto, su artículo segundo señala que: “1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuera el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial”. Esta orientación de la legislación penal antidiscriminatoria hacia el castigo de un grupo concreto de conductas y sólo ante unas formas de discriminación determinadas se mantiene en el ámbito de la UE con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

28 Ello responde, por un lado, a consideraciones criminológicas, como la búsqueda de nuevas víctimas por parte de la criminalidad violenta. Y, por otro, a las reivindicaciones que desde los años sesenta realizan una serie de colectivos, cada vez más organizados, solicitando el derecho a la igualdad: es el caso del movimiento feminista o del colectivo homosexual. BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares, Granada, 1999, p. 267.

29 Un resumen de las legislaciones penales antidiscriminatorias y de las causas de discriminación prevista puede encontrarse en Movimiento contra la intolerancia: *La lucha contra los delitos de odio en Europa (Osce)*. Materiales Didácticos nº 5, 2010. De manera más desarrollada, sobre los diferentes modelos penales antidiscriminatorios y su intento de armonización a través de la Decisión Marco 2008/913/JAI, véase detenidamente RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿es la Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?”, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 331 y ss.

30 Al tiempo que recomienda a los Estados miembros que, además de revisar y depurar su normativa para evitar cualquier discriminación directa o indirecta basada en estos motivos, garantice que las medidas legislativas y de otra índole dirigidas a la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género se apliquen de manera efectiva y se proteja y atienda a las víctimas de esta discriminación con recursos efectivos.

En cambio, un tercer grupo de países optó por diseñar desde el inicio una legislación penal antidiscriminatoria que protegiera de una manera más amplia los grupos que consideraba tradicionalmente sometidos a discriminación. Este último es el caso de España. En efecto, en un proceso iniciado en 1983³¹, el legislador penal español ha ido incorporando al texto penal un conjunto de delitos dirigidos a la lucha contra la discriminación en ámbitos muy diversos, excediendo ampliamente las exigencias de tipificación adquiridas con la ratificación de la CERD: de la sanción inicial de la discriminación en el acceso a los servicios públicos³², se previó en 1995 el castigo de la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia y la agravante de discriminación, incorporándose meses después al nuevo Código, los delitos de injurias colectivas, la discriminación laboral y en la prestación de servicios en el ámbito profesional y empresarial, así como el castigo de las asociaciones ilícitas dirigidas a promover o incitar la discriminación³³.

Asimismo, desde el inicio el legislador español optó por un catálogo amplio de causas de discriminación prohibidas en estos tipos penales: así, a las razones étnicas, de raza, religión y opinión política o sindical previstas a partir de 1981 se incorporan con el CP de 1995 la nación, ideología, creencias, sexo, situación familiar, enfermedad y minusvalía. La orientación sexual también fue incluida junto a estas últimas en la elaboración del Código de 1995 y en la configuración de sus tipos penales antidiscriminatorios.

Por todo ello, se puede afirmar que, en la actualidad, España cuenta con una de las legislaciones antidiscriminatorias más completas de Europa. No obstante, y como ahora se verá, seguramente también sea una de las menos aplicadas en relación con el número considerable de discriminaciones que se producen cotidianamente.

3.2. *El concepto de orientación sexual y de identidad de género como causas de discriminación penal*

Como se acaba de señalar, no es hasta 1995 cuando se introduce en el Código penal la orientación sexual como causa típica prohibida³⁴. Sin embargo, la falta de referencia entre las causas de discriminación al género o a la identidad sexual, ha llevado a la doctrina penal a interpretar de una manera muy amplia el significado de la orientación sexual, entendiéndolo que este término engloba las condiciones de homosexualidad, bisexualidad y transexualidad³⁵.

Sin embargo, estamos ante formas de discriminación diferentes en tanto las discriminaciones sufridas por el colectivo LGTB esconden una doble naturaleza. Por un lado, las discriminaciones contra las lesbianas, gays y bisexuales responden a una persecución por su orientación afectivo-sexual, mientras que las discriminaciones contra los transexuales tienen su fundamento en el rechazo a su identidad de género. Por tanto, mientras que las primeras responden a una determinada imagen de familia y de la sexualidad, donde el paradigma que se predica es el de las relaciones entre heterosexuales, y suponen, por tanto un ataque contra el derecho a la opción sexual del individuo, la discriminación contra los transexuales tienen su causa en el prejuicio por el proceso de cambio de un sexo a otro. Ambas son, en todo caso, un ataque directo al desarrollo de la libre personalidad reconocido en el art. 10 de la CE y al derecho a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen protegido por su art. 18.

Quince años después de su previsión, en 2010³⁶, el legislador penal repara en que realmente estamos ante dos fenómenos distintos e introduce como causa típica discriminatoria, añadida a la orientación sexual, la identidad sexual. Sin embargo, y de manera sorprendentemente incongruente, no procede a la inclusión de la identidad sexual en todos los artículos

31 Con el precedente de la introducción en el CP de 1973 por la Ley 23/1976, de 19 de julio, del delito de asociaciones ilícitas que "promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica" (art. 172.4), precepto que queda sin contenido en la reforma de 1980.

32 Incluido en los artículos 165 y 181 bis CP 1973 por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal.

33 A su vez el CP es reformado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que introduce en el delito de tortura la previsión de la tortura discriminatoria y que reforma la penalidad del delito de discriminación laboral.

34 Hasta entonces, la falta de previsión de la orientación sexual como causa típica trató de ser solventada por la doctrina a través de una interpretación excesivamente amplia de la causa discriminatoria referida al sexo. RODRÍGUEZ RAMOS, L. afirmaba que podrían sancionarse penalmente, conforme al art. 165 ACP, las discriminaciones realizadas contra travestidos u homosexuales. "Discriminación punible". *Comentarios a la legislación penal "La reforma del CP"*. Tomo V. volumen 2, Edersa, 1983, p. 637.

35 RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit., p. 523.

36 Por L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal.

que se refieren a la discriminación, sino solamente en la agravante genérica (art. 22.4), olvidándose de todos los tipos penales donde queda únicamente la previsión de la orientación sexual³⁷. Olvido que fuerza, nuevamente, a una interpretación amplia y distorsionada de la orientación sexual para poder acoger las discriminaciones producidas contra los transexuales.

En cualquier caso, esta causa de discriminación debe entenderse referida a una serie de colectivos que son objeto de rechazo y prejuicio histórico por parte de ciertos sectores de la sociedad —como es el caso de la homosexualidad, bisexualidad y transexualidad—, lo que en una necesaria lectura unidireccional de las causas de discriminación dejaría fuera de protección de estos delitos tanto a las manifestaciones heterosexuales como a las prácticas aisladas o reiteradas de contenido sexual pero no relacionadas con la tendencia sexual —como las homosexuales esporádicas— ya desviaciones de naturaleza sexual —como la pederastia, el bestialismo, ...—³⁸. Una lectura diferente abriría sobremanera la posibilidad de aplicación de esta causa, desvirtuando el significado del mandato de no discriminación contemplado en el art. 14.2 CE.

3.3. La agravante de discriminación

A través de la reforma urgente del CP de 1944 realizada por la LO 4/1995, de 11 de mayo, el legislador introduce por vez primera en nuestro Ordenamiento penal la agravante de racismo y xenofobia (art. 10.15)³⁹, eso sí, circunscrita subjetivamente a la motivación racista, antisemita o referente al origen étnico, nacional, o ideología, religión o creencias de la víctima. Meses después, con la entrada en vigor del CP de 1995, el legislador extendió su ámbito de aplicación en una doble vertiente. En primer lugar, en cuanto a las causas de discriminación, homogeneizándolas casi completamente respecto a los delitos de discriminación contemplados en el Código. Así, se refiere a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. A ella se incorpora tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, la identidad sexual. En segundo lugar, frente a la opción seguida en la reforma urgente de 1995 de restringir el ámbito de aplicación de la agravante a un grupo concreto de tipos delictivos, en concreto, a los delitos contra las personas o el patrimonio, el CP de 1995 opta por no limitar *a priori* su proyección, pudiendo teóricamente aplicarse a todas las conductas delictivas recogidas en el Código⁴⁰.

37 Incongruencia del legislador en la determinación de las causas de discriminación previstas que cuenta con sus precedentes. Así durante unos meses, en el ACP los tipos penales que sancionaban la discriminación en los servicios públicos preveían un amplio número de causas de discriminación prohibidas mientras que los tipos penales introducidos por la LO 4/1995, se referían únicamente a la discriminación racial, étnica, nacional, religiosa, ideológica o por las creencias del individuo. También el CP de 1995 mantiene una redacción incoherente al referirse en algunos tipos penales al origen nacional y en otros a la nación, conceptos en apariencia similares, pero con un contenido diverso.

38 La doctrina, en este sentido, tiene posiciones encontradas. Así autores como LAURENZO COPELLO, P., entienden que bajo esta causa se encuentran todas las formas posibles de enfrentarse a la sexualidad, desde el celibato hasta la promiscuidad sexual. "La discriminación en el Código penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, p. 247. Igualmente BERNAL DEL CASTILLO, J., considera que pueden incluirse tanto aspectos relativos a la opinión sobre temas sexuales como las prácticas aisladas o reiteradas de contenido sexual. *La discriminación en el Derecho penal*. Comares, Granada, 1998, pp. 44 y ss. Otros, como PUENTE SEGURA, L., afirma en cambio que el legislador sólo ha querido referirse a la opción sexual, y con ello, a los supuestos de heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997, p. 512. Por su parte, GARCÍA ÁLVAREZ, P., entiende que la inclusión de cualquiera de estas situaciones bajo esta causa de discriminación deberá ser resuelta tras el análisis en cada caso de la efectiva situación deficitaria en la que queda la persona, entendiendo que será más fácil en casos de prostitución que, por ejemplo, en la promiscuidad o en el adulterio. *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 73.

39 Como el propio legislador justificó en la Exposición de Motivos de esta Ley, la reforma operada por esta Ley, que introdujo además el delito de provocación o incitación a la discriminación por el origen racial, étnico o nacional, la ideología, religión o creencias (art. 165 ter) y la apología del delito de genocidio (art. 137 bis b), respondía a "la proliferación de violencia racista y antisemita", a "la reaparición en la guerra que asola la antigua Yugoslavia de prácticas genocidas" y al cumplimiento de las obligaciones de carácter internacional asumidas por España en materia de la lucha contra la discriminación y el genocidio.

40 Si bien, como acertadamente ha señalado la doctrina, el contenido de desprecio propio de la conducta discriminatoria debe verse reflejado en la elección de las víctimas y poder ser proyectado por el delito en concreto. No tendría sentido, como señala LAURENZO COPELLO, P., que se aplicase, por ejemplo, a quien estafa a inmigrantes por ser víctimas más fáciles pero sí a quién lo hace como forma de demostrar su superioridad frente a quienes considera inferiores. "La discriminación en el CP de 1995", ob. cit., pp. 273 y ss. Tampoco cuando exista una desconexión evidente entre la motivación del sujeto y la infracción realizada, como por ejemplo y *a priori* en el robo con

Sin duda, el aspecto más discutido de la agravante es su naturaleza y, con ello, el fundamento de su agravación. Al igual que ocurre con las causas de discriminación en los tipos penales que se analizarán a continuación, son tres las lecturas posibles.

La primera consistiría en una lectura eminentemente subjetiva de la agravante, facilitada por la introducción del concepto “motivo” en su redacción, y que reflejaría una actitud reprochable del sujeto activo y, por tanto, una mayor culpabilidad⁴¹. A través del requerimiento de una determinada motivación, el legislador incorporaría el contenido del prejuicio inherente a toda conducta discriminatoria en la conducta individual del sujeto activo, que debe ser movido por aquélla. Sin embargo, esta concepción debe ser descartada en tanto, al inculpar un determinado sentimiento que guía internamente la conducta del sujeto, nos alejamos de la afección al bien jurídico, obviando el mayor desvalor causado por aquélla, al tiempo que peligrosamente nos acercamos hacia la inculparación de meras actitudes y,

con ello, a un evidente y rechazable Derecho penal de autor⁴².

Frente a esta primera postura, sería posible realizar una lectura eminentemente objetiva de la agravante donde la lectura “motivo” debería hacerse como “contra” los sujetos que pertenezcan a alguno de los colectivos tutelados. Se identificaría así la naturaleza de la agravante con la existencia de un mayor desvalor de resultado, adicional al de la conducta delictiva agravada, en tanto supondría además un acto que vulneraría el derecho a no ser discriminado del sujeto pasivo. Bastaría para su aplicación que el sujeto conociera la pertenencia de este último a uno de los grupos tradicionalmente sometidos a discriminación, sin necesidad de probar motivación específica alguna.

Frente a ambas posturas, y al contrario de lo a mi juicio debe ser la lectura estrictamente objetiva de las causas de discriminación en los tipos de denegación de prestaciones, en la discriminación laboral y en la provocación a la discriminación⁴³, considero que la

fuerza en las cosas. Obviamente no será aplicable a ninguno de los delitos de discriminación recogidos en el CP ni a los delitos y faltas imprudentes. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 70 y 71. Sí que en cambio existen posturas a favor de su aplicación en los delitos contra la libertad sexual y contra el honor, siempre que se confirme esa finalidad de humillación a la víctima por razón de alguna de las circunstancias enumeradas. RENART GARCÍA, F., “La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4 del CP de 1995”. *La Ley*, nº 5626, 2002, p. 20. Un intento de acabar con el peligro de una utilización desmedida de la misma que desnaturalice su sentido, circunscribiéndola a determinados delitos —en concreto, vida, integridad, libertad, libertad sexual, intimidad, inviolabilidad del domicilio, honor y patrimonio—, en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*. 1997. Disponible en <http://www.gepc.es/docs/gepc4.pdf>, pp. 33.

41 Parte de la doctrina atribuye a la agravante de discriminación una naturaleza de carácter subjetivo, refiriendo la agravación de penalidad a la mayor culpabilidad del sujeto que actúa bajo este tipo de motivación. Es el caso de CUERDA ARNAU, M.L. quien señala como fundamento de la agravante el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar, reflejando así un mayor desvalor de ánimo del acto correspondiente. *Comentarios al Código penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 240. Igualmente, CEREZO MIR, J. quien señala que “tiene su fundamento en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito”, *Curso de Derecho penal español. Parte General III*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 161. También la vinculan con la motivación BUSTOS RAMÍREZ, J.J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. para quienes es un reflejo de “los más bajos y primitivos instintos de desprecio al ser humano y a los derechos fundamentales de la persona”. *Lecciones de Derecho penal, vol. II*, Trotta, Madrid, 1999, p. 410. La atribuyen igualmente al ámbito de la culpabilidad, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ediciones Experiencia, 2010, p. 414; o RUIZ VADILLO, E.: *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir), Trivium, Madrid, 1997, p. 858.

42 Por todos, vid. las críticas a esta configuración eminentemente subjetiva en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo LVII, MMIV, 2006, p. 152 y ABEL SOUTO, M., “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, *Revista Penal*, nº 25, 2010, p. 9.

43 Tipos penales en los que a mi juicio las causas de discriminación operan como elementos objetivos del tipo que seleccionan los grupos sociales dignos de protección penal. Su interpretación, en orden a respetar el sentido de la tutela antidiscriminatoria y a no convertir los tipos penales en una suerte de tutela genérica del derecho a la igualdad, debe someterse a dos parámetros: la lectura unilateral y restrictiva de las causas de discriminación, en tanto protegerán únicamente a los grupos con determinados caracteres personales y sociales, alcanzando la tutela sólo a los colectivos a los que la presencia de tales elementos los sitúa en una situación de partida desventajosa; y la proyección sobre ámbitos de actuación concretos, el laboral, con la delimitación de la conducta a partir de la regulación laboral, la prestación de servicios o los requerimientos delimitadores provenientes del artículo 18 para el art. 510. Ambas restricciones ayudan a solventar los posibles problemas de extensión injustificada del tipo penal. Tres son en mi opinión las consecuencias de la configuración objetiva de la conducta discriminatoria en estos tipos penales. Permite, en primer lugar, sancionar las discriminaciones dolosas sin requerir la prueba de un especial ánimo, lo que aleja estos tipos penales del derecho penal de autor. Posibilita, en segundo lugar, la apreciación de dolo eventual

actual redacción de la agravante de discriminación y su conformación en sí como circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad avocan a una interpretación objetivo-subjetiva de la misma que incorpore la referencia al bien jurídico o resultado lesivo de la discriminación y la motivación del autor⁴⁴. De esta manera, es posible vincular la naturaleza de la agravante al injusto, ante la presencia de un mayor desvalor de resultado⁴⁵. Respecto a la primera cuestión, y frente a la lectura subjetiva, se prevé de este modo la afección intrínseca al derecho a no ser discriminado no sólo en la conducta individual del sujeto sino también en los grupos objeto de protección a través de la enumeración de las causas discriminatorias. En cuanto a lo segundo, y frente a lo que conduciría una interpretación eminentemente objetiva, no bastaría con que el sujeto activo conociera la pertenencia del mismo a uno de los grupos específicamente tutelados para aplicar la agravante sino que deberá probarse además la voluntad discriminatoria que guía su conducta. Las causas de discriminación se convierten de esta manera en el motivo por el que el sujeto actúa denegando una prestación a la que la víctima tiene derecho. Motivación que debe manifestarse externamente en un acto de discriminación. Esa motivación, anudada a la idea de discriminación, exterioriza la consideración peyorativa de la víctima o del colectivo de referencia por parte del sujeto y que se convierte en el móvil que mueve la conducta del autor.

Así quedarían sin sanción las conductas en las que no pueda probarse que el autor conocía la pertenencia del sujeto pasivo a uno de los grupos especialmente tutelados así como cuando no pueda probarse la voluntad discriminatoria del mismo.

En cambio, creo que una lectura estrictamente objetiva de la agravante no sería posible sin extender injustificada e ilimitadamente la tutela penal. En efecto, mientras que en los delitos de discriminación existe una previa selección de los ámbitos de intervención en los que se entiende que determinados colectivos son objeto de discriminación (público prestacional de servicios, laboral y privado en tanto exista un derecho previo a la prestación), el ámbito genérico de tipos penales de naturaleza heterogénea sobre los que se proyecta la aplicación posible de la agravante dificulta de manera extrema una lectura objetiva de las causas de discriminación, que obvie además la referencia expresa a los motivos, sin violentar no sólo principios penales como la legalidad o la intervención mínima, sino incluso el sentido mismo de la tutela antidiscriminatoria. Si en una sociedad determinada no existe un peligro de riesgo existencial contra, por ejemplo, las personas homosexuales, la aplicación automática de la agravante de discriminación en los delitos de homicidio o asesinato con conocimiento de esta circunstancia pero sin existencia de motivación discriminatoria, sobrepasa sobremanera el sentido de la naturaleza de la tutela

y no sólo de dolo directo, cuando el sujeto activo se represente como probable la pertenencia del sujeto pasivo a alguno de los colectivos específicamente tutelados. Y, por último, impide sin dudas el castigo en los supuestos de error sobre las causas de discriminación en los que exista una suposición errónea de la presencia de los caracteres diferenciales en el sujeto al que se le deniega la prestación. Se trataría de una tentativa inidónea que, por la inexistencia de desvalor de resultado, deberá quedar sin sanción penal por su incapacidad para lesionar el bien jurídico tutelado. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit. pp. 554 y ss.

44 También defendida por otro sector doctrinal respecto a la fundamentación de la agravante de discriminación. En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, J. para quien aunque el elemento subjetivo, referido a la motivación, es el predominante, y el que determina la conexión de la agravante con la culpabilidad, se produce también una afección real del derecho a la no discriminación. Concretamente habla este autor de una "actitud «subjetiva objetivada», *La discriminación en el derecho penal*, ob. cit., pp. 62 y ss. También se refiere a una naturaleza mixta, objetivo-subjetiva, ALONSO ÁLAMO, M., para quien la referencia a la discriminación "proporciona el sustrato objetivo que delimita o enmarca el ámbito de una agravante fundada prioritariamente en los motivos". "La circunstancia agravante de discriminación". *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 539. Vid. también la propuesta realizada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL respecto a la agravante del 22.4, solicitando la desaparición de la referencia a los motivos —y su sustitución por la expresión "por razón de"—, para abandonar una interpretación puramente subjetiva, que es la que propicia la actual redacción, y poder objetivar la agravante vinculándola al hecho delictivo y a las características de la víctima. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, ob. cit., p. 33.

45 Sin embargo, la expresa referencia a los motivos no ha impedido los intentos de la doctrina por tratar de objetivar también la agravante de discriminación, fundamentándola en el plano del injusto. Vid. la propuesta a este respecto de LAURENZO COPELLO, P. a partir del desvalor adicional de resultado producido por la afectación del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro, priorizándolo sobre la existencia del móvil discriminador. "La discriminación en el Código penal de 1995", ob. cit., pp. 281 y ss. También mantiene que supone un mayor injusto, como todas las agravantes, MIR PUIG, S. para quien añade al injusto del delito correspondiente la negación del principio de igualdad; posición derivada de su concepción sobre la imputación personal, donde toda la fundamentación del hecho corresponde al injusto penal, con lo que todas las circunstancias agravantes deben aumentar el injusto. *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., p. 617. Vid. igualmente GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., p. 287.

antidiscriminatoria al no poder evidenciar la voluntad de discriminación bien en la conducta individual del sujeto, bien a través de la labor de selección del legislador de los grupos objeto de peligro en ese ámbito de intervención concreto.

Por último, hay que señalar que ese requerimiento de la existencia de una motivación discriminatoria se ve recogido claramente en la jurisprudencia que considera, en la valoración de la aplicación de la agravante, que debe inferirse su existencia de expresiones previas, coetáneas o posteriores a la conducta y que reflejen la voluntad discriminatoria del sujeto activo, normalmente acompañada de una determinada estética, pues la práctica totalidad de los casos en los que se ha aplicado hasta el momento es por ataques racistas, xenófobos y por motivación ideológica⁴⁶, aunque existe algún pronunciamiento sobre ataques por razón de la homosexualidad de las víctimas⁴⁷.

3.4. Los delitos de discriminación en el CP español.

Los delitos de discriminación recogidos en nuestro Código pueden sistematizarse alrededor de tres grandes grupos: los tipos penales que castigan las conductas de naturaleza provocadora e injuriosa; los delitos de discriminación en sentido estricto y los delitos que protegen de manera indirecta este derecho⁴⁸.

Así, mientras los primeros dirigen su tutela a la dimensión colectiva del bien jurídico derecho a no ser discriminado, o lo que es lo mismo, pretenden evitar que comportamientos de carácter provocador o injurioso contra determinados grupos consoliden la situación de discriminación en la que éstos ya se encuentran socialmente, los delitos de discriminación en sentido estricto castigan la conducta discriminatoria individual una vez que ésta tiene lugar, ya en el ámbito público, ya en el privado o en el laboral. Junto a ellos, hay un tercer grupo de delitos que, aunque se dirigen a la tutela de otros bienes jurídicos prioritariamente, también protegen de manera indirecta el derecho a no ser discriminado.

Por último, y en tanto existe alguna resolución judicial interesante en este sentido, me referiré expresa-

mente al castigo de la discriminación producida en el ámbito de la actuación de la Administración, fuera de la actividad prestacional de servicios públicos.

3.4.1. Los comportamientos provocadores a la discriminación, al odio y a la violencia.

A través de los delitos de provocación a la discriminación, injurias colectivas y asociación ilícita con fines discriminatorios, el legislador pretende la sanción de una serie de conductas que no constituyen una discriminación en sí, sino la puesta en peligro del bien jurídico en tanto la situación de inferioridad en la que se encuentra un determinado colectivo a nivel social, pueda verse condicionada o perpetuada en el tiempo a partir del comportamiento del sujeto activo. Se castigan conductas que constituyen la antesala de la discriminación, protegiéndose directamente al colectivo y, de manera indirecta, a cada uno de los miembros que lo componen. Con ello el legislador cumplimenta las obligaciones internacionales que instan a la sanción de estos comportamientos, denominados como delitos de odio, tanto a nivel internacional como europeo, si bien estos instrumentos normativos se refieren como ya vimos a las conductas racistas y xenófobas.

La primera de estas conductas se contempla en el artículo 510.1 CP, que castiga con una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por, entre otros motivos, la orientación sexual. A través de este tipo penal, se busca evitar la creación o afianzamiento de un clima favorable a la adopción de medidas de odio o de naturaleza violenta o discriminatoria contra determinados colectivos. Aunque el tipo penal se refiera a grupos o asociaciones, no queda sin protección el individuo sobre el que se esas manifestaciones se profieren siempre que se dirijan contra él por su pertenencia a uno de esos grupos, tutelando de esa manera de forma secundaria la dimensión individual del derecho a no ser discriminado.

46 Vid. SSTs de 12 de julio de 2001, 24 de abril de 2002, 13 de marzo de 2003, de 22 de abril de 2010, 14 de mayo de 2010, de 11 de julio de 2011.

47 Así, la SAP de Barcelona, sección 10ª, de 13 de marzo de 2000, que condena a varios sujetos por un delito de lesiones a una persona por ser homosexual, afirmando que una actuación así "se trata de un ataque frontal a la igualdad y dignidad personales como bienes constitucionales, en el supuesto de autos revelador de absoluto desprecio a la libre determinación sexual de una persona (...)", resolución confirmada por el TS en su sentencia de 17 de julio de 2002.

48 Más detenidamente sobre el sentido de esta clasificación, RODRÍGUEZ YAGÜE, C. "Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código penal español". *Dos Mil-Tres Mil* nº 11, 2007, pp. 73 y ss.

No obstante, la tipificación de estas conductas no está exenta de problemas. En particular, la configuración de este delito en la frontera entre los delitos de peligro abstracto y el daño acumulativo, en el que se responsabiliza al autor de una conducta individual de carácter provocador de la situación de peligro en la que se encuentra un determinado colectivo por sus señas identitarias, y el hecho de que se castiguen formas de provocación a conductas de difícil concreción, como el odio, o incluso no siempre delictivas, como la discriminación, ha hecho que la doctrina se muestre cuanto menos cautelosa en la aplicación de este delito, bien exigiendo condiciones excepcionales para su aplicación⁴⁹; bien vinculando esta figura a los requisitos establecidos para la provocación por el artículo 18: la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación

directa⁵⁰; exigiendo que sólo pueda ser aplicado cuando se provoque a conductas que sean delictivas según el CP⁵¹ o, por último y respecto a la provocación al odio, requiriendo la existencia de un plus de agresividad que se torna en peligroso para la generación de conductas violentas para el colectivo objeto de protección⁵². La frontera en este caso con el castigo a través del artículo 18 sería la posibilidad o no de individualizar el delito y la víctima del mismo; si es posible, se castigaría como provocación; si no, por dirigirse contra un colectivo individualizable por sus rasgos identitarios que le hacen ser especialmente vulnerable, sería de aplicación el art. 510.1⁵³.

El artículo 510.2 recoge el tipo penal de las injurias colectivas de naturaleza discriminatoria, previendo la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce

49 Así LANDA GOROSTIZA, J., que exige que para la aplicación del artículo 510 (y del 607.2), si no su desaparición, de *lege lata* que sean utilizados únicamente cuando exista un determinado clima social, interpretado como la antesala del holocausto, en el que se dé una situación de riesgo real para la seguridad existencial de un determinado colectivo que debe encontrarse, en todo caso, en una situación especialmente vulnerable. *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999, pp. 335 y ss.

50 LAURENZO COPELLO, P., "La discriminación en el Código penal de 1995", ob. cit., pp. 256 y ss. También PORTILLA CONTRERAS, G., "Delitos relativos a la discriminación", *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 252 o GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., pp. 247 y ss. Incorporando estas limitaciones, por ejemplo, la SJP nº 2 de Huelva de 14 de abril de 2008, que juzgaba una serie de altercados contra el colectivo gitano cometidos por los propios acusados y, por tanto, no susceptibles de ser calificados como provocación a otras personas. Eso sí, aplica la agravante de discriminación al delito de desórdenes públicos.

51 BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, ob. cit., p. 79. En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *Ibidem*, p. 246. Por otro lado, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propugnaba la desaparición de este tipo penal, aunque una minoría cualificada proponía otra redacción que previese únicamente el castigo de la conducta consistente en "provocar a la violencia contra individuos, grupos o asociaciones" por alguna de las causas de discriminación tasadas en el CP. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*, ob., cit., pp. 33 y ss. Por contra, el TS, en su sentencia de 12 de abril de 2011, para la aplicación del 510.1 si bien requiere que se cumplan los requisitos del artículo 18, exceptúa el hecho de que a lo que se provoque sea un delito, al haberse introducido la referencia al odio, que es un sentimiento o emoción no delictiva, exigiendo que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados y de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los sujetos referidos en este tipo penal.

52 Esta necesidad de restricción ha sido asumida por los tribunales en relación a la provocación al odio al requerir que se trate de comportamientos que "incentiven actitudes de auténtica hostilidad", con una carga importante de agresividad en el discurso incompatible con la libertad de opinión y expresión, "de tal forma que la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituya "la antesala de la violencia", exigiendo un peligro real y próximo de generación de hechos violentos. SAP Barcelona de 26 de abril de 2010. Más tarde el TS, en su sentencia de 12 de abril de 2011, también requiere la existencia de un peligro real para el bien jurídico tutelado. Al referirse conjuntamente a la aplicación de los delitos de difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio del art. 607.2 y del 510.1, requiere no sólo la existencia de publicidad y acceso de terceros al mensaje y su carácter intenso, sino también que por las características de su contenido y difusión puedan no sólo mover los sentimientos sino igualmente a la conducta en una dirección peligrosa para los bienes jurídicos, señalando que mientras este último recoge una incitación directa, aquél constituye una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio o de creación de un clima de hostilidad. Por el contrario, el Juzgado de lo Penal nº 2 en sentencia de 11 de noviembre de 2011, condena por la distribución de panfletos propagandísticos durante la campaña política con frases que entienden tendentes a provocar el odio hacia los musulmanes afirmando que se trata de un delito de peligro abstracto y, a pesar de la dificultad de determinar la capacidad real de influencia *a posteriori* de ese mensaje en sus receptores, señala que es indiferente que el contenido de los mismos hayan tenido una real y efectiva influencia para la consumación del tipo.

53 Muy crítico respecto a los intentos de restricción de este tipo penal por parte de la doctrina, y asumidos por la jurisprudencia (en especial, con las SSAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 y de 26 de abril de 2010 y por el Auto del TSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2011), AGUILAR, M.A., quien entiende que se desnaturaliza su espíritu y conllevan a su inaplicación en la práctica. "La reforma del art. 510 del Código penal". *La Ley* nº 86, 2011, pp. 5 y ss.

meses para los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a, entre otras cuestiones, su orientación sexual. Este tipo penal, que no es sino un tipo cualificado de las injurias por su carácter discriminatorio⁵⁴, incorpora frente a los delitos contra el honor la proyección de su contenido sobre el colectivo objeto de discriminación pues la profusión de manifestaciones o expresiones injuriosas, de manera continuada, pueden contribuir, si no crear por sí sola, a la consolidación de estereotipos que legitimen el trato de inferioridad y hostilidad al que se someten a determinados colectivos. La conducta de naturaleza injuriosa debe referirse, por tanto, contra el grupo no individualizable pero con unas notas características comunes identificadas como causas objeto de discriminación⁵⁵. En cambio, si es un individuo el objeto de la misma o un grupo de personas determinadas, serán de aplicación los delitos contra el honor del artículo 208 y ss.⁵⁶

El tipo penal es más restrictivo que el delito de injurias del artículo 208, al referirse únicamente a la difusión de informaciones injuriosas y excluir, por tanto, los juicios de valor de contenido injurioso⁵⁷. Sin embargo, su extensión se amplía al no precisar si la injuria debe ser o no grave, por lo que cabría teóricamente incluso la posibilidad de apreciarla en supuestos que, de ser aplicados los delitos contra el honor, serían meramente constitutivos de falta⁵⁸.

En todo caso, la conducta debe producir un menoscabo al honor de estos grupos y asociaciones al referirse a informaciones falsas que dañan la dignidad colectiva de sus miembros. Junto a ello, deberá ser probado que el sujeto activo ha actuado con temerario desprecio hacia la verdad o bien con conocimiento de su falsedad.

Común a ambos delitos es el conflicto que puede plantear la incriminación de estas conductas con la libertad de expresión del artículo 20 CE, conflicto éste que ha suscitado un importante cuestionamiento de este tipo penal por parte de la doctrina⁵⁹. La frontera es difusa de perfilar en la práctica. Si bien el TC en su sentencia 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) afirmaba que las manifestaciones de corte xenófobo y racista constituyen una grave lesión al derecho al honor, a la dignidad humana y a la igualdad, por lo que nunca van a poderse amparar bajo la libertad de expresión⁶⁰, menos aún en el caso en el que esas expresiones poseen un “efecto explosivo” mediante la utilización de “un lenguaje del odio”, que incita directa o subliminalmente a la violencia a través de la vejación, en su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, en la que declara inconstitucional la conducta de negación del genocidio del art. 607.2, el TC entiende que la simple difusión y transmisión de ideas se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica (art. 20.1 b) y de conciencia (art. 16). El límite, continúa, lo marcarán las “mani-

54 De ahí que el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propusiera su supresión y el castigo a través de los delitos contra el honor con la agravación del artículo 22.4. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*, ob. cit., pp. 35 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA VITORIA, A., “Los delitos de discriminación en el Código penal español”. *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Comares, Granada, 2002, p. 260.

55 En este sentido, la jurisprudencia del TC ha ayudado a clarificar la posibilidad de que los comportamientos atentatorios contra el honor dirigidos contra sujetos colectivos puedan trascender a sus miembros frente a las reticencias en la doctrina de considerar como sujetos pasivos de los delitos contra el honor a los sujetos colectivos. Fundamental es la STC 214/1991, de 11 de noviembre —Caso Violeta Friedman— que admite la violación del derecho al honor del pueblo judío concretado en la persona demandante —en su doble condición de ciudadana del pueblo judío y a su vez de descendiente de familiares asesinados en campos de concentración—. Concretamente, afirma el TC que “lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretamente identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”. También la STC 176/1995, de 11 de diciembre, referida igualmente a ataques contra el honor del pueblo judío, admite la titularidad del derecho al honor a los individuos como parte de grupos humanos sin personalidad jurídica pero “con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso”. Más detenidamente, LÓPEZ PELEGRÍN, C., *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 31 y 32.

56 En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., pp. 263 y ss.

57 CIVERA TORRES, E., “Artículo 510 del Código penal: Aspectos fundamentales”. *Revista de Ciencias penales*, volumen 3, nº 1 y 2, 2000, p. 90.

58 Aunque en alguna sentencia se agrava la conducta de falta con la circunstancia del 22.4, en concreto con la orientación ideológica. Así la SAP de Guipúzcoa de 25 de abril de 2005, confirmando la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Azepeitia de 27 de febrero de

festaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”.

Hasta el momento, los escasos pronunciamientos sobre la aplicación de este tipo penal en nuestros tribunales se han referido a supuestos de provocación a la discriminación racial y xenófoba⁶¹ y a la provocación a la violencia por razón de sexo⁶², aunque ha habido algún intento de iniciar procedimientos contra manifestaciones públicas de naturaleza homófoba. No obstante, los criterios restrictivos formulados por la doctrina y asumidos jurisprudencialmente, hacen difícil que estas denuncias prosperen, pues deberá acreditarse la existencia de una incitación directa, con publicidad, y ocasionando un peligro real y concreto de producir hechos violentos o discriminadores contra el colectivo hacia el que se dirige⁶³. Sorprendentemente, y hasta el momento, en los pronunciamientos jurisprudenciales analizados las declaraciones de carácter injurioso contra determinados grupos, que se entiende que no cumplen estos requisitos del artículo 510.1, se interpretan como cubiertos por el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento y, en ningún caso, se plantean la posibilidad de su castigo por la vía del 510.2.

Por último, y con la misma finalidad de evitar comportamientos de promoción a la discriminación realizadas desde el seno de una asociación, el legislador ha optado por castigar expresamente dentro del delito de asociaciones ilícitas punibles las que promuevan a la discriminación, al odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de, entre otras, su orientación sexual, o inciten a ello⁶⁴. La pena será de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial si se trata de los fundadores, directores y presidentes de la asociación, y de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses si se trata de miembros activos.

Tampoco está exento de críticas este precepto. Por un lado, se le ha tachado de superfluo, al estar ya castigadas en el punto 1 del artículo 515 las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o que, después de constituidas, promuevan su comisión. Realmente su extensión es mayor, pues no se incita o promueve únicamente a comportamientos delictivos, no todas las formas de discriminación lo son, y más en el caso de un concepto tan difuso como el odio. Esta amplitud excesiva de la intervención penal se refuerza con el castigo no sólo de las actividades de incitación

2004, condenando a dos personas que durante la jornada electoral de las elecciones municipales de 2003, menospreciaron a una interventora de un partido político por el posicionamiento de éste frente a la política en el País Vasco.

59 Vid, entre otros, LANDA GOROSTIZA, J., “La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2 CP) y el «delito de provocación» (art. 510) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad»”. *AP* nº 36, 1998, p. 714; LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, ob. cit., p. 265 o el ya citado GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, ibidem, pp. 34 y ss.

60 “Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni de la expresión puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”.

61 Es el caso de las sentencias de la AP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 y de 26 de abril de 2010, ambas por el “Caso Librería Europa” o “Caso Varela”. Más detenidamente sobre las mismas, LANDA GOROSTIZA, J., “La llamada «mentira de Auschwitz»...”, ob. cit., pp. 689 y ss.; AGUILAR, M.A., “La reforma del art. 510 del CP”, ob. cit., pp. 53 y ss.; IÑIGO CORROZA, E., “Caso de la Librería Europa”. *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Sánchez-Ostiz, P. (coord.). La Ley, 2011, pp. 613 y ss. También en SJP nº 2 de Logroño de 2 de abril de 2004 por la distribución de pasquines con insultos de naturaleza xenófoba.

62 En el denominado “Caso del Imán de Fuengirola”, condenado en la SJP nº 3 de Barcelona de 12 de enero de 2004. Un análisis del mismo puede encontrarse en JERICÓ OJER, L.: “El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”. *Revista Penal* nº 18, 2006, pp. 153 y ss.

63 Así, en julio de 2012 se ha archivado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcalá de Henares la denuncia interpuesta en el mes de abril contra el Obispo de Alcalá de Henares por la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales interpuesta por haber pronunciado en su homilía el siguiente juicio respecto de los homosexuales, relacionando corrupción, prostitución y homosexualidad: “piensan desde niños que tienen atracción hacia personas de su mismo sexo y, a veces, para comprobarlo se corrompen y prostituyen o van a clubes de hombres nocturnos. Se encuentran en el infierno”, al entenderse que en este mensaje no se contiene una provocación al odio, a la violencia o a la discriminación contra los homosexuales.

64 Y que, como ha establecido el TS en numerosa jurisprudencia, en tanto asociación ilícita deberán concurrir los siguientes elementos: agrupación de personas para la consecución de un fin; cierta duración en el tiempo o estabilidad; que la unión esté presidida por una estructura jerárquica y disciplina; existencia de voluntad colectiva hacia uno de los fines recogidos en el 515.5 y que la estructura sea adecuada para la comisión de éstos (STS 27 de junio de 2007 o de 9 de julio de 2009, entre otras).

directa, sino también con las actuaciones de mera promoción, lo que requiere una necesaria interpretación restrictiva⁶⁵.

Al igual que el precepto anterior, este tipo penal ha sido aplicado hasta el momento exclusivamente a asociaciones que promueven la violencia y el odio racial y xenófobo⁶⁶.

3.4.2. Los delitos de discriminación en sentido estricto: La denegación de una prestación a la que se tiene derecho en los servicios públicos y en la actividad empresarial y profesional y la discriminación laboral

La sanción de la discriminación efectiva se recoge en los delitos de denegación de prestaciones y en el delito de discriminación laboral⁶⁷. Estos delitos, frente a los anteriores, castigan el acto concreto de la discriminación que sufre el individuo por su orientación sexual y que lesiona su derecho individual al disfrute, en igualdad de condiciones a las del resto de ciudadanos, de los derechos que les son garantizados en el ámbito de los servicios públicos, de las prestaciones privadas y de su vida laboral.

En cuanto a los primeros, el legislador ha optado por articular una sanción diferenciada cuando la discriminación se produce en el ámbito público, y en concreto, de prestación de un servicio público, a cuando se produce en el ámbito privado, dentro de una actividad profesional o empresarial⁶⁸.

El artículo 511 prevé una pena de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, además de la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años, para el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una pres-

tación a la que tiene derecho, entre otras, por razón de su orientación sexual. Igual pena se contempla si la discriminación se dirige contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón, entre otras, de la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una determinada orientación sexual. La pena se agrava a su mitad superior y la inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años si el sujeto activo es un funcionario público.

La discriminación en el ámbito privado se castiga en el artículo 512, que establece una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio de uno a cuatro años para el que, en ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales, deniegue una prestación a una persona que tenga derecho a ella por, entre otras razones, su orientación sexual.

La conducta típica en ambos delitos es la misma: supone la denegación de una prestación a la que el sujeto pasivo tiene derecho, debiéndose entender por denegar tanto su acepción negativa, no conceder lo que se pide o se solicita, como la concesión de la prestación de una manera diferenciada o en términos distintos a los señalados. Por prestación se entenderá una actividad de dación o prestacional de bienes o servicios que sea configurada de manera individualizable como un derecho subjetivo por parte de una norma o de un contrato.

La diferencia fundamental, y ello se aprecia consecuentemente en la penalidad atribuida a cada conducta por el legislador, es el ámbito, público o privado, sobre el que se proyecta la discriminación. Mientras que en el primero no existe margen alguno para la autonomía privada y ello permite la configuración de una sanción

65 Habiendo entendido la doctrina que el concepto de promoción es más amplio, en tanto mientras que la incitación requiere la existencia de un destinatario personal de la actuación, la promoción tiene un contenido de mayor amplitud. Ver los intentos de delimitación en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Asociaciones ilícitas. Discriminación racial" *Comentarios a la legislación penal*. Madrid, 1985, pp. 651 y ss. Tratando de limitar tal amplitud conceptual, LAURENZO COPELLO, P., requiere como límite ante lo que considera un abuso normativo la exigencia de la peligrosidad de la acción para el bien jurídico igualdad. "La discriminación en el Código penal de 1995", ob. cit., p. 271. También GARCÍA ÁLVAREZ, P., que entiende que sólo deberá ser aplicado cuando la conducta consista en una promoción o incitación a la discriminación delictiva o a la realización de violencias discriminatorias igualmente delictivas. *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., p. 274.

66 Así para la asociación "Blood and Honor", por ejemplo, STS en sentencia de 10 de mayo de 2011; y para la "banda Latinking", por ejemplo, SAP de Murcia de 31 de marzo de 2011 o SSTs 14 de julio de 2010 o 9 de julio de 2009.

67 Educación, trabajo y acceso a la vivienda son tres de los ámbitos en los que en mayor medida se producen discriminaciones contra miembros del colectivo LGTB por su orientación sexual o su identidad de género y así se reconoce en la Recomendación (2010)5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, que establece que los Estados miembros deben adoptar medidas legislativas para garantizar el acceso a estos derechos y prestaciones, sin discriminaciones basadas en estos motivos.

68 Un detallado análisis de estos dos tipos penales en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit; también en "La no discriminación como límite al derecho de admisión. La negativa de acceso a lugares abiertos al público". *Revista penal* nº 25, 2010, pp. 117 y ss.

mayor para el particular encargado del servicio o para el funcionario público, en el segundo el respeto a la autonomía privada y a la libertad de contratación hace que se limite la intervención penal a los supuestos en los que la prestación se encuentra previamente configurada como un derecho. En este último caso existe una previa restricción de la autonomía de la libertad por parte del legislador que, al configurar como un derecho subjetivo una prestación determinada, protege al usuario potencial en un sector concreto para garantizarle su acceso en igualdad de condiciones a la vida social y económica.

Por tanto, las notas caracterizadoras de la esfera pública a la que se refiere el artículo 511 serán la inexistencia de autonomía privada y la titularidad del servicio público en manos de la Administración, aunque éste sea prestado por particulares. Serán actividades prestaciones constitutivas de servicio público aquellas a las que se refiere el artículo 128.2 CE: transporte urbano por carretera, el suministro de agua y los servicios públicos municipales (como el autobús o la biblioteca). A ellos debe equipararse la sanidad y la enseñanza concertada dada la importante labor de la Administración sobre éstas en su autorización, inspección, fiscalización y financiación.

En cambio, el ámbito privado al que se refiere el 512 se caracteriza por la titularidad en manos privadas del servicio, que éste se encuentre configurado como derecho previamente y que se trate de una actividad de prestación realizada habitualmente. Entrarían dentro de este tipo las discriminaciones producidas en actividades fuertemente intervenidas como los servicios públicos liberalizados (telefonía, energía eléctrica o el gas), los denominados servicios públicos virtuales o impropios (taxis, farmacias), la enseñanza y sanidad privadas (no en los procesos de admisión, pero sí en los derechos reconocidos una vez que se es admitido), la asistencia jurídica gratuita, el acceso a establecimientos abiertos al público o el alojamiento en hoteles o pensiones. En cambio, estarían amparadas por la libertad de expresión las discriminaciones en sectores no intervenidos previamente: la asistencia jurídica de un abogado, el acceso a la sanidad y enseñanza priva-

da, las actividades comerciales, el acceso a una asociación o la prestación ocasional de prestaciones por parte de particulares.

Se puede plantear el problema de que quien sea objeto de discriminación en el acceso a una de estas prestaciones, en tanto usuario de ésta, no lo sea por su orientación sexual, sino como una forma de discriminar a un tercero; así sería en el caso de la negativa a matricularse en un colegio público o concertado a un niño porque sus padres son homosexuales. En estos casos en los que la conducta denegatoria se dirige contra uno de los miembros de la familia por la presencia en el resto de alguna de las causas de discriminación se deberá sancionar por la causa de discriminación “situación familiar” y no por “orientación sexual”, al no estar presente esta característica en la persona víctima de la discriminación y receptor de la prestación.

Estos actos de discriminación son los que mayor gravedad comportan, en tanto esconden un acto de exclusión social de una persona a la que se le impide, obstaculiza o condiciona su derecho de acceso a la participación social y económica únicamente debido a su orientación sexual o identidad de género, y por tanto, supone una negación de su dignidad. Pese a ello, la aplicación de estos tipos penales no deja de ser hasta el momento anecdótica, ya por desconocimiento y falta de sensibilización por parte de los jueces, ya por ciertas reticencias al recurso al Derecho penal en un ámbito que, de manera mal interpretada, se entiende amparado por la libertad de empresa. Mientras que el 511 no se ha aplicado hasta el momento desde su inclusión en el CP en 1983, existe alguna sentencia que condena por discriminación en el ámbito profesional o empresarial⁶⁹, pero no en supuestos de discriminación por orientación sexual o identidad de género.

También a través del delito de discriminación laboral se contempla la sanción de un acto individual de discriminación que, a pesar de que se proyecta en primer término contra la persona discriminada por su orientación sexual o identidad de género, repercute en segundo término en el colectivo objeto de discriminación sistemática. El artículo 314 prevé la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro

69 Como la STS de 29 de septiembre de 1998 al dueño de un establecimiento de compraventa de coches que se niega a venderle a una persona un automóvil por su raza o la SAP Alicante de 11 de junio de 1999 de la AP de Alicante en un caso de denegación de entrada a un pub por tratarse de dos ciudadanos de raza negra.

70 No deja de sorprender que sea el único delito de discriminación que pueda llegar a castigar una conducta grave de discriminación con la mera imposición de una pena de multa. Críticamente, TERRADILLOS BASOCO, J., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 5, 1998, p. 410. En contra de la alternatividad de la pena, pues se corre el riesgo de monetarizar el

meses⁷⁰ para quien produzca una grave discriminación en el empleo, público o privado, por, entre otros motivos, su orientación sexual, siempre que no restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Si bien el ámbito laboral es donde con mayor fuerza se exterioriza el conflicto entre la autonomía privada del empresario y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, y entre ellos, el derecho a no ser discriminado, la situación de mayor debilidad en la que se encuentra el trabajador frente al empresario y la trascendencia vital del acceso al trabajo en la sociedad actual obligan a la intervención del Estado, convirtiendo el contrato de trabajo en un contrato normado sometido a una exhaustiva relación legal y convenida de los aspectos de esa relación laboral⁷¹. Surge de esta manera el derecho laboral como mecanismo compensador y equilibrador de las posiciones iniciales entre ambas partes y tutelador de la parte más débil⁷². Y, junto a él, y en un segundo momento, la trascendencia del bien jurídico tutelado, la relevancia social del trabajo y esa situación de desigualdad fáctica entre las partes, legitiman el recurso al Derecho penal

del trabajo como forma de garantía de los derechos fundamentales y, entre ellos, de la no discriminación⁷³.

En aras no sólo al necesario respeto del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho penal, sino también a la existencia de mecanismos fundamentales para la lucha contra la discriminación en el proceso sancionador laboral como la inversión de la carga de la prueba⁷⁴, que no pueden ser trasladados al ámbito penal sin violentar sobremanera el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE, la intervención penal frente a la discriminación en el trabajo se construye de una manera subsidiaria a la establecida como principal en la legislación laboral⁷⁵.

Así, entre los derechos que se reconocen al trabajador en el Estatuto de los Trabajadores se encuentra en su art. 4.2 c) el derecho 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”⁷⁶. Si bien por reforma del Estatuto por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre se incorporó la

bien jurídico igualdad, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 429.

71 Así, la STC 31/1983, de 25 de enero. De hecho, la construcción jurisprudencial y laboral de la extensión de los derechos fundamentales a los particulares no sólo nace sino que se desarrolla en el ámbito de las Relaciones Laborales. Más desarrolladamente sobre el derecho a la no discriminación como límite a la autonomía privada y la justificación de la intervención penal en el ámbito público, privado (prestacional) y laboral, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit., pp. 178 y ss.

72 Como señala RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, el Derecho del trabajo ha sido un sector pionero en la consecución de la igualdad y en la lucha contra la discriminación porque “en el trabajo humano se encuentran directamente comprometidas las libertades y la dignidad de la persona, de forma que el trato desigual en el trabajo incide muy directamente sobre esa dignidad de la persona”. “Principio de igualdad y derecho del trabajo”. *El principio de igualdad en la CE*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, vol. II, 1991, pp. 1072 y 1073.

73 Junto a ello el carácter sutil y disuasorio de los ataques que se le infligen así como por la ineficacia de los controles y sanciones administrativas. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal del trabajo*. 2ª edición. Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 128 y 129. También partidaria de las medidas penales se había pronunciado en la doctrina laboralista PÉREZ DEL RÍO, M.T., señalando que es la propia persona del trabajador, como interés de relevancia primaria, el bien que trata de proteger con la sanción penal de los actos que constituyan una lesión del principio de igualdad en el ámbito laboral. El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo. Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, p. 64.

74 Así, el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), señala que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados en discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

75 Como señalan LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., el legislador del 95 pretendía con la configuración del 314 CP limitar la intervención del Derecho penal “a los casos más contumaces en los que haya resultado inútil la intervención administrativa”. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 156.

76 También el art. 4.2 e) se recoge el derecho “al respeto a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. Asimismo, el artículo 17 establece que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan

orientación sexual, no así ha ocurrido por el momento con la identidad de género, aunque la doctrina la entiende comprendida en aquélla⁷⁷, siendo la transexualidad uno de los factores vinculados directamente a la falta de empleo⁷⁸. Asimismo, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) tipifica como infracción muy grave en su artículo 8.12 “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”⁷⁹.

Por tanto, y en aras a la salvaguarda de su papel de última ratio, la sanción penal del artículo 314 se debe configurar a partir de la conducta objeto de infracción administrativa laboral. Y ello se manifiesta claramente en la construcción de la configuración de su tipo objetivo. En primer lugar, en cuanto a la conducta, “producir una grave discriminación”, optando el legislador por introducir un concepto amplio y que *a priori* podría calificarse de indeterminado como es el de discriminación⁸⁰ —frente a la correcta delimitación por la que opta en los artículos 511 y 512— pero cuya limitación se construye no sólo con su necesaria referencia únicamente a las discriminaciones jurídicas (y no meramente sociales)⁸¹ sino requiriendo la especial lesividad de la conducta para el bien jurídico, pues el tipo penal exige que se trate de discriminaciones graves⁸². Por tanto, sobre las conductas constitutivas de infracción administrativa según la LISOS, esto es discriminaciones directas o indirectas, que deben ser desfavorables en tanto se dirigen contra un sujeto determinado que es el que debe ser objeto de la misma⁸³, se aplicará el 314 en los casos en los que aquéllas puedan calificarse como graves a partir de su afección al derecho a la no discriminación, tanto en su incidencia sobre el individuo

discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornadas 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 y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y 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”.

77 ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 299.

78 Poniendo de manifiesto la discriminación a la que se ven sometidos los transexuales, particularmente en el ámbito laboral, LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. donde en muchos casos la marginalidad social a la que se ven sometidos les aboca a menudo a prácticas de prostitución, no ya sólo con anterioridad a la operación de sexo, sino después de que ésta tenga finalmente lugar. *La problemática jurídica de la transexualidad*. McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 352. En este sentido, la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 sobre discriminación de los transexuales, que cifraba entre un 60 a 80% el índice de desempleo de los transexuales en la fase de cambio de sexo. También MORALES ORTEGA, J.M.: “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”. *Relaciones laborales* nº 18, 1999, pp. 79 y ss.

79 Configurando también como infracción grave su art. 13 bis “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”. Para estas infracciones prevé el art. 40 una sanción de 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.

80 Y que en sentido amplio abarca cualquier diferencia de trato entendiendo por tal toda distinción, limitación, restricción, preterición —o no preferencia— o exclusión.

81 Partiendo siempre de una noción jurídica de discriminación, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T.: *Igualdad y discriminación, Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 168.

82 BAYLOS GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J.; *Derecho penal del trabajo*, ob. cit., p. 132.

83 En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P., quien deja fuera por su falta de contenido peyorativo la diferencia de trato que se lleve a cabo para reequilibrar situaciones discriminatorias preexistentes, en *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., pp. 103 y ss. También DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ob. cit., p. 438 y BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, ob. cit., p. 349.

concreto como, de manera secundaria, en el colectivo al que se refiere la causa de discriminación violentada⁸⁴ y siempre teniendo como referencia lo establecido en la regulación laboral⁸⁵. Eso sí, la discriminación, por acción u omisión, no se circunscribe sólo al inicio o al final de la vida laboral, esto es, a la contratación o al despido, sino también a todos los ámbitos de ésta, como pueden ser las retribuciones, la jornada o el resto de condiciones de trabajo⁸⁶. Y en cuanto al trabajo, no sólo se referirá el empleo privado sino también el público, bien mediante contrato laboral, bien administrativo, de la Administración⁸⁷.

A ello se deben sumar un segundo límite: el requerimiento de su persistencia. En efecto, para unos elemento objetivo del tipo, para otros simple condición objetiva de procedibilidad, el tipo penal exige que haya existido bien un requerimiento administrativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁸⁸, bien una san-

ción administrativa impuesta por la autoridad laboral o bien un requerimiento judicial o resolución judicial⁸⁹, límite que responde a esa necesidad de establecer la frontera con la infracción administrativa pero que restringe de tal manera el tipo penal que le ha llevado a su inaplicación en la práctica al tiempo que parece configurar este delito más como un tipo de desobediencia que como un delito de discriminación en sentido estricto⁹⁰, lo que lo convierte en un ejemplo más de Derecho penal simbólico⁹¹.

En efecto, se trata de un precepto penal que no está siendo aplicado⁹². Y por ello tampoco hasta el momento se ha producido ninguna sanción en el orden penal de discriminación por orientación sexual e identidad de género, siendo tampoco numerosos los pronunciamientos en el ámbito laboral en relación a esta causa de discriminación⁹³. Relevante es sin duda la ya citada STC 41/2006, de 13 de febrero, en la que por vez pri-

84 No obstante, la doctrina se ha mostrado crítica con el margen de discrecionalidad judicial al que aboca este concepto valorativo. Así, entre otros, NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 117.

85 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ob. cit., p. 440 o BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, ob. cit., p. 127. Otro criterio exigido por otro sector doctrinal para la delimitación de la gravedad es que la discriminación sea palmaria o gravemente lesiva, evaluándola a partir de la gravedad en el efecto que se produce sobre los derechos o expectativas de derechos el trabajador. PÉREZ MANZANO, M., "Delitos contra los derechos de los trabajadores", *Relaciones Laborales*, 1997, p. 35.

86 TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1995, p. 114. En el mismo sentido, NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 124, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., p. 108 o BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, ob. cit., p. 126. En contra, PÉREZ MANZANO, M., "Delitos contra los derechos de los trabajadores", ob. cit., p. 286.

87 Y que permite ampliar el tipo penal a los procesos de acceso a la función pública, siempre que haya habido previamente un requerimiento o sanción administrativa y, por tanto, se cumpla el requisito de la persistencia en el incumplimiento de la discriminación. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ob. cit., p. 125.

88 Entendiendo por tal el requerimiento previo al levantamiento de un acta originadora de un procedimiento sancionador que efectúe la Inspección laboral al infractor de la normativa en cuestión. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ob. cit., p. 470.

89 Que si bien no es exigido expresamente por el tipo, deviene de la referencia del tipo a la necesidad de que se reparen los daños económicos que se hayan derivado, daños económicos que para su determinación requerirán una previa declaración judicial. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ob. cit., pp. 119 y 120. También DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ibidem.*, p. 473.

90 PÉREZ MANZANO, M., "Delitos contra los derechos de los trabajadores", ob. cit., p. 285.

91 Por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación*, ob. cit., p. 119.

92 Véase en este sentido el análisis del mismo que realiza CORCOY BIDASOLO, M., "Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2003, pp. 100 y ss. Para esta autora su no aplicación deviene tanto de la propia configuración del concepto de discriminación y de los problemas de prueba, pues habrá que probar la falta de una justificación objetiva y razonable del tratamiento desigual, lo que el empresario puede eludir fácilmente justificando su actuación de diferentes maneras, al margen de la imposibilidad de trasladar la inversión de la carga de la prueba al orden penal, como de la configuración de sus elementos. Así, el previo requerimiento de sanción administrativa podría plantear un problema de *ne bis in idem*. Y la exigencia de la negativa a restablecer la situación de igualdad posibilita sólo la aplicación en casos de dolo directo de primer grado excluyendo el dolo eventual. Así la falta de contumacia es señalada en hechos sobre los que se pronuncian la SAP de Navarra de 28 de mayo de 1999, el Auto AP de Barcelona de 20 de diciembre de 1999 o la falta de contenido discriminatorio en la SAP Orense de 27 de septiembre de 2010, el Auto de la AP de Madrid de 7 de mayo de 2012 o de 17 de septiembre de 2010.

93 Ya con anterioridad a la previsión específica de la orientación sexual en el Estatuto de los Trabajadores como causa de discriminación proscrita —vid. PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, ob. cit., pp. 75 y ss—, ya con posterioridad a la misma —ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en derecho español*, ob. cit., pp. 299 y ss. Vid, entre ellos, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de 21 de febrero de 2005, de

mera el TC se pronuncia a favor de la inclusión de la orientación sexual como una de las causas de discriminación prohibidas por el segundo párrafo del art. 14 CE declarando nulo un despido basado en la orientación sexual del trabajador y sobre el que el empresario, con la obligación de la carga de la prueba, no consigue destruir los indicios presentados por aquél⁹⁴.

3.4.3. Delitos que tutelan de manera indirecta el derecho a no ser discriminado

Junto a los delitos de discriminación en sentido estricto (artículos 511, 512 y 314) y los delitos de discriminación contruidos sobre la idea de provocación (510, 515), el Código penal recoge un tercer grupo de delitos que si bien se dirigen de manera directa a tutelar otros bienes jurídicos diversos, proyectan secundariamente una suerte de protección indirecta al derecho a no ser discriminado. En el caso de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, esta protección indirecta vendría de la mano del delito de torturas, de revelación de secretos y de amenazas colectivas.

En la configuración del delito de torturas del artículo 174, el legislador introdujo en la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la discriminación como un elemento teleológico que guíe la conducta cometida por la autoridad o funcionario. Así si éste, por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, somete a una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de conocimiento, discernimiento o decisión o que atenten de otra manera su integridad moral, será castigado bien a pena de prisión de dos a seis años si el atentado es grave o de uno a tres años si no lo es, junto a la pena de inhabilitación absoluta de ocho a diez años.

La vida sexual, junto a otros datos como la ideología, religión, creencias, salud u origen racial, requieren de una protección especial frente a las actuaciones que pretendan su descubrimiento y su revelación. Y no sólo se debe a la mayor lesividad que tal conducta puede producir en el derecho a la intimidad sino, también, porque el conocimiento de tales circunstancias puede

provocar la realización de un comportamiento discriminatorio contra quien tiene una determinada característica o una determinada opción sexual o vital. Por ello el legislador configura como un tipo agravado de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando estas conductas se realicen sobre los datos señalados en el artículo 197.5.

Por último, y aunque no lo mencione expresamente, también podría entenderse la protección del colectivo LGTB o de un conjunto de sus miembros, incluyéndose dentro del término “colectivo social” en el delito de amenazas colectivas del artículo 170, que recoge un tipo agravado del delito de amenazas constitutivas de delito cuando éstas se dirigen a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuviera la gravedad necesaria para conseguirlo.

3.4.4. La discriminación en el ámbito de la Administración

Fuera de la esfera prestacional de servicios públicos, la actividad de la Administración puede ser un ámbito en el que se produzcan diversas formas de discriminación por, entre otros motivos, la orientación sexual y la identidad de género. Si bien estas conductas no podrían ser castigadas por los delitos de discriminación anteriormente señalados, sí lo serían a través de los delitos de prevaricación, agravados por la circunstancia del art. 22.4.

Así, en primer lugar, cuando la conducta de discriminación sea realizada por una autoridad o funcionario público, podrá estar cometiendo un delito de prevaricación administrativa (art. 404), que castiga a quien, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo, previendo una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años. Cuando esa resolución arbitraria suponga una negación o un trato injusto a las pretensiones legítimas de una persona y venga motivada por su orientación sexual o identidad de género, será de aplicación este tipo penal con la agravación genérica de discriminación prevista en el art. 22.4 CP.

la Sala de lo social sección 33 del STSJ Galicia, de 17 de julio de 2008 y de la Sala de lo social sección 6 del TSJ Madrid, de 2 de julio de 2010, todas ellas declarando nulos sendos despidos motivados por la orientación sexual del trabajador.

94 Concluyendo que “El recurrente en amparo aportó indicios de la relación del despido con su orientación homosexual, no habiendo logrado la empresa neutralizar tales principios de prueba, como pone de manifiesto la Sentencia de instancia y viene a reconocer de hecho la Sentencia recurrida, pese a la conclusión que finalmente adopta. La empresa censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, y no demostró que las razones reales del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión extintiva. Por ello, la lesión debe ser declarada y repararse, con la consiguiente nulidad del despido”.

Esa resolución, entendida como cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad decisoria y que afecte a los derechos de los administrados, puede realizarse de múltiples maneras, bien escrita, bien oral o incluso por actos concluyentes⁹⁵. Acoge también actuaciones de hecho, como el retraso excesivo en la adopción de una resolución, siempre que se demuestre su arbitrariedad⁹⁶.

Si la discriminación, manifestada a través de la adopción de una sentencia o de una resolución injusta, se produce en el ámbito de la Administración de Justicia, serán de aplicación los delitos de prevaricación judicial, agravados por el art. 22.4, en cualquiera de sus tres niveles: una sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito, una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta o una sentencia o resolución injusta en un proceso no penal (art. 446). Si la conducta del Juez o Magistrado consiste en negarse a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, se aplicará el art. 448 o si el Juez, Magistrado o Secretario Judicial cometen con su actuación o falta de ésta un retardo malicioso en la Administración de Justicia, entendido por éste el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima, se impondrá el art. 449.

Los tribunales españoles han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de estos tipos penales en el caso de un juez que, ante un expediente de adopción de una niña concebida por inseminación artificial por parte de la pareja de la madre biológica, adopción solicitada al amparo de la entonces recientemente aprobada Ley 13/2005, de 1 de julio, una vez concluido el expediente y tras seis meses de inactividad, adopta una serie de resoluciones que, inventando trámites inexistentes o innecesarios, implican no sólo el retraso del procedimiento sino también su obstrucción⁹⁷. Por ello, y frente a la aplicación que en primera instancia

hace el TSJ de Murcia en su sentencia 5/2008, de 23 de diciembre, el TS en su sentencia 1243/2009, de 30 de octubre, entiende que no sólo existe una conducta de retardo malicioso sino también de prevaricación del art. 446.3, tipo penal que debe ser aplicado por el principio de especialidad frente al primero.

Ahora bien, pese a que en este caso queda suficientemente probado que la motivación del juez para el retraso de su actuación y la invención de trámites inexistentes era la condición homosexual de la solicitante⁹⁸, el TS, al contrario que el TSJ de Murcia que sí lo apreció en primera instancia, entiende no aplicable la agravación por discriminación del artículo 22.4, pues al estar contenida la discriminación en la conducta típica, su aplicación adicional podría suponer una vulneración del principio *ne bis in idem*. Tal lectura de la agravante, a mi juicio, sería correcta desde una concepción estrictamente subjetiva de la misma, referida únicamente a la motivación del sujeto activo, pero desoye el contenido objetivo que también debe estar presente, esto es, la afección al derecho a no ser discriminado, tanto del sujeto que recibe el comportamiento discriminatorio, como del grupo de referencia sobre el que indirectamente éste se proyecta.

El último tipo penal al que debemos hacer referencia es el delito de impedimento de derechos cívicos (art. 542), configurado como un tipo penal subsidiario, que supone una cláusula de cierre de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

El ámbito de actuación de este tipo penal es diverso al contemplado en los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones. En efecto, mientras que el artículo 511 se circunscribe a la denegación de una prestación que constituya servicio público, entendiendo por tal una actividad de dación, calificada formalmente por la normativa como servicio público y prestada por la

95 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El delito de prevaricación de los funcionarios en el Código penal de 1995". *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Instituto andaluz de Administración pública, Sevilla, 1997, p. 62.

96 MUÑOZ CONDE, M., "Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal. Especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales", *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Instituto andaluz de Administración pública, Sevilla, 1997, p. 19.

97 Resoluciones tales como la exigencia de la innecesaria presencia de procurador o abogado, la amenaza a los intervinientes con la privación de la facultad de representación judicial inherente a la patria potestad, la solicitud reiterada de informes innecesarios, el aviso del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, que no llegó a formular,...

98 Prueba de ello son actuaciones como el nombramiento de un defensor judicial para la menor entendiendo que existen intereses contrapuestos con los de la madre al entender que la hija se encuentra en una situación de indefensión o la solicitud, tras el informe favorable del Servicio de Protección de menores, que ordena a una psicóloga a pronunciarse sobre los siguientes aspectos: 1. Influencia sobre la menor de carecer de figura paterna y tener dos maternas, probabilidad de que la menor salga homosexual visto el ejemplo; derecho del menor a ser insertado en una familia "normal".

Administración, el artículo 542 se refiere al impedimento de otra serie de derechos de la persona no encuadrables en el ámbito del servicio público.

A través de este tipo penal se persigue garantizar la participación en la vida pública de todos los ciudadanos, castigando cualquier abuso por parte de los poderes públicos en el ejercicio de los derechos cívicos, entendiendo por éstos una serie de derechos constitucionales desarrollados por la legislación⁹⁹. Entre ellos la doctrina ha incluido el derecho al pluralismo político y sindical, la libertad de enseñanza, el derecho a ejercer la acción popular, a acceder a los archivos y registros administrativos, el derecho de petición, el derecho a participar en asuntos públicos, el derecho a hablar alguna de las lenguas oficiales del Estado, el derecho a la objeción de conciencia, a adquirir la nacionalidad española, a elegir libremente la residencia, a contraer matrimonio y a la herencia¹⁰⁰.

Por tanto, el artículo 542 será de aplicación en aquellos casos en los que una autoridad o un funcionario público cometa una discriminación en el ejercicio de sus funciones, siempre que éstas sean diferentes a la de la realización de un servicio público. El mayor desvalor que produce la lesión del derecho fundamental a no ser discriminado se contemplará con la aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP.

4. La protección de los perseguidos por su orientación o identidad sexuales: la reforma del derecho de asilo

Por último, el modelo de protección contra las persecuciones fundadas en la orientación e identidad sexual

se cierra con la figura del asilo y de la protección subsidiaria.

Es la propia Constitución española, en su artículo 13.4, la que recoge un mandato de regulación de la protección que deben gozar los ciudadanos de otros países y los apátridas a través del derecho de asilo.

La regulación vigente en España hasta el 20 de noviembre de 2009, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, remitía para determinar a quiénes se les concedería la condición de refugiado y, por tanto, el asilo, a la normativa internacional aprobada tras la II Guerra Mundial, en concreto, a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967¹⁰¹. Así, el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra atribuye la condición de refugiado a la persona sobre la que existan fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y que, encontrándose fuera de su país, no pueda o no quiera acogerse a la protección de éste¹⁰².

La no referencia expresa del género, la identidad de género y la orientación sexual como motivos de persecución, avocaban a la tutela de estos colectivos a través del aséptico concepto de “grupo social”, sin reconocer la realidad de persecución que sufren en muchos países fundada en la orientación sexual o por la identidad de género¹⁰³.

99 Tanto los derechos de carácter constitucional que permiten al ciudadano su participación en la vida pública, como aquellos derechos reconocidos en las leyes que desarrollan los derechos constitucionales. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La negativa injustificada de alcaldes a facilitar información a los concejales (el artículo 542 del Código penal)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 575, 1 de mayo de 2003, p. 5.

100 ROLDÁN BARBERO, H., “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, *La Ley*, 1996, p. 1603.

101 Artículo 3: “1. Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951*, y en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967*”.

102 Por la reforma producida a través de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se incorporó por vez primera la perspectiva de género en la anterior regulación, aunque de manera limitada a las mujeres, estableciendo la posibilidad de consideración de refugiada y de concesión del asilo a las mujeres extranjeras que huyeran de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.

103 Si bien, al ser aceptado que la dimensión referida al género puede influir en el tipo de persecución y daño causado, se interpretaba que las solicitudes de asilo donde existiese algún elemento relacionado con la violencia de género podían ser reconducidas a las causas de persecución sí previstas en la Convención de Ginebra —raza, religión, nacionalidad y pertenencia a un determinado grupo social u opinión política—. En cualquier caso instrumentos como las Directrices sobre Protección Internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 (A) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) han sido de gran utilidad en esta dirección. CEAR: *El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, ob. cit., p. 34.

Esta importante laguna se subsana por el legislador español con la aprobación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En ella y, por primera vez, se delimitan expresamente, sin remisiones a la normativa internacional, los elementos integradores de la definición de refugiado: el concepto de persecución, de motivo de persecución y de agente perseguidor, lo que, como bien señala la Exposición de Motivos, es uno de los aspectos más innovadores junto con las referencias a la dimensión de género en los motivos de persecución¹⁰⁴.

En efecto, en su artículo 3 se señala que la condición de refugiado se reconoce “a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede, o a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país”¹⁰⁵.

Frente a la previsión explícita del género u orientación sexual como un motivo de persecución que pueda dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, al desarrollar aquéllos la Ley recupera la denominación utilizada en los textos internacionales de “grupo social determinado”¹⁰⁶, incluyendo en los mismos, y teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en el país de origen, “un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual y, o edad”, aspectos que al igual que en el caso del género y por sí solos, no podrán dar lugar a la aplicación de este artículo¹⁰⁷. Si bien su contenido no es sino resultado de la transposición del artículo 9 de la Directiva 2004/83/CE, del Consejo de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida¹⁰⁸, la Ley de 2009 añade a la previsión de la orientación sexual como grupo social la referencia a la identidad sexual¹⁰⁹. Es sin duda uno

104 Protección que comporta la no devolución y no expulsión de las personas a las que se reconoce el derecho de asilo o la protección subsidiaria (art. 5) así como los derechos establecidos en la Convención de Ginebra, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración y en la normativa de la UE. Entre ellos, enumera expresamente el art. 36: a) la protección contra la devolución; b) el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible; c) la autorización de residencia y trabajo permanente en los términos establecidos en la Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero); d) La expedición de documentos de identidad y viaje; e) el acceso a los servicios públicos de empleo; f) el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración en las mismas condiciones que los españoles; g) el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero; h) la libertad de circulación; i) el acceso a los programas de integración con carácter general o específico; j) el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario; k) el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la Ley y el acceso a los programas de apoyo que puedan establecerse.

105 Igualmente al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede, o a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y siempre que no esté incurso en alguna de las causas de exclusión o de denegación y revocación establecidas en la Ley.

106 Entre cuyos elementos configuradores se señalan la presencia común de una característica innata o unas antecedentes comunes que no pueden cambiarse; de una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no puede exigirse su renuncia a la misma; y la posesión por el grupo de una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores.

107 Lo que si bien ha sido visto por un lado como una forma de evitar “un sinnúmero de solicitudes maliciosas”, SARDINA CÁMARA, P.: “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”. *La Ley* nº 7370, 26 de marzo, p. 3, también ha sido entendido como un obstáculo importante en la protección de las personas perseguidas. Así, CEAR: *El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, ob. cit., p. 109. En cualquier caso queda excluida de la orientación sexual la realización de conductas tipificadas como delito en el Ordenamiento jurídico español.

108 Más desarrolladamente sobre la configuración de la política europea de asilo: ORTEGA TEROL, J.M., “Apuntes sobre asilo y refugio: caracteres generales y especificidades ante las mujeres perseguidas”. *Estudios sobre género y extranjería*. Bomarzo, Albacete, 2010. DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M., “Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias”. *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Marcial Pons, Vol. 2, 2009, pp. 1311 y ss.

109 Aunque el término identidad sexual no estaba previsto inicialmente en el Proyecto de Ley presentado al Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales-BOCG- Serie A*, nº 13-1, 19 de diciembre de 2008), es incluido durante la tramitación ante el Congreso, estando presente en el Informe de la Ponencia (*BOCG Serie A* nº 13-12, 23 de junio de 2009) y en el Dictamen emitido por la Comisión de Interior

de los aspectos más novedosos de esta regulación en relación a la regulación anterior y a lo recogido en otros países comunitarios¹¹⁰, aunque hasta el momento ya venía siendo considerado por la jurisprudencia como objeto de protección a través de la genérica remisión a grupos sociales objetos de persecución¹¹¹.

Estos motivos deben estar en todo caso relacionados con algunos de los actos de persecución enumerados expresamente en el artículo 6¹¹² y que, además, deberán caracterizarse por ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado para constituir una violación grave de los derechos fundamentales o bien constituir una acumulación grave de varias medidas, incluyendo las violaciones de derechos humanos.

Además, y como otra novedad destacable¹¹³, se incluye entre los agentes de persecución o causantes de daños graves a los agentes no estatales, cuando el Estado o los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable del mismo, no puedan

o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves (art. 11); situación que puede ser también habitual en muchos supuestos de persecución por orientación sexual o identidad de género.

No obstante, y en espera del necesario rodaje de la Ley de 2009, estas novedades que deben ser aplaudidas contrastan tanto con los obstáculos que la propia Ley ha introducido en el procedimiento de solicitud del asilo¹¹⁴, como con la práctica de denegación sistemática seguida por nuestro país, ya en general, ya ante solicitantes que alegan ser perseguidos por motivos de género¹¹⁵.

5. Conclusiones

De la mano de la identificación de la homosexualidad como un acto contrario a la naturaleza y a la ley de Dios comenzó la criminalización de la homosexualidad a comienzos de la Edad Media, criminalización

sobre el Proyecto (BOGC Serie A nº 13-13, 25 de junio de 2009), siendo incorporado definitivamente al texto por el Pleno. BOGC Serie A nº 13-14, 10 de julio de 2009.

110 SARDINA CÁMARA, P.: "Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria". *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 23, 2010, p. 304 o ROMÁN LUJAN, B.: "La nueva Ley de Asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)". *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 22, 2009, p. 154.

111 Aunque hay supuestos en los que se desestima por entender no acreditado que la orientación sexual haya sido el motivo de persecución, sí se concede en varias sentencias de los tribunales en resolución de los recursos interpuestos contra las inadmisiones a trámite o denegaciones por parte del Ministerio del Interior. Vid, por ejemplo, la SAN, Sala de lo Contencioso, de 14 de enero de 2004, que declara la procedencia del asilo al admitir el riesgo personal de persecución en Cuba del demandante por su condición homosexual o STS de la Sala de lo Contencioso de 21 de abril de 2006, que obliga a admitir a trámite la demanda de asilo también de un solicitante cubano.

112 Y que son los siguientes: a) Actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; b) Medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria; c) Procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en el art. 8.2 (delitos contra la paz, delito de guerra, delito contra la humanidad o delitos graves que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas y la delincuencia organizada; y f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

113 PÉREZ SOLA, N., "La protección internacional en el nuevo proyecto de Ley de asilo y refugio", *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*. Huygens, 2009, p. 220.

114 Ente los que se han destacado: a) la exclusión de los ciudadanos europeos del derecho a solicitar asilo; b) la desaparición del derecho a pedir asilo en las embajadas españolas; c) el aumento de las causas de exclusión; d) el concepto de "tercer país seguro" como causa de inadmisión de la solicitud; e) la ampliación a 16 días de los plazos de detención en frontera; f) el establecimiento de diferentes procedimientos de tramitación de la solicitud; g) la desaparición del reexamen de las solicitudes presentadas en territorio cuando se ha denegado una petición y se obtienen nuevos elementos probatorios para la revisión de la solicitud. En concreto, y en el caso de las persecuciones por motivos de sexo. AMNISTÍA INTERNACIONAL Y CEAR, *El congreso ratifica una Ley que convierte el conseguir asilo en una carrera de obstáculos*. Nota de prensa relativa a la nueva Ley de Asilo, 15 de octubre de 2009. CEAR pone también de manifiesto cómo el condicionamiento del asilo por motivos de género a las circunstancias imperantes en el país de origen va a suponer un obstáculo importante para acceder al asilo. De hecho, la tipificación de la persecución alegada como delito o la despenalización de la homosexualidad en el país de origen o que la persecución se haya realizado por agentes no estatales, lo que suele ser habitual en el caso del colectivo LGTB, son argumentos esgrimidos en contra de la concesión de asilo por los tribunales españoles. CEAR: *El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, ob. cit., pp. 108 y ss.

115 Ibidem, pp. 107 y ss. Según datos de este informe, en 2008, de 4517 solicitantes de asilo, sólo se concedió el estatuto de refugiado a 151 personas, junto con 126 personas objeto de protección subsidiaria.

que ha llegado prácticamente hasta el comienzo de la democracia reforzada por la identificación de la homosexualidad como una conducta pecaminosa, delictiva y peligrosa.

En efecto, si en un primer momento los textos jurídicos optan por la introducción de un delito que expresamente castigue las relaciones homosexuales (así el *Liber Iudiciorum* del Siglo XII, la Pragmática de 1497, la Novísima Recopilación de 1822) o por agravar los delitos contra la honestidad en el caso de prácticas homosexuales (CP de 1928), tras su derogación definitiva con la llegada del Código penal de la II República, en 1932, se entiende que son suficientes para su castigo los delitos de escándalo público, abusos deshonestos y corrupción de menores.

Sin embargo, de la conceptualización del homosexual como pecador y como delincuente, entra en el siglo XX, reforzada por la consideración pseudocientífica en determinados estudios de la homosexualidad y la idea de depuración de la raza presente en el movimiento nacionalsocialista imperante, su identificación como enfermo. De ahí la inclusión de la homosexualidad como conducta perversa y, por tanto peligrosa y antisocial, en la Ley de Vagos y Maleantes en 1954, con la voluntad de su corrección a través del trabajo y, posteriormente, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, esta última para los casos de realización de actos de homosexualidad, y en la que impera la idea de creación de centros especializados para el tratamiento y la rehabilitación de los homosexuales.

Estos argumentos de la homosexualidad como conducta enferma y desviada, todavía presentes en el imaginario de ciertos sectores sociales y religiosos, continuaron utilizándose no sólo de manera paralela a la aplicación de las medidas de seguridad durante la época franquista, sino también durante la primera década de la democracia en algunas resoluciones del TS en la aplicación de los delitos contra la honestidad, calificando las conductas de homosexualidad como desviadas, aberrantes, viciosas o de actos contra natura.

El giro desde la criminalización de la homosexualidad a su tutela específica frente a los ataques dirigidos contra este colectivo por su orientación sexual o por la identidad de género, que comienza con la plasmación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la CE de 1978, se consagra a través de una doble vertiente: por un lado, a través de la sucesión de una serie de normas de reconocimiento de derechos no sólo de los homosexuales sino del colectivo LGTB, como las parejas de hecho, el matrimonio, la adopción o el reconocimiento de derechos de los transexuales. Y, por

otro, con la incorporación de la orientación sexual —y parcialmente tras la reforma de 2010 del Código, de la identidad sexual— en la normativa penal antidiscriminatoria que el legislador comenzó a configurar a partir de 1983 y que completó en el CP de 1995. Junto a ello, en la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del asilo se introduce expresamente el género y la orientación sexual como grupos potencialmente perseguidos y objeto de tutela a través de este instrumento.

En cuanto al modelo penal antidiscriminatorio español, uno de los más completos de las legislaciones de nuestro entorno, incorpora, junto a la agravante genérica de discriminación del art. 22.4, tres grandes grupos de delitos antidiscriminatorios: aquéllos que buscan castigar las conductas de carácter provocador a la discriminación, al odio y a la violencia (arts. 510, 515.5); los que sancionan las conductas de discriminación en sí (art. 314, 511 y 512) y los que tutelan la no discriminación de una manera indirecta (170, 174, 197.5).

Tras el análisis de estos tipos penales y de su aplicación jurisprudencial, se puede afirmar respecto a la práctica totalidad de la normativa antidiscriminatoria del Código penal, exceptuando en cierta medida la agravante del 22.4, que sorprende su escasa aplicación, no sólo en el caso de conductas discriminatorias por razón de orientación sexual e identidad de género, sino también respecto al resto de causas de discriminación prohibidas.

Las razones que se pueden vislumbrar son varias: por un lado y aunque se va reduciendo, cierto desconocimiento todavía sobre el alcance y contenido de estos delitos ya no sólo por parte de algunos operadores jurídicos que deben aplicarlos, sino también por quienes deben perseguirlos e, incluso, por las víctimas de los mismos que desconocen que son objeto de castigo por el Derecho penal.

A ello hay que añadir otras consideraciones procedimentales como la dificultad de prueba de la motivación de este tipo de conductas o la ausencia de figuras especializadas, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de la Fiscalía estén formados específicamente para la lucha contra la discriminación, lo que en el caso español trató de subsanarse a través de la previsión de un fiscal de sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación previsto en el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentada en 2011 y que nunca llegó a ver la luz.

Por otro lado, es innegable que existe cierta prevención, e incluso en algunos casos desconfianza, en la aplicación de estos tipos penales por evitar violentar

derechos fundamentales como la libertad —de asociación, de expresión, de pensamiento— y principios penales como el de legalidad o el de intervención mínima, y así se manifiesta en las interpretaciones restrictivas que, doctrina y jurisprudencia, han realizado de los mismos, especialmente en el caso del artículo

510 o que han conducido a su sorprendente inaplicación, como en los delitos del 511 o 512, haciendo que la virtualidad de ese aparentemente completo modelo penal antidiscriminatorio que contiene nuestro CP para la tutela del derecho a no ser discriminado sea, por el momento, prácticamente simbólica.