



La no discriminación como límite al derecho de admisión. La negativa de acceso a lugares abiertos al público

Dra. D^a Cristina Rodríguez Yagüe

*Profesora Contratada
Doctora de Derecho penal (UCLM)*

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN: Junto a la laboral, una de las discriminaciones tan frecuentes como carentes de respuesta en la práctica por el Ordenamiento es la consistente en la denegación de acceso a lugares abiertos al público. En este trabajo se aborda el análisis del artículo 512 del Código penal, introducido por el legislador en 1995 para luchar contra las discriminaciones en la realización de actividades profesionales y empresariales, ofreciendo una interpretación del mismo que compatibilice la defensa del derecho a no ser discriminado con la garantía del núcleo fundamental de la autonomía privada.

PALABRAS CLAVE: derecho a no ser discriminado; derecho de admisión; acceso a lugares abiertos al público; denegación de una prestación; autonomía privada.

ABSTRACT: Together with employment discrimination, one of the most predominant discriminatory practices still lacking a practical response from our legal system is the denial of equal access to public accommodations. This paper addresses an analysis of article 512 of the Criminal Code, introduced by the legislature in 1995 in an effort to combat discrimination in professional and business practices, and offers an interpretation that attempts to reconcile the protection of the right to non discrimination with the fundamental core of the principle of private autonomy.

KEY WORDS: right to non discrimination; right of admission; access to public accommodations; discrimination in providing service; private autonomy.

1. Introducción

En mayo de 2009, la Asociación para el síndrome de Down, Asalsido, denunciaba que en un pub de Almería se había invitado a abandonar el local a un grupo de quince personas de entre 25 y 35 años con síndrome de Down¹.

Este tipo de sucesos no son aislados. Más bien al contrario, las discriminaciones en el acceso a prestaciones de carácter privado pero, a las que se tiene derecho, son una

práctica más que cotidiana. Gran parte de las mismas suceden en el acceso a lugares abiertos al público.

La consideración de estas conductas como delictivas está prevista en nuestro Código penal desde 1995. Concretamente, en su artículo 512, que establece que «los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación

¹ Según un monitor que acompañaba al grupo, un portero del local les pidió que «cerraran el colegio» y se marcharan del local sobre la 1.30 de la madrugada. *Diario El País*, 15 de mayo de 2009. Al día siguiente, el gerente del pub emitió un comunicado calificando los hechos de muy graves y pidió disculpas, apuntando que el portero negaba que hubiera invitado irse al grupo. *Diario El País*, 16 de mayo de 2009.

sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años»².

Lamentablemente la aplicación de este precepto penal ha sido muy escasa. A su desconocimiento, se añaden las importantes reticencias en su aplicación ante la creencia de la prevalencia de la libertad privada —y, en este caso, en su plasmación del derecho de admisión— frente a la igualdad y a la no discriminación.

Sin embargo, la autonomía de la libertad sin límites dejó de existir hace ya mucho tiempo, con la llegada del Estado social. Y si bien en el caso de su confrontación con la igualdad, debe prevalecer la autonomía de la voluntad, la solución es bien distinta en el caso de que el choque se produzca con el derecho a no ser discriminado.

2. El derecho a no ser discriminado frente al derecho de admisión

2.1. Origen, sentido y alcance del derecho fundamental a no ser discriminado

La prohibición de discriminación ha experimentado una importante transformación, pasando de una concepción neutra, como mero envés del mandato genérico de igualdad, a adquirir un contenido material propio, que le dota de autonomía.

En efecto, en un progresivo proceso de expansión³, esa transformación se materializa en primer lugar respecto a su contenido, pues tras una primera configuración formal de la idea de igualdad, propia de la sociedad liberal, identificada como obligación de trato igual a los iguales y el mandato de trato desigual a los desiguales⁴, la llegada del Estado social determina la aparición de una noción material y

real de la igualdad, que implica la actuación del Estado en la corrección de las desigualdades existentes tanto social como económicamente⁵, y que abre la puerta a la configuración autónoma del derecho a la no discriminación.

Pero ese carácter expansivo del principio de igualdad opera también en un segundo nivel, en el de los sujetos destinatarios del mismo, pues este principio, pensado originalmente como un límite para la actuación de los poderes públicos —en la manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley⁶— y poco después como un límite para el legislador —a través del principio de igualdad ante la ley⁷—, pasa en un tercer momento a ser exigible, especialmente respecto al mandato de no discriminación— a los particulares.

El alejamiento de la noción de discriminación de una acepción puramente neutra, como desigualdad, y su identificación con una situación social concreta, lesiva para la dignidad humana, a la que son relegados determinados colectivos por la presencia en ellos de una serie de rasgos físicos o sociales inherentes a su personalidad, está íntimamente relacionado con los instrumentos internacionales de tutela de los derechos humanos tras la II Guerra Mundial, y particularmente con la defensa de la dignidad humana, ya desde la propia Declaración de Derechos Humanos, ya especialmente por la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial de Naciones Unidas de 1965⁸.

Este proceso evolutivo que sufre la igualdad y que culmina con la autonomía del derecho a no ser discriminado, tiene su fiel reflejo en la jurisprudencia constitucional española, en la que se pueden encontrar tres momentos diferenciados de interpretación del artículo 14 CE. Así, en un primer momento el TC identifica la prohibición de discriminación como desigualdad no razonable y las causas de discriminación del art. 14.2 como meros indicativos

2 Véase un análisis exhaustivo sobre la normativa penal antidiscriminatoria y especialmente un estudio sobre los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones en el ámbito público y privado, en 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.

3 Que BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., denominan proceso de «ensanchamiento progresivo»: «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional». *La Constitución y la práctica del Derecho*. Aragón Reyes y Martínez Simancas (directores). Aranzadi Editorial, BCH, Madrid, 1998, pág. 253.

4 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Principio de igualdad y derecho del trabajo». *El principio de igualdad en la Constitución española*. XI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1070.

5 GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 26.

6 No olvidemos que la igualdad, junto con la libertad y la propiedad, son los postulados que suponen la ruptura con el Antiguo Régimen y la abolición de los privilegios de la sociedad estamental, plasmándose como derechos inalienables en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo que pretendía la igualdad, en este primer momento, era erradicar la existencia de privilegios mediante la generalización e instituir la eficacia *erga omnes* de las leyes. PECES BARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1995, pág. 284.

7 Este principio, ya previsto en la Enmienda XIV a la Constitución americana, y recepcionado en el derecho continental en la obra de Leibholz *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), supone la interdicción de la arbitrariedad en la labor del legislador en la creación de las normas jurídicas, al tiempo que concede al individuo un derecho a que las disposiciones legales contemplen en su fondo la igualdad.

8 Más detenidamente sobre el papel de los mismos en la consolidación de una noción propia de no discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 88 y ss.

de posibles diferencias de trato carentes de justificación⁹. De manera contemporánea convive otra línea argumental, que otorga una mayor relevancia a éstas, señalando que su presencia exigirá una mayor rigurosidad en la aplicación del juicio de razonabilidad propio del derecho a la igualdad¹⁰.

Es la STC 128/1987, de 16 de julio, la que marca un punto de inflexión con los planteamientos anteriores, plasmando un contenido autónomo del mandato de no discriminación¹¹, vinculado a la interdicción de situaciones concretas consistentes en diferenciaciones históricas que han situado a una serie de colectivos en posiciones desventajosas y contrarias a su dignidad humana¹².

Por tanto, ante todo, la discriminación es un fenómeno social, ligado a la existencia de una situación de marginación e inferioridad a la que se ven sometidos, histórica y sistemáticamente, unos determinados colectivos, a través de la creación y mantenimiento de una serie de prejuicios y estereotipos relativos a sus miembros. Ese carácter social del fenómeno discriminatorio nos ofrece tres elementos del sentido de la tutela antidiscriminatoria: será elástica y mutable, en tanto se deberá adaptar a cada momento social y a los grupos que en ese momento están situados en esa posición sostenida de desventaja; y será unidireccional, en el sentido en el que el colectivo discriminado será el único destinatario de las medidas que protejan el derecho a no ser discriminado y no el resto que, en todo caso, sí estará amparado por el genérico derecho a la igualdad¹³.

En tanto supone un trato negativo, peyorativo y sistemático, el comportamiento discriminatorio repercute directamente en la dignidad humana pues, a diferencia de la desigualdad, no supone únicamente el impedimento o el

obstáculo al ejercicio de un derecho determinado o un tratamiento diferenciado, sino que además lesiona la esencia del ser humano, puesto que las causas de discriminación se fundamenta bien en una serie de características personales inherentes al sujeto y no elegidas por él —como la raza, el sexo o el origen nacional— bien son resultado de opciones elementales del ser humano en el ejercicio de sus libertades esenciales¹⁴. En consecuencia, la persona es relegada a una situación de inferioridad, como un ciudadano de segunda categoría, lo que supone una negación al individuo de su condición plena de persona humana¹⁵, trato que trasciende el plano individual y se proyecta en el colectivo de referencia.

A partir de estos criterios, se puede definir como discriminación cualquier diferencia de trato, consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición —o no preferencia— o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos de una o más personas por su pertenencia a un grupo concreto tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad.

2.2. La evolución del papel de la autonomía privada en el tráfico económico

Uno de los mayores cuestionamientos que ha recibido la sanción penal de la discriminación en el ámbito profesional o empresarial —y curiosamente no la discriminación laboral del art. 314, con una problemática similar— es el conflicto entre la tutela penal del derecho a no ser discriminado y el principio de autonomía privada y, con ello, la exigencia del respeto a aquel por parte de los particulares por encima de la autonomía privada o de la libertad de contratación¹⁶.

9 Resume esta doctrina la STC 22/1981, de 2 de julio: «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

10 Postura mantenida, por ejemplo, por la STC 81/1982, de 21 de diciembre.

11 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *Relaciones Laborales* n° 3124, 1993, pág. 19.

12 Sobre la relevancia de esta sentencia en la consolidación de la idea autónoma de no discriminación, REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs. 21 y ss. Argumentos similares son sostenidos por el TC en SSTC 3/1993, de 14 de enero, 153/1994, de 23 de mayo, 173/1994, de 7 de junio o 17/2003, de 30 de enero.

13 RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, ob. cit., pág. 158 y 168.

14 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», ob. cit., pág. 11.

15 RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, ob. cit., págs. 82 y 83.

16 En el caso español, respecto al antiguo art. 165 CP de 1973, lo plantean RODRÍGUEZ DEvesa, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1990, pág. 727 y BUENO ARÚS, F.: «La discriminación racial y el Código penal español», AP, 1994-I, pág. 98; Y en la regulación actual, TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares, G. (dir), Aranzadi Editorial, 5ª edición, Pamplona, 2005, pág. 1925 o LANDA GOROSTIZA, J.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Comares, Granada, 2001, pág. 141. Vinculando esta idea también al carácter de última ratio del Derecho penal, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el derecho penal*. Comares, Granada, 1998, pág. 102 y ss. Definiendo los elementos delimitadores del tipo penal, de manera que no se intervenga de manera ilegítima en la autonomía privada, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal». *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*. Manuales de Formación continuada n° 5, CGPJ, 1999, pág. 344 o CONDE-PUMPIDO, C.: «La sanción penal de la discriminación: especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo». *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 288 y ss. Interesante son los términos en los que el mismo debate se planteó por la doctrina suiza,

La autonomía privada, concebida como «un poder de ordenación de la esfera privada de la persona, entendiendo por tal el conjunto de derechos, facultades, relaciones, etc, que ostente o que se le hayan atribuido»¹⁷, supone la piedra angular de las relaciones del Derecho privado, posibilitando que siempre que no sea contrario a la ley, a la moral y al orden público, los individuos tengan la libertad de crear, modificar y establecer el contenido de sus relaciones jurídicas en el ámbito privado¹⁸.

Su origen es netamente liberal, momento en el que la autonomía de la voluntad alcanzó su mayor fuerza. Con una total separación entre el Estado y la sociedad civil, los derechos fundamentales se construyen como límite a los poderes públicos, negando su fuerza vinculante en las relaciones *inter privados* (teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*), que al ser construidas como relaciones entre iguales, se rigen únicamente a partir de la libertad de los individuos que las conforman y no requieren pues de ningún tipo de intervención estatal ni limitación alguna a través de la extensión de los derechos fundamentales a los particulares. Prima por tanto la libertad individual y, como manifestación a nivel del tráfico jurídico-privado, la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, con la llegada del Estado social, la autonomía privada pierde la posición indiscutible que ostenta en la época liberal. Varios son los factores que confluyen en este cambio: el reconocimiento del poder privado y de los particulares como posibles vulneradores de los derechos

fundamentales, la existencia de situaciones de dominación y subordinación en las relaciones entre privados que supere el paradigma liberal de la igualdad entre las partes, la difuminación de las fronteras entre lo público y lo privado y, particularmente, la atribución del carácter normativo a la Constitución que, como norma primera, vincula tanto a poderes públicos como privados y al derecho público y privado¹⁹.

De esta manera, la autonomía privada pasa a ser limitada por el contenido de los derechos fundamentales y por una cuantiosa normativa que va a modular las condiciones de su ejercicio. En este sentido, el artículo 1255 establece como límites a la autonomía privada la ley, la moral y la costumbre²⁰, límites que se han concretado en numerosas leyes que han restringido ámbitos tradicionalmente dominados por el principio de la autonomía de la voluntad, como el laboral o el de consumo.

Junto a estos límites externos, los derechos fundamentales se configuran actualmente como una clara restricción de la autonomía privada y, entre ellos, el derecho a la igualdad y del derecho a no ser discriminado²¹.

2.3. El derecho a la no discriminación como límite infranqueable del derecho de admisión

Una de las manifestaciones de la autonomía privada es el derecho de admisión. A través del mismo, el poder de ordenación de la esfera privada ampara la posibilidad de

con la promulgación en 1995 del artículo 261 bis. Si bien parte de la doctrina cuestionaba la posibilidad de castigar la denegación de prestaciones por suponer un ataque a la autonomía privada, negando la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares —así WILDHABER, L.: «Réflexions sur la discrimination raciale, légalité devant la loi et la «Drittwirkung en droit suisse»», *Revue des droits de l'homme*, Heft 2/3, 1971, págs. 341 y 342, KUNZ, J.L.: «Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung-Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft», *ASTrR*, Band 109, 1992, pág. 165 o STRATENWERTH, G.: *Schweizerisches Strafrecht*, 4ª edición, Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995, pág. 172—, otros autores acuden a la vía de la ponderación de los intereses en conflicto para superar el conflicto, introduciendo elementos como la necesidad de que la limitación se base en una ley, se justifique por un interés público, que no atente contra la esencia misma del derecho limitado o su proporcionalidad al interés que la justifica, como la igualdad, la dignidad o la paz pública —AUBERT, J.F.: «L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale», *Pratique juridique actuelle*, 1994, págs. 1091 y ss; GUYAZ, A.: *L'incrimination de la discrimination raciale*, Staempfli+Cie, Berne, 1996, págs. 163 y ss, o MÜLLER, P.: «Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung-Zensur im Namen der Menschenwürde?», *ZBJM* 130, 1994, págs. 249 y ss.

17 DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho civil*, vol. 1, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1998, pág. 234.

18 Siendo una concreción del derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la Constitución, que a su vez constituye el fundamento del orden político y de la paz social. GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1986, pág. 14. Se relaciona también con el artículo 33 CE, el derecho a la propiedad, y con el artículo 38 CE que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Su plasmación en el CC se encuentra en los artículos 1091 y 1255.

19 Véase en este sentido el estudio de BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del TC*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

20 Limitación legal a la que se refieren DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. señalando que la ley puede actuar en primer lugar, limitando el poder de constitución de las relaciones jurídicas, bien prohibiéndolas, bien imponiendo determinadas relaciones jurídicas a los individuos y, en segundo, restringiendo el poder de determinación de su contenido, bien prohibiendo, bien imponiendo un contenido concreto. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1998, pág. 236.

21 Como establece la STC 177/1988, de 10 de octubre: «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional y ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato».

establecer determinados requisitos en garantía de los intereses privados de la persona propietaria de un establecimiento público. Y es que pese al carácter público del establecimiento, no existe un derecho ilimitado de acceso por parte de los particulares. Por el contrario, el propietario, en ejercicio del derecho de admisión, puede limitar tal acceso en función de una serie de criterios que deberá hacer públicos convenientemente, configurándose de esta manera el derecho de admisión «como una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada»²².

La regulación del derecho de admisión se incluye dentro de la normativa administrativa referida a los espectáculos públicos y actividades recreativas. El carácter público de estos espectáculos y de los locales donde éstos se realizan constituye el elemento común integrador del Reglamento General de Policía de Espectáculos, recogido en el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto —«Espectáculos públicos y actividades recreativas. Reglamento General de Policía»—, que recoge la normativa general.

Su ámbito de aplicación viene referido a los espectáculos, deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público —cuya concreción se acompaña en un anexo incorporado por el mismo Reglamento— y al resto de actividades análogas. Y ello con independencia de si el establecimiento o las actividades son de titularidad pública o privada o de si se proponen finalidades lucrativas (artículo 1). Ahora bien, el Reglamento tiene carácter supletorio no sólo respecto a las disposiciones especiales existentes para las actividades que se enumeran en el mencionado Anexo, sino respecto a la regulación autonómica que se ha ido promulgando hasta el momento en prácticamente la totalidad de las Comunidades Autónomas a raíz de la Ley Orgánica de Transferencias de Competencias a las Comunidades Autónomas (LOTCA).

El derecho de admisión queda recogido dentro del Título II —Organización de los espectáculos y actividades recreativa—, en su Capítulo IV, referido a los «Elementos personales que intervienen en los espectáculos o actividades recreativas». Pero frente a lo que ocurrirá en las

regulaciones autonómicas, el derecho de admisión no se incluye en este Reglamento como una obligación de los propietarios frente a los usuarios sino que, al contrario, se incorpora entre las obligaciones de estos últimos. De ahí que el artículo 59 e), que es el referido al derecho de admisión, quede incluido en la sección 3ª «Los espectadores, asistentes o usuarios y el público en general». Frente a la regulación de los derechos de los espectadores y usuarios contemplada en el artículo 58 —que nada dice respecto a un posible derecho de admisión, ni tampoco respecto al derecho a no ser discriminado en el ejercicio del derecho de admisión del propietario—, el artículo 59 establece las prohibiciones para los usuarios. En concreto, dispone que «El público no podrá (...) e) Entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la Empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos». Para hacer valer dicha obligación, la empresa o su personal podrán requerir el auxilio de los Agentes de la Autoridad. Ahora bien, que la regulación del derecho de admisión se formule como una obligación del público asistente al espectáculo o actividad pública no puede interpretarse sino como que, a sensu contrario, se determina el derecho de la empresa a prohibir la entrada a aquellas personas que no cumplan una serie de requisitos debidamente publicitados con anterioridad²³.

En cualquier caso, la regulación del derecho de admisión es materia eminentemente autonómica. Puesto que entre los artículos de la Constitución referidos al reparto competencial entre Estado y Comunidades autónomas en materia de cultura nada se dice respecto a la de los «espectáculos»²⁴, podría entenderse incluida su regulación entre las competencias atribuidas al Estado a través de la cláusula residual contemplada en el tercer punto del artículo 149²⁵. Pero la regulación de la materia de espectáculos pasó a ser competencia de las Comunidades Autónomas a partir de dos momentos diferenciados. En un primer momento, las Comunidades Autónomas que no estaban sujetas a lo esta-

22 STC 73/1985, de 14 de junio, que deniega el amparo a una persona que lo solicita por habérsele prohibido el acceso a un casino de juego.

23 CERVELLÓ DONDERIS, V., y CHAVES PEDRÓN, C.: «Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público». *Actualidad penal* 2000, pág. 422.

24 Concretamente, y respecto a las competencias estatales, vid. artículos 149.2 —que señala que, sin perjuicio de las competencias de las CCAA el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución especial debiendo facilitar la comunicación cultural entre las CCAA—; 149.1.28 y 149.1.29 que asigna al Estado las competencias de manera exclusiva en defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación, y expoliación, y museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal —pudiendo realizarse la gestión por las CCAA— así como en materia de seguridad pública. Por su parte y en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, el artículo 148.1.15 a 17 atribuye a éstas la posibilidad de asumir la competencia en materia de museos, bibliotecas y conservatorios de música y patrimonio monumental, todo ello si es de interés para la Comunidad Autónoma así como el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.

25 Que establece: «3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

blecido por el artículo 148.2 de la Constitución asumieron esta competencia y lo hicieron de manera exclusiva. Fue el caso de Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Canarias, Valencia y Navarra. Un segundo momento fue el marcado con la promulgación de la LOTCA, mediante la cual la competencia sobre los espectáculos públicos se transfiere a las restantes Comunidades Autónomas a través de la reforma de los Estatutos de Autonomía realizada en 1994²⁶. Por tanto, tras la promulgación de la LOTCA y, a partir de ella, tras la reforma de los diferentes Estatutos de Autonomía, el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto —de Policía de Espectáculos— tiene carácter supletorio respecto a la normativa promulgada por las Comunidades Autónomas. Ahora bien, en aquellas Comunidades que no dispongan de legislación en materia de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas, al no haber ejercido todavía las competencias legislativas asumidas en esta materia en virtud de la citada LOTCA, la legislación estatal deberá ser aplicada en ellas de manera transitoria²⁷.

La mayor parte de las Comunidades Autónomas recogen la regulación del derecho de admisión en sus legislaciones sobre espectáculos públicos y actividades recreativas²⁸. Algunas otras —es el caso de Extremadura, Cantabria, Baleares, Galicia, y Castilla-La Mancha— a partir de la realización del traspaso de funciones en materia de espectáculos públicos —con la consiguiente reforma de los Estatutos de Autonomía— hasta el momento no han procedido a regular este sector, más allá de la determinación del catálogo de actividades o del establecimiento de horarios. Será de aplicación entonces la normativa estatal encabezada por el Reglamento de Policía de Espectáculos —Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto—.

El ámbito de aplicación de estas regulaciones en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas se circunscribe a todos aquellos espectáculos, actividades y establecimientos que van dirigidos al público en general, tengan o no fines lucrativos, sea su titularidad pública o privada y con independencia de que se realicen de modo habitual o esporádico. Estas Leyes suelen venir acompañadas de un catálogo de actividades y establecimientos públicos, del que expresamente quedan excluidas aquellas actividades que se refieren a la esfera puramente privada, de carácter familiar o social, que no se encuentren abiertas al público en general. Es, por tanto, el carácter público de

la actividad o del establecimiento el factor determinante de la aplicación de esta regulación y, con ello, del contenido, criterio y límites del derecho de admisión.

Importante es subrayar la evolución sufrida en nuestro país de la finalidad de la regulación de los espectáculos públicos y actividades recreativas. Así, mientras que en un primer momento el objeto de esta normativa buscaba prioritariamente la protección moral y ética del contenido de estas actividades, en la actualidad, y junto a los criterios de seguridad, la normativa trata de ajustar la protección del principio de libertad con los derechos de los usuarios a una utilización adecuada del ocio. Tutela para ello, entre otras finalidades, la protección de la infancia y de la juventud, la eliminación de trabas a minusválidos o la realización de una política activa frente a actitudes racistas y xenófobas²⁹. Es aquí donde se enmarca el derecho de admisión entendido como forma de impedir dentro de los establecimientos actitudes peligrosas o molestas para el resto de usuarios y, en todo caso, limitado por la prohibición de ejercitarlo de manera discriminatoria, vejatoria o arbitraria.

En este contexto, el derecho de admisión debe ser interpretado como la facultad que tienen los titulares de los establecimientos públicos y los organizadores de los espectáculos y actividades recreativas para determinar las condiciones de acceso y permanencia en los mismos³⁰. Junto con el ejercicio de la libertad en general —y de manera específica, de la autonomía privada—, tiene como objeto permitir el normal desarrollo del espectáculo o actividad recreativa, facultando impedir la entrada a personas que bien porque manifiesten actitudes violentas, bien porque pueden producir peligro o molestias a otros espectadores o usuarios, puedan alterar el ejercicio de la actividad.

Como límite a la arbitrariedad en el ejercicio del derecho de acceso se requiere, en primer lugar, que las condiciones en las que se funda el dueño de un establecimiento para impedir la entrada a una persona sean de carácter estrictamente objetivo. En segundo lugar y como requisito ineludible, estas condiciones de acceso deben ser previamente hechas públicas y dadas a conocer. Así, no sólo se requiere que sean visibles dentro del establecimiento sino que éstas deben actuar a modo de recordatorio puesto que dichos requisitos deben ser visibles desde el exterior a través de un rótulo con una inscripción donde queden suficientemente detallados.

26 Sobre este proceso de asunción competencial en materia de espectáculos por las Comunidades Autónomas vid. TEJEDOR BIELSA, J.C.: «Cultura y espectáculos», *Derecho Administrativo, Parte Especial*; Bermejo Vera (dir), 4ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pág. 274. Como única excepción se mantiene como materia exclusivamente competencia del Estado respecto a espectáculos la regulación de los espectáculos taurinos —como establece el artículo 149.1.29 de la Constitución—.

27 CASTILLO BLANCO, F. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M.P.: *Espectáculos públicos y actividades recreativas. Régimen jurídico y problemática actual*. Editorial Lex Nova, Colección Derecho Público nº 7, Valladolid, 2000, pág. 23.

28 Vid. Ley 11/2009, de 6 de julio de Cataluña, Ley Foral 2/1989, de 13 de marzo de Navarra, Ley 4/1995, de 10 de noviembre del País Vasco, Ley 17/1997, de 4 de julio de la Comunidad de Madrid, Ley 4/2000, de 25 de octubre de La Rioja, Ley 13/1999, de 15 de diciembre de Andalucía; Ley 1/1998, de 8 de enero de la Comunidad Canaria, Ley 4/2003, de 26 de febrero, de la Comunidad valenciana, Ley 11/2005, de 28 de diciembre, de Aragón o Ley 7/2006 de Castilla y León.

29 CASTILLO BLANCO, F. y MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M.P.: *Espectáculos públicos y actividades recreativas*, ob. cit., pág. 58.

30 En términos similares, el artículo 23 de la Ley 4/2003, de 26 de febrero de la Comunidad valenciana.

Por ello, algunas Comunidades Autónomas plantean el derecho de acceso del público en general como el reverso del derecho de admisión por parte de la empresa. Una vez que el usuario cumpla los requisitos objetivos establecidos previamente por parte del dueño del establecimiento y debidamente publicitados, tendrá derecho a acceder en el local o en la actividad, sin que pueda ser sometido a un tratamiento vejatorio, arbitrario ni discriminatorio. Como señala el Preámbulo de la Ley 17/1997, de 4 de julio de la Comunidad de Madrid, «las condiciones para el ejercicio del derecho de admisión que debe utilizarse como eficaz instrumento para impedir la violencia y las alteraciones del normal desarrollo de espectáculos y actividades, nunca como excusa para el ejercicio de la arbitrariedad y la discriminación en unos locales que, por definición, están abiertos a todo el público y no sólo a las personas que el responsable decida admitir en cada momento». De ahí que varias Comunidades Autónomas incluyan el derecho de admisión bajo la nomenclatura de la «protección del consumidor y del usuario» frente a la mera configuración del derecho de admisión como derecho propiamente del titular del establecimiento y, consecuentemente, como deber a respetar por parte del usuario. Se trata, por tanto de garantizar, a través de la limitación del derecho de admisión, la protección del derecho de acceso a los establecimientos públicos de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de admisión, ya sea planteado exclusivamente como derecho del titular del establecimiento, ya como el anverso del derecho de acceso del público en general, no está exento de limitaciones. Más bien al contrario, la mayor parte de las regulaciones autonómicas sobre los espectáculos públicos y actividades recreativas establece la prohibición de que el derecho de admisión suponga un trato discriminatorio³¹ y arbitrario para los usuarios³² o que los coloque en una situación de inferioridad, indefensión o agravio comparativo con otros asistentes³³. De manera más detallada, la regulación catalana establece que el ejercicio del derecho de admisión no puede en ningún caso conllevar una discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de los usuarios³⁴.

Por lo tanto, una de las mayores restricciones que a las que está sujeto el derecho de admisión es el respeto al derecho a la no discriminación. Es necesario señalar en este punto la diferente incidencia que en el derecho de admisión tienen el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, al igual que su diferente aplicación si se trata de un establecimiento abierto al público o uno estrictamente privado.

El derecho de admisión prevalecerá frente al derecho de igualdad, siempre que se ejercite bajo los condicionamientos establecidos en las normas que lo regulan —en particular en lo referido a la previa publicidad y a la objetividad de los requisitos—. Así se deduce de la STC 73/1985, de 14 de junio, que deniega el amparo al recurrente al que se le negó el acceso a un casino en la provincia de Málaga. El TC recuerda en primer lugar que el artículo 31.1 del Reglamento de Casinos de Juego (Orden ministerial de 9 de enero de 1979) establece la posibilidad de que el Director de Juegos pueda prohibir la entrada a las salas de juego a «aquellas personas de las que consten datos que permitan suponer fundadamente que habrán de observar una conducta desordenada o cometer irregularidades en la práctica de los juegos», no estando el casino además obligado a declarar al visitante los motivos de la no admisión en el establecimiento. En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad denunciada por el recurrente en amparo, el TC aclara que «la prohibición de acceso de que aquí se trata es una decisión adoptada por terceros particulares sobre la base de suposiciones fundadas, de la que no cabe decir que por sí misma vulnere el principio de igualdad, ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada», y continúa afirmando que los casinos son entidades «respecto de las cuales no puede predicarse de los ciudadanos un derecho ilimitado de libre acceso»³⁵.

En cualquier caso, esta prevalencia debe ser también relativizada por la propia finalidad que comporta el ejercicio del derecho. Tal y como ponen de manifiesto las regulaciones autonómicas referidas, el derecho de admisión en los establecimientos públicos tiene como objeto impedir el acceso a personas que puedan producir molestias o alteraciones en el normal desarrollo de la actividad o espectáculo. Por tanto, el impedimento del acceso sólo podrá realizarse argumentando las condiciones objetivas previa-

31 Art. 7.2 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre de la Comunidad andaluza, art. 10.2 d) de la Ley Foral 2/1989, de 13 de marzo de Navarra, artículo 23 de la Ley 4/2003, de 26 de febrero de la Comunidad Valenciana o artículo 26 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre de Aragón.

32 Artículo 21 de la Ley 5/2006, de 2 de octubre, de la Comunidad de Castilla y León.

33 Artículo 7.2 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre de la Comunidad andaluza, art. 24.2 de la Ley 17/1997, de 4 de julio de la Comunidad de Madrid, art. 21.1 d) de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre del País Vasco, art. 20.3 de la Ley 4/2000, de 25 de octubre de La Rioja.

34 Artículo 10 de la Ley 11/2009, de 6 de julio.

35 Vid. también la STS de la Sala de lo Contencioso de 21 de abril de 1994 que desestima el recurso solicitado por la recurrente por la violación del derecho a la igualdad al habérsele negado el acceso a una sala de baile. Fundamenta el TS, citando la STC referida, que la denegación de entrada se motivó en la no observancia de las condiciones impuestas a los clientes por esta sala de baile, conducta que vulnera las prescripciones recogidas en el artículo 59.2 del Reglamento de Policía de Espectáculos, por lo que no puede alegarse por parte de la recurrente una vulneración de su derecho a la igualdad.

mente fijadas, autorizadas por la delegación territorial correspondiente y previamente publicitadas, quedando proscrito cualquier tipo de arbitrariedad. Por eso el derecho de admisión del empresario tiene su correlativo derecho (y deber para el propietario del local) de acceso de aquellos usuarios que cumplan los requisitos establecidos.

Solución distinta debe darse en el caso de concurrencia entre el derecho de admisión y el derecho a no ser discriminado, donde la balanza vence a favor de este último. Y ello porque con la prevalencia del derecho a no ser discriminado se trata de impedir no sólo la vulneración del derecho del sujeto individual a acceder a un establecimiento sino que también, en tanto se proyecta sobre una dimensión colectiva derivada de la propia naturaleza de aquél, se quiere evitar que la denegación sistemática del acceso a establecimientos que están abiertos al público en general se convierta en una práctica encubierta de exclusión —o, en el caso de la discriminación racial, en una suerte de *apartheid*— de grupos socialmente marginados y, por ello, especialmente vulnerables.

Debe hacerse en todo caso una distinción entre los establecimientos abiertos al público y aquéllos de carácter restringido o privado. La apertura al público en general se convierte así en la nota caracterizadora del local o actividad sobre la que establecer la distinción entre la licitud e ilicitud de las conductas que impidan el acceso a determinadas personas o grupos de personas. La existencia de una normativa administrativa que regula las condiciones para obtener la correspondiente autorización o licencia así como la reglamentación de buena parte de los aspectos de su actividad suponen una buena muestra de la necesaria implicación de la Administración para impedir que determinados establecimientos que regentan los particulares se conviertan en espacios estrictamente privados³⁶.

La persona que explota un local público —en una cafetería, en un hotel o en un establecimiento comercial, por ejemplo— afirma su voluntad de contratar con cualquier persona que cumpla las condiciones de venta establecidas por el empresario. Si bien no se puede afirmar que exista por parte del empresario una obligación de contratar, sí se puede argumentar que el hecho de que el establecimiento se encuentre abierto al público implica la renuncia de éste a poder seleccionar a su clientela sobre bases estrictamente de carácter individual³⁷.

Esta prevalencia del derecho a la no discriminación sobre la autonomía privada en el derecho de admisión en los establecimientos públicos queda ya suficientemente consagrada en las regulaciones sobre los espectáculos públicos y actividades recreativas de las respectivas Comunidades Autónomas. Sin embargo, el alcance del de-

recho a la no discriminación en este ámbito se despliega directamente desde la Constitución, por lo que ante la inexistencia de las preceptivas regulaciones del derecho de admisión en algunas comunidades —donde será de aplicación el Reglamento de Policía que en ningún momento se refiere a la prohibición de la discriminación en el ejercicio de este derecho de admisión— deberá predicarse directamente la prevalencia de este derecho frente a la autonomía privada del empresario derivada directamente del texto constitucional.

Por el contrario, en los pubs o locales de carácter estrictamente privado podrán establecerse criterios delimitadores selectivos del grupo de personas que tienen acceso a ellos y, negativamente, podrá impedirse la entrada, incluso arbitrariamente, a aquellas personas que determine el dueño o responsable y ello en aras a la prevalencia en este ámbito de la autonomía privada ya que se trata de una esfera estrictamente privada en la que la libertad negocial del dueño prima incluso respecto al derecho a la no discriminación.

Diferente también será el caso en el que la denegación se fundamente en otro tipo de condiciones de carácter objetivo. Será el caso de que el aforo del local previsto por la licencia administrativa se encuentre ya cubierto, que la persona que trata de acceder tenga actitudes violentas, que se entienda que puede producir peligro para otros usuarios o que manifieste haber consumido drogas, sustancias estupefacientes o se encuentre en estado de embriaguez. En estos supuestos, como señalan algunas normativas autonómicas, podrá prohibirse el acceso a los locales o establecimientos o, en el caso de estar ya en su interior, podrá procederse a su expulsión.

Las posibles respuestas que contempla nuestro Ordenamiento ante una violación del derecho a la no discriminación en el acceso a un establecimiento público son diversas. Junto a la sanción penal a la que me referiré a continuación, el ejercicio discriminatorio del derecho de admisión se contempla como infracción administrativa dentro de las leyes sobre espectáculos públicos y actividades recreativas de buena parte de las Comunidades Autónomas. En efecto, en muchas de estas regulaciones se introduce la realización de tal práctica entre las infracciones tipificadas por estas Leyes, ya sea considerándolo como una falta grave o muy grave, lo que lleva aparejada la imposición de sanciones de multa (de hasta cinco millones de pesetas en el caso de La Rioja o Andalucía) y, alternativa o acumulativamente, el cierre provisional del establecimiento, la clausura del local (de hasta un año en el País Vasco o de dos en Navarra) así como la inhabilitación para la organización o promoción de espectáculos públicos y actividades recreativas

36 BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F.: «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», ob. cit., pág. 284.

37 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Autonomía privada y derechos fundamentales». *Anuario de Derecho Civil*, XCVI, Fasc. I, 1993, págs. 117 y 119. Comportamiento negativo que, unido a su carácter público u «observable» convierten dicha negativa en un acto de desprecio o minusvaloración discriminatoria que atenta contra la dignidad y, por tanto, contraria al Ordenamiento.

hasta por seis meses³⁸. Es la Comunidad de Madrid la que prevé las sanciones más graves, puesto que el ejercicio del derecho de admisión de forma arbitraria o abusiva se considera como una infracción muy grave, que puede ser castigada con alguna de las siguientes sanciones: multa entre 5.000.001 y 50 millones de pesetas, clausura del local de seis meses y un día a 2 años, suspensión o prohibición de la actividad o espectáculo de seis meses y un día a dos años inhabilitación para la organización o promoción de espectáculos y actividades de seis meses a dos años.

Específicamente para el caso de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, la Ley de Extranjería castiga en su artículo 50 en relación con el 23.2 b) a quien imponga condiciones más gravosas que a los españoles o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, asignándole una sanción de multa de 1.000.001 a 10 millones de pesetas.

Por último, también podría ser de aplicación el art. 7.2 del CC interpretando como abuso de derecho la conducta del titular de un establecimiento abierto al público que se niega a contratar con otra persona por alguna de estas circunstancias cuando esa negativa conlleve un trato vejatorio³⁹.

3. El artículo 512 del Código penal: la denegación discriminatoria de prestaciones privadas

3.1. Orígenes del artículo 512

En un proceso progresivo de tipificación de las conductas de discriminación que se inicia por la Ley 23/1976, de

19 de julio, la sanción de las discriminaciones en las relaciones entre privados no se introduce hasta el Código penal de 1995⁴⁰. Hasta entonces, y desde la reforma de 1983, sólo se castigaba la conducta denegatoria de un servicio público, ya proviniera del particular encargado del mismo, ya de un funcionario público —precepto por otro lado sorprendentemente no aplicado en su larga vida hasta el momento—. Las reticencias del legislador en la extensión de la sanción de la discriminación entre particulares más allá de la prestación de los servicios públicos, alcanzando también al ámbito profesional y empresarial, planea en su tardía recepción en el Código y explica que dos preceptos con un fundamento y una estructura idéntica, el 511 y el 512, hayan tenido un proceso vital tan diferente⁴¹.

En cualquier caso, ambos preceptos, junto con la discriminación laboral —conductas todas ellas que castigan las conductas de discriminación en sentido estricto⁴²—, presentan una lógica distinta al resto de delitos antidiscriminatorios recogidos en el Código penal cuyo origen se encuentra en la normativa internacional surgida tras la II Guerra Mundial en respuesta a los acontecimientos históricos de la primera mitad del siglo XX: el genocidio alemán, el colonialismo europeo y el apartheid sudafricano. Trascendental en el nacimiento de las legislaciones antidiscriminatorias europeas es la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) aprobada por Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965⁴³, pues compele a los Estados firmantes a adoptar medidas penales para castigar las conductas discriminatorias que consistan en la incitación a la discriminación y violencia raciales, en la difusión de ideas basadas en la superioridad y el odio racial, la realización de actos violentos

38 Junto a ello, algunas Comunidades, tras prohibir el acceso a estos establecimientos y actividades a personas que exhiban símbolos, prendas u objetos que inciten a la violencia o supongan apología de actividades contrarias a los derechos fundamentales y que inciten al racismo y a la xenofobia, tipifican la conducta consistente en permitir el acceso de estas personas como infracción grave. Es el caso de la Ley 4/2000, de 25 de octubre de La Rioja (art. 42.24), de la Ley 11/2009, de 6 de julio de Cataluña (art. 5), o de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos y Actividades recreativas de la Comunidad andaluza (art. 17 d) y 14) o la Ley 17/1997, de 4 de julio de la Comunidad de Madrid (art. 24.2 y 37.14).

39 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Autonomía privada y derechos fundamentales». Ob. cit., pág. 117.

40 El único intento lo recogió el Anteproyecto de Código penal de 1983 que preveía la sanción del particular que denegare una prestación a la que tuviere derecho por las razones de discriminación establecidas en el tipo penal (art. 527). Tal previsión desapareció en cambio en los Proyectos de reforma sucesivos, el de 1992 y el de 1994, lo que fue subrayado, entre otros, por la Asociación de Jueces para la Democracia que propuso la inclusión en el primero de los proyectos, siguiendo la regulación francesa, de la sanción de la denegación, sin un motivo legítimo, de un bien o servicio, ya proviniera de quien lo ofertaba en el mercado, ya de sus empleados siguiendo instrucciones, por los motivos discriminatorios señalados en el artículo. «Observaciones críticas al Proyecto de Código penal», *CPCrim* n° 49, 1993, págs. 83 y 84.

41 Muestra de ello es que se trata de un precepto no previsto inicialmente en el Proyecto de L.O de Código penal presentado al Congreso de los Diputados y que, a partir de diferentes enmiendas presentadas por distintos grupos parlamentarios —Grupo Parlamentario Vasco PNV, Grupo Popular y Grupo-Federal IU-IC—, es incorporado a través de una enmienda *in voce* transaccional del Grupo Socialista. *Diario de Sesiones*, Congreso de los Diputados n° 516, 7 de junio de 1995.

42 Véase una clasificación de los delitos de discriminación en RODRÍGUEZ YAGÜE, C: «Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código penal español». *Dos mil-tres mil*, n° 11, 2007, págs. 73 y ss (también disponible en www.cienciaspenales.net).

43 Un análisis sobre los instrumentos jurídicos internacionales que originan y respaldan la legislación penal antidiscriminatoria en LANDA GOROSTIZA, J.: *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, págs. 57 a 99.

y la participación en organizaciones y actividades de tal naturaleza⁴⁴. La CERD reclama, por tanto, la sanción penal para aquellas conductas idóneas para crear un caldo de cultivo contra determinadas minorías así como las que tengan una naturaleza violenta. Para el resto, incluyendo las discriminaciones que se producen en el ámbito cotidiano en el ejercicio de los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, deja a los Estados libertad de elección de los recursos legales más idóneos para garantizar su prohibición. Uno de esos ámbitos a los que se refiere su artículo 5 es «el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques».

La previsión del artículo 4 de la CERD condicionó el proceso de tipificación de las conductas de discriminación, pues en un primer momento la mayoría de los países se limitó a sancionar aquello a lo que la CERD les obliga: las conductas provocadoras, apologeticas, negacionistas y de carácter violento. Pero a partir de los años 90, la tutela penal experimenta un proceso de expansión ante la sensibilización hacia las discriminaciones cotidianas en el acceso a las diferentes esferas de participación social, incorporándose tipos penales que castigan los comportamientos discriminatorios en ámbitos como las relaciones laborales, la prestación de servicios o el acceso a establecimientos públicos.

Ello ha coincidido también con un proceso de expansión en las causas de discriminación típicas, ante el descenso de las conductas racistas violentas, la búsqueda de nuevas víctimas entre los sectores sociales más desfavorecidos por parte de los grupos de extrema derecha y el activismo de los colectivos feministas y homosexuales.

Ambas nuevas dimensiones han confirmado un giro desde la inicial regulación penal antirracista hacia una regulación penal protectora del derecho a no ser discriminado⁴⁵.

En cualquier caso, es necesario subrayar que España presenta en cierta medida una lógica propia, determinada por la importancia de la jurisprudencia constitucional en la consolidación del mandato de no discriminación y por ello, desde su inclusión en el Código penal, los primeros delitos de discriminación se han conformado como mecanismo de tutela del derecho a no ser discriminado de todos aquellos colectivos que se encuentren en una situación de

marginación, previéndose, desde casi su inicio, la sanción de discriminaciones cotidianas como la denegación de un servicio público.

3.2. La denegación discriminatoria de una prestación a la que se tiene derecho en el ámbito profesional o empresarial

Con el fin de armonizar la intervención penal con el respeto al núcleo básico de la libertad privada, el legislador español ha optado por configurar un precepto penal en blanco, articulado a través de dos elementos normativos, «actividades profesionales o empresariales» y «prestación a la que se tiene derecho» dirigidos a determinar, por un lado, el ámbito en el que el Derecho penal está legitimado para intervenir en las relaciones *inter privados* y, por otro y dentro de aquél, las prestaciones concretas que un particular puede reclamar en tanto derecho subjetivo.

La técnica de la norma penal en blanco en este delito se presenta como un instrumento correcto que puede favorecer la determinación del tipo penal, al evitar la atribución al juez de la necesidad de valoración de la conducta discriminatoria, que deberá restringirse a comprobar si existía o no derecho a la prestación. La inclusión del elemento derecho a la prestación posibilita excluir del tipo la actuación conforme a derecho del sujeto que presta la actividad demandada sin necesidad de incorporar en el tipo penal las condiciones de prestación y los requisitos para su obtención, ni cláusulas de difícil valoración referidas a la evaluación de la motivación como «sin motivación» o «sin causa legítima».

A. Actividades profesionales y empresariales

La delimitación de este elemento debe formularse desde un punto de vista negativo y desde uno positivo.

Desde el primero, dentro de actividad profesional o empresarial se entenderán contenidas todas las actividades que quedan excluidas de las actividades de servicio público a las que se refiere el artículo 511 y que, partiendo de la publicación del sector, requiere que la titularidad del servicio esté en manos de la Administración —ya se preste por ella o indirectamente a través de particulares—, la consecuente inexistencia de autonomía privada y la actividad

44 Convención que inicia un proceso de tipificación penal en todos los países de nuestro entorno a partir de los años 70, proceso que se ve reforzado por otros textos internacionales posteriores como la Recomendación nº 453 del Comité de Ministros de 1966 del Consejo de Europa o la Acción Común del Consejo de 1996 para la lucha contra el racismo y la xenofobia, y cuya culminación hasta el momento se encuentra en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

45 Un resumen de las medidas legislativas contra la discriminación adoptadas en los países europeos puede verse en los informes periódicos emitidos por la Comisión para la eliminación de la discriminación y por la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) y en BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares, Granada, 1999, págs. 17 y ss; y en OAKLEY, R.: *Combattre la violence raciste et xénophobe en Europe. Etude et orientation pratique*. Conseil de l'Europe. Strasbourg, 1996, págs. 56 a 58.

de dación o prestacional de bienes o servicios configurada de manera individualizable como un derecho subjetivo⁴⁶.

Pero no todas las actividades que carezcan de tales notas estarán incluidas dentro del artículo 512. Es necesario hacer dos correcciones, que deben provenir tanto de las cualidades que caracterizan el ámbito profesional y empresarial como de la exigencia de que la prestación concreta esté configurada como un derecho subjetivo del sujeto por la normativa que regule el sector de que se trate.

En cuanto a lo primero, el primer elemento configurador de este ámbito es la titularidad privada de la prestación. Consecuencia de ello es la existencia de autonomía de la voluntad, y que, en el ámbito de la empresa, implica tanto la libertad de contratación como el establecimiento de los criterios que rijan el ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Ahora bien, como ya se apuntó al principio, la autonomía de la voluntad no tiene un carácter ilimitado, y puede ser restringida, respetando su núcleo esencial, ante la presencia de otros intereses de igual o mayor importancia. Una de tales restricciones es la constituida por la existencia de una normativa que configure la prestación como un derecho subjetivo del usuario potencial ante la importancia que tenga el sector concreto en el acceso en condiciones de igualdad a la vida social y económica. De esta manera, se seleccionan de entre todas las posibles prestaciones un conjunto reducido, de mayor importancia, en el que las conductas de discriminación suponen un mayor desvalor que las producidas en otro tipo de prestaciones sobre las que el sujeto no tiene un derecho subjetivo.

El requerimiento de que la conducta denegatoria se produzca en el ejercicio de una actividad profesional o empresarial presenta además una importante virtualidad delimitadora pues restringe la intervención penal a los casos en los que las actividades de prestación se realicen de manera habitual. Serán impunes, por tanto, las conductas de discriminación en la denegación de prestaciones llevadas a cabo por sujetos que no se dediquen de manera habitual a tal actividad, sino que hayan realizado la oferta de determinados bienes o servicios de una manera aislada u ocasional⁴⁷.

La determinación del círculo de posibles sujetos activos también tiene que deducirse a partir de la configuración de

este precepto en torno al ejercicio de una actividad profesional o empresarial. Es posible defender una interpretación restrictiva, entendiendo como autores únicamente a aquellos sobre los que pueda predicarse la condición de empresario o profesional⁴⁸. Así, sería empresario la persona física o jurídica que, profesionalmente y en nombre propio, ejerce la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado, y profesional liberal quien desempeña una actividad consistente en la prestación de bienes o servicios para el mercado dominada por su propia personalidad (médicos, arquitectos, ingenieros, abogados,...)⁴⁹.

Sin embargo más coherente con el sentido de la protección del bien jurídico así como con el sentido y alcance del artículo 511 del Código penal es la interpretación más amplia de la actividad profesional o empresarial, entendida no sólo como la desarrollada por una persona que ostenta la calificación de profesional o empresario, sino también en la que operan otras personas encargadas igualmente de llevarlas a cabo, y que en el seno de una relación laboral, son aquéllos que realicen esas actividades profesionales de manera efectiva. Por ejemplo, el empleado de una farmacia que se niega a atender a una persona de color o el camarero de un restaurante o el portero de una discoteca que prohíben la entrada al establecimiento de una persona aludiendo a su nacionalidad.

En efecto, carecería de toda lógica que el Código castigase en el ámbito de los servicios públicos todas las conductas de denegación discriminatoria posible, pues la delimitación de los sujetos activos del artículo 511 así lo permite —los funcionarios públicos y los particulares encargados del servicio público—, y se limitase la aplicación del artículo 512 a sancionar las conductas de los titulares de la actividad, dejando impunes las conductas de la misma naturaleza que provengan de quienes, en su actividad laboral, llevan a cabo de manera efectiva tales prestaciones. Con la expresión «en el ejercicio de sus actividades profesionales y empresariales», el legislador estaba delimitando principalmente, más que el círculo de posibles sujetos activos, el ámbito de intervención penal, por lo que deberá sancionarse a todos los que puedan operar dentro del mismo.

46 Conforme a estos criterios, constituirán prestaciones de servicio público según el artículo 511 los servicios públicos reservados en exclusiva a la titularidad de la Administración conforme al artículo 128.2 CE como el transporte urbano por carretera, el suministro de agua o los servicios públicos municipales. También los servicios públicos no reservados como la educación y la sanidad públicas. E igualmente la enseñanza o la sanidad en régimen concertado, en tanto la Administración se sirve de medios ajenos a ella para realizar sus propias competencias educativas y sanitarias a través del régimen de concierto, lo que diluye la libertad de empresa. Más detenidamente en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado...*, ob. cit., págs. 328 y ss.

47 La falta de tal restricción ha permitido en otros países, como en Francia, castigar las denegaciones discriminatorias de actos aislados de oferta al público de una prestación de un bien o servicio, como la denegación de alquiler de apartamentos. LARGUIER, J., y LARGUIER, J.: *Droit pénal spécial*, 12^o edition, Dalloz, Paris, 2002, pág. 188.

48 Así lo requieren CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código penal*. Rodríguez Mourullo, G. (dir). Civitas, Madrid, 1997, pág. 1279; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ob. cit., pág. 1926; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal», ob. cit., pág. 341 o GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 211.

49 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones del Derecho Mercantil*, vol. I. 24^o edición, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 53.

En cualquier caso, estamos ante un delito especial, puesto que el círculo de posibles sujetos activos se encuentra restringido en virtud del campo profesional, teniendo asignada una función prestacional de carácter privado, ya sea el encargado legal de realizarla, ya sea quien la presta de manera efectiva en el seno de una relación laboral.

Por tanto, quedan fuera de este tipo penal las conductas discriminatorias que realicen los particulares fuera de esa actividad profesional o empresarial. Por ejemplo, el amigo del dueño de un local que, ante la ausencia de éste, se arroga en su posición e impide la entrada por su condición sexual a una persona en el establecimiento. En cambio, la contribución del *extraneus* podrá ser punible en los casos en los que actúe junto a un sujeto cualificado como inductor, cómplice o cooperador necesario⁵⁰.

En el caso en el que la discriminación se produzca en el seno de una gran organización empresarial, será posible imputar en concepto de coautor al directivo o superior que da la orden, puesto que el dominio funcional del hecho no se produce únicamente a través de la realización de acciones ejecutivas sino que también abarca la fase preparatoria cuando mediante ella se decide y configura la ejecución del delito⁵¹. Si no da la orden pero la tolera podrá ser considerado cooperador necesario o cómplice en comisión por omisión si la actuación es previa a la consumación de la negación⁵². No obstante, la responsabilidad del superior no diluye en cambio la del subordinado, que actúa dolosamente en tanto su posición de garante respecto del bien jurídico le corresponde de manera originaria e individual.

B. Prestaciones a las que se tiene derecho: el acceso a los lugares públicos

El segundo elemento normativo introducido por el legislador en este tipo penal con el fin de restringir su ámbito objetivo de aplicación y armonizarlo con el respeto al núcleo esencial de la autonomía privada es la existencia de un derecho a la prestación que se ha denegado, estableciendo el punto de inflexión entre aquellas conductas dignas de

reprobación penal y aquellas referidas a la esfera más íntima y privada de la persona, amparadas por su derecho a la libertad genérica.

El Derecho penal debe intervenir cuando se discrimine a una persona en el goce y disfrute de una serie de derechos cuya prestación obligatoria, pese a tratarse de un ámbito privado, está previa y normativamente garantizada. No debemos olvidar de que la calificación de una actividad como servicio público no responde siempre a la relevancia de la prestación. Al contrario, en muchos casos la titularidad privada de una serie de prestaciones de gran importancia para la vida social responde a una determinada coyuntura económica e ideológica y de demanda de una mayor competitividad —es el caso de los servicios públicos privatizados—. A ello se suman otro tipo de prestaciones, de titularidad privada que, por su importancia, requieren la intervención administrativa para que sean garantizados en condiciones de igualdad. En todo caso, se trata de prestaciones, de titularidad privada, en las que su carácter de servicio ofrecido al público en general supone una renuncia a la selección de las partes contratantes.

Pero esta limitación del tipo penal a la exigencia de que exista un derecho previamente establecido se traduce en la garantía del respeto al núcleo esencial de la autonomía de la voluntad, puesto que se dejan impunes todas aquellas actuaciones, pese a su naturaleza discriminatoria, en donde el arbitrio en la selección de las personas con las que se va a establecer una relación jurídica se convierte en un derecho irrenunciable del sujeto, con independencia de la valoración ética que pueda recibir una decisión tal. De otra manera, se atentaría directamente contra los principios básicos reguladores del mismo tráfico jurídico.

Por tanto, para dotar de contenido este elemento normativo, será imprescindible acudir a la normativa específica reguladora del sector de actividad de que se trate para confirmar la existencia o no de un derecho a su recepción.

De las posibles fuentes de las que puede emanar la creación de ese derecho subjetivo a la obtención de la prestación, la legislación y un contrato privado⁵³, a mi juicio sólo

50 Aplicando en su caso la atenuante analógica del art. 21.6, al faltar en el *extraneus* las especialidades cualidades requeridas por el tipo, o lo que es lo mismo, el deber concreto requerido por estos tipos penales de no denegar discriminatoriamente una prestación. Sobre la aplicación de la atenuante analógica a los partícipes de delitos especiales propios. Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: «La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio», *AP*, 1995, págs. 105 y ss y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: «La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del TS 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)», *AP*, 1996.

51 MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económico empresarial?». *Derecho penal económico*. Manuales de formación continuada nº 14, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 224 y ss.

52 Fórmula de imputación que ha sido utilizada para los delitos medioambientales, la responsabilidad por el producto y los delitos económicos. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 201 y ss. En todo caso, debe requerirse la posición de garantía respecto a la protección del bien jurídico por parte del superior jerárquico, que le obliga a garantizar el cumplimiento del derecho a no ser discriminado en su ámbito de actuación en el seno de la empresa o de la Administración respecto a sus subordinados. Puesto que se trata de delitos de omisión propia de garante, debería constatar su capacidad para realizar el comportamiento exigido y la certeza de que, de haberlo realizado, se habría evitado el resultado.

53 Dejando aparte los Códigos deontológicos que, al no ser normas de contenido jurídico, es más que discutible que puedan crear un derecho subjetivo a una prestación privada propia del ámbito profesional o empresarial capaz de limitar la autonomía privada.

la primera de las fuentes es digna de requerir la intervención del Derecho penal. La existencia de una normativa previa que regule la actividad de un sector de actividad determinado —entendida de manera amplia, leyes, reglamentos e incluso órdenes— identifica aquellos ámbitos que, pese a ser de titularidad privada, presentan un interés público determinado que exige la limitación de la libertad de empresa del prestatario. La fuerte intervención de determinados ámbitos y la existencia de un interés público, ya sea porque se trata de servicios anteriormente calificados como servicio público y sometidos recientemente a un proceso de privatización⁵⁴, ya porque existe un especial interés público⁵⁵ o porque están destinados a la generalidad⁵⁶, legitima la intervención del Derecho penal para la protección del derecho a no ser discriminado en la prestación de tales actividades.

Distinto es el caso en el que el derecho derive de una relación contractual, que vincule a las partes contratantes, lo que no deja de ser una relación *inter privatos* donde la ausencia de una reglamentación exhaustiva del sector correspondiente es un factor indicativo del menor interés público de tal relación jurídica y cuya garantía debe realizarse por otras vías menos punitivas que el Derecho penal⁵⁷.

Precisamente uno de esos sectores fuertemente intervenidos debido a su trascendencia para el acceso y disfrute de bienes básicos en la sociedad es el de las prestaciones provenientes de los establecimientos abiertos al público, también denominadas por la doctrina como servicios al público.

Como se acaba de señalar, el derecho de acceso a los lugares públicos no es un derecho ilimitado, ni un sector carente de regulación. Más bien al contrario, la implicación de la Administración en la reglamentación de este tipo de actividad es evidente y ello debido a los intereses eminentemente públicos que, pese a tratarse de establecimientos, locales y actividades de titularidad privada, ro-

dean este ámbito en tanto que están abiertos en principio al público en general. Esa fuerte reglamentación exige, en primer lugar, la concesión de una autorización o licencia para la apertura de estos locales o establecimientos o para la realización de las actividades o espectáculos públicos. Pero además se refleja en una minuciosa regulación de los aspectos referidos a la realización de estas actividades así como de los derechos y obligaciones que respectivamente corresponden a los titulares y a los usuarios. Entre ellos, el derecho de admisión y su correlativo derecho de acceso, en el caso de cumplir los requisitos previamente previstos —y debidamente publicitados— por los titulares del local o establecimiento. De esta manera, una vez que la persona cumpla los requisitos establecidos previamente para el acceso al local o actividad al público —y que deben ser públicas, visibles desde el exterior y haber sido comunicadas a la Delegación Territorial del Gobierno—, y si no existen razones que lo impidan —como el aforo lleno— la persona tiene derecho a acceder al lugar sin que pueda ser discriminado por alguna de las causas expresamente establecidas.

Tomando de referencia el ya citado Reglamento General de Policía de Espectáculos —R.D. 2816/1982, de 27 de agosto—, que pese a su carácter supletorio frente a la regulación autonómica en esta materia establece las pautas que ésta debe cumplir, vemos cómo el ámbito de aplicación está referido a los espectáculos, actividades y establecimientos públicos, o lo que es lo mismo, que va dirigido al público en general. Lo relevante es esta última nota: que se trate de servicios dirigidos al público, sin que exista a priori una limitación de un grupo reducido de personas a las que va destinada la actividad. La existencia de una previa voluntad de contratar con cualquier persona, que es lo que comporta ese carácter de «abierto al público» o de la generalidad⁵⁸, supone en sí una limitación al contenido pleno de la libertad de empresa. Y ello con independencia de si se trata de una actividad que tenga o

54 Lo que permitirá la aplicación del tipo penal a los denominados servicios públicos liberalizados como el sector de la telefonía, de la prestación de energía eléctrica, los hidrocarburos y algunos servicios locales privatizados como los funerarios.

55 En el caso de la enseñanza privada, aunque no existe un derecho a ser admitido en un centro privado —estando establecidos tales criterios dentro de los márgenes de la libertad de empresa que rigen este tipo de enseñanza— sí podrán considerarse típica la discriminación realizada contra un niño ya admitido en el colegio al que se le deniega cualquier otra prestación educativa por criterios discriminatorios o se establece una prestación en solitario, por ejemplo, por su condición de seropositivo—.

56 Como ocurre en los denominados servicios públicos virtuales o impropios como el servicio de taxis o las farmacias, ambos sectores de titularidad privada pero fuertemente controlados por la Administración con el objeto de garantizar el cumplimiento del interés público existente en su prestación, de las legislaciones autonómicas que regulan el sector del taxi o de la Ley General de Sanidad.

57 Lo que excluye del tipo penal actividades profesionales donde no existe un derecho a la prestación como la asistencia jurídica de un abogado, ámbito donde rige fuertemente la autonomía privada —Estatuto General de la Abogacía Española (art. 26 del RD 658/2001, de 22 de junio). Sí en cambio queda incluida en el tipo penal la defensa de oficio y la Asistencia jurídica gratuita donde la normativa establece un derecho a su prestación una vez se cumplan una serie de requisitos, pudiendo únicamente renunciar el abogado a la defensa ante la concurrencia de un motivo personal o legítimo o ante la insostenibilidad de la pretensión —Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita—.

58 Hay que señalar que la nota de la «generalidad» de las personas a las que va dirigida la prestación ha sido un elemento requerido por parte de la doctrina penal para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 512. Así MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal, Parte Especial*. 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 815. Igualmente VIVES ANTÓN, T.S. o CARBONELL MATEU, J.C: *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 816.

no fines lucrativos, de si se realiza de manera habitual o esporádica o de si su titularidad es pública o privada⁵⁹.

Quedan fuera del tipo penal en cambio todas aquellas actividades de ámbito puramente privado: aquellas que por su carácter familiar o social no estén abiertas al público en general. En estas últimas, el derecho de admisión rige sin limitación y aunque el mandato constitucional de prohibición de discriminación es exigible también en las relaciones entre privados el Derecho penal no podría intervenir en este ámbito concreto sin ser cuestionado el principio de intervención mínima.

Tanto el Reglamento de Espectáculos como las normativas autonómicas —siguiendo a grandes rasgos lo establecido por aquél— recogen un anexo en el que delimitan exhaustivamente su ámbito de aplicación material y, con ello, la regulación del derecho de admisión. Esta normativa será aplicable, por tanto, a espectáculos públicos celebrados en edificios o locales⁶⁰, espectáculos y actividades deportivas realizados en locales o recintos⁶¹, otros espectáculos y actividades deportivas realizados en espacios abiertos⁶², actividades recreativas⁶³ y establecimientos públicos. Entre éstos, el Anexo cita expresamente los restaurantes, los cafés y cafeterías, los bares y tabernas, los cafés-cantantes, los cafés-teatros, los cafés-conciertos, los tablaos flamencos y las salas de exposiciones y conferencias⁶⁴.

Por tanto, el derecho a la prestación surge en estos sectores por la normativa que regula los establecimientos y espectáculos públicos —ya sea las leyes autonómicas co-

rrespondientes en desarrollo de las competencias transferidas en este ámbito, ya sea de manera supletoria el R.D. 2816/1982, de 27 de agosto en aquellas que todavía no han legislado esta materia—. Por lo tanto, es una fuente legal la que configura el derecho a la prestación de estas actividades empresariales.

La razón de ser de la fuerte reglamentación a la que se ven sometidas estas actividades y establecimientos la apuntaba con anterioridad. La existencia de un importante interés público en garantizar el acceso a determinadas actividades y establecimientos dirigidos a una generalidad de personas y la existencia por ello de una voluntad genérica de contratar implica una limitación voluntaria del propio derecho a la libertad de empresa: son los dos factores que restringen el contenido de la autonomía de la voluntad. Lo que se pretende es que en estos ámbitos el derecho de admisión no suponga una práctica encubierta de exclusión social de determinados colectivos.

En cambio, La autonomía privada, y concretamente su manifestación como autonomía contractual, excluye del ámbito objetivo de aplicación del delito del 512 el resto de actividades de tipo comercial⁶⁵. Este ámbito de actividad, que queda fuera de los establecimientos considerados como públicos —o mejor dicho, al público— donde la normativa garantiza el derecho de admisión, no existe un derecho a ser elegido como inquilino de una vivienda puesta en alquiler o a que se le venda una determinada prenda u objeto⁶⁶. La elección de las personas con las que

59 Sin olvidar que si su titularidad es pública y a la vez se trata de un servicio calificado como público la denegación de tal prestación (de acceso, en este caso) de carácter discriminatorio dará lugar a la aplicación del artículo 511 y no del 512.

60 Entre los que cita los cinematógrafos, teatros, conciertos, circos, variedades y folklore, espectáculos taurinos, teleclubes, y los teatros, cines, circos y demás espectáculos ambulantes.

61 Y que incluyen los campos de fútbol, los campos de baloncesto, balonmano y balónvolea, las pistas de tenis, las pistas de patinaje y de hockey sobre hierba y sobre patines, los velódromos, los circuitos de carreras motociclistas y automovilísticas, hipódromos, canódromos, campos de tiro, boleras, frontones, gimnasios y pistas de atletismo, piscinas, locales de boxeo y béisbol.

62 Se refiere concretamente a los espectáculos y actividades deportivas realizados en teatros, cines y demás espectáculos de verano o al aire libre, las regatas y otros espectáculos o actividades deportivas náuticas, los espectáculos y actividades aeronáuticas, las carreras ciclistas, motociclistas y automovilísticas en las vías públicas, el moto-cross, las actividades y competiciones de esquí y las pruebas de pedestismo o maratones deportivos y populares.

63 Incluyendo los juegos de azar —entre los que enumera los casinos de juego, las salas de bingo, máquinas recreativas y de azar, tómbolas y salones recreativos—, las atracciones —atracciones y casetas de ferias, parques de atracciones, parques zoológicos y los safari-park— y otras actividades recreativas como las verbenas y fiestas populares, las manifestaciones folklóricas, las salas de fiesta y de juventud, las discotecas y salas de baile, las salas de fiesta con espectáculos o pases de atracciones, los festivales, concursos de canciones o similares y las romerías.

64 La Sentencia de 11 de junio de 1999 de la AP de Alicante aplica el artículo 512 al portero de un pub que prohíbe la entrada de dos ciudadanos de raza negra precisamente por este motivo. Entiende la AP que en este caso se ha denegado a dos ciudadanos, por su color, un derecho concreto y determinado como es el acceso a un establecimiento público de esparcimiento.

65 Igualmente en este punto PORTILLA CONTRERAS, G.: *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 698 y 699.

66 Por el contrario, una de las pocas sentencias existentes hasta el momento en la que se aplica el tipo penal del 512, concretamente, 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 con el siguiente argumento «yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros». Fundamenta el TS que existe una denegación a una prestación «a la que se tiene derecho» junto a la clara motivación discriminatoria. En cambio, la Sentencia de la AP de Asturias, de 13 de noviembre de 2000, castiga como falta de vejación injusta —y no como delito de discriminación—, la conducta consistente en el impedimento a un minusválido del acceso a un local comercial, eso sí, admitiendo que «al prohibir la entrada en el supermercado a aquélla [la madre del niño minusválido] empujando una silla en la que llevaba a su hijo minusválido

se va a realizar un contrato queda al arbitrio del empresario, amparado por la autonomía privada. Ello no quiere decir que en este ámbito no rija el respeto al derecho fundamental a la no discriminación y ello porque también los particulares están vinculados en sus relaciones *inter privados* al respeto a los derechos fundamentales. Pero eso no legitima la intervención del Derecho penal en la tutela de tal derecho. Son otros mecanismos, como los recogidos en los artículos 7.2 y 1255 CC los que, en su caso, deberán intervenir en la protección del derecho fundamental contenido en el artículo 14 CE. El elemento del derecho a la prestación sirve de esta manera como un correcto límite para determinar las actividades en las que debe intervenir el Derecho penal para la protección del derecho fundamental a la no discriminación y diferenciarlas de aquellas otras en las que el mayor ámbito de autonomía privada aconseja la intervención de otros mecanismos del Ordenamiento, ya sea sancionadores, ya medida positivas, menos lesivos que el Derecho penal. No serán delictivas, por tanto, las denegaciones discriminatorias en el alquiler de una vivienda o

en la venta de un producto, ya por un particular, ya en una tienda o establecimiento comercial⁶⁷ —fuera de aquellos lugares donde el derecho a la prestación se encuentra cubierto por el derecho de admisión—⁶⁸.

En cambio, sí que se incluye dentro del tipo penal la denegación de alojamiento en un hotel o en una pensión por alguna de las causas discriminatorias establecidas. Y ello puesto que en la mayoría de las regulaciones autonómicas referidas al derecho de admisión⁶⁹, así como alguna específica referida al turismo⁷⁰, limitan el derecho de admisión en los establecimientos hosteleros al cumplimiento del mandato de no discriminación, lo que manifiesta la voluntad del legislador de limitar en esta esfera la autonomía privada⁷¹.

C. La conducta típica: la denegación discriminatoria

El legislador, con buen criterio, descarta la conveniencia de la inclusión del término discriminar en la configuración del tipo penal debido a la gran amplitud e indeterminación de este término⁷². Su inclusión en el delito de

de 7 años de edad, y permitir a continuación la entrada de un minusválido adulto en su silla de ruedas, se hizo una discriminación injustificada, con independencia de que las «normas» del supermercado no pueden ir contra la letra ni el espíritu de la Constitución sino, por el contrario, si acaso, establecer una discriminación positiva favorecedora del acceso al local de personas minusválidas».

67 Sin perjuicio de la utilización de otro tipo de mecanismos por parte del Ordenamiento como es la configuración como acto de competencia desleal del tratamiento discriminatorio —como desigualitario— del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta si no existe una causa justificada. Así lo establece el artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prevé, entre otras medidas, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto en el caso en el que haya intervenido dolo o culpa del agente (artículo 18).

68 Mientras que la delimitación prevista por el tipo penal suizo hacía interpretar de manera uniforme a la doctrina que estas actividades, al pertenecer a la esfera privada, quedaban fuera de sanción penal, no ocurre lo mismo en el caso francés, donde se sancionan indistintamente, equiparándose en gravedad con independencia de su mayor o menor dimensión pública, conductas como la denegación del alquiler de un apartamento con la denegación de una habitación de un hotel o con la denegación por un organismo estatal —concretamente el HLM— de alquiler de un apartamento destinado a personas con pocos medios a una persona por su nacionalidad argelina; todas ellas encuentran cobertura bajo el artículo 225-2 que sanciona la discriminación consistente en la denegación de la proporción de un bien o de un servicio. Menciona éstos y otros supuestos GATTEGNO, P.: *Droit pénal spécial*, 4ª edición, Dalloz, Paris, 2002, pág. 127. En España únicamente se ha mostrado a favor de la sanción penal de estas conductas la ASOCIACIÓN DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA que, en sus Observaciones al Proyecto de CP de 1992, afirmaban: «No puede ser efectiva ni rigurosa una actuación social contra el racismo si se permite que conductas de discriminación racial abierta, incluso descarada, como por ejemplo sería la negativa a la venta de una vivienda a una persona por la razón expresamente declarada de ser de raza negra, careciesen en absoluto de reproche penal». «Observaciones críticas al Proyecto de Código Penal», ob. cit., pág. 83. También durante los trabajos parlamentarios del actual Código penal, en el debate en la Comisión de Justicia e Interior, el Sr. LÓPEZ GARRIDO argumentó la necesidad de este tipo penal para castigar conductas como la negativa a vender productos o a alquilar un piso a una persona por razón de su color. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* nº 516, 7 de junio de 1995.

69 Es el caso, por ejemplo, de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, del País Vasco, del Decreto 184/1998, de 22 de octubre de la Comunidad de Madrid, de la Ley 11/1998, de 8 de enero, de Canarias, de la Ley 4/2003, de 26 de febrero de la Comunidad valenciana, del Decreto 220/2006, de 7 de noviembre de Aragón o de la Ley 7/2006, de 2 de octubre de Castilla-León.

70 Así, el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, sobre establecimientos hoteleros de Andalucía, que en su artículo 5 señala que «En ningún caso el acceso a los establecimientos hoteleros podrá ser restringido por razones de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

71 En contra, GARCÍA VITORIA, A.: «Los delitos de discriminación en el Código penal español», *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Granada, 2001, pág. 259. Sí que se trata de una conducta que ha sido sancionada por los tipos penales homólogos en países como Francia o Suiza. Sobre Francia, vid. GATTEGNO, P.: *Droit pénal spécial*, ob. cit., pág. 127. Y en cuanto a la aplicación del art. 261 bis 5 del CP suizo, ROM, R.: *Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht*. Huber Druck, AG, Zürich, 1995, pág. 143.

72 Especialmente ante la ausencia en nuestra legislación penal de discriminación, que sí se recoge en cambio en la Ley belga de 12 de abril de 1994 o en los Códigos penales francés, holandés y luxemburgués.

discriminación laboral (art. 314), en el delito de provocación a la discriminación (art. 510) y en las asociaciones ilícitas punibles (art. 515.5) plantea no pocos problemas de interpretación.

Más acorde con el carácter jurídico de la discriminación, la restricción de la intervención penal a los comportamientos consistentes en la denegación de una prestación a la que el sujeto tiene derecho respeta un correcto equilibrio entre la sanción de cualquier comportamiento discriminatorio en las relaciones entre privados y la enumeración casuística de los sectores en los que un sujeto puede sufrir una discriminación en el ejercicio de sus derechos.

Fórmulas similares las encontramos en el derecho comparado, donde un importante número de países optan por la fórmula de la denegación —o la más amplia de la discriminación tras su definición— en la prestación de bienes y servicios, ya sean ofertados al público o en el ejercicio de una profesión, comercio, negocio o empresa —o su subordinación a determinadas condiciones, como es el caso de Francia—⁷³. Algunos países se refieren expresamente a la denegación de entrada —y en algún caso, también a la expulsión— en una reunión, establecimiento o espectáculo público⁷⁴.

En cuanto al significado de «denegar», no debe entenderse solamente su acepción negativa como «no conceder lo que se pide o se solicita». A esta interpretación literal como no realización de la prestación hay que añadir una lectura material de este término, coherente con el ámbito de actividades en el que la protección del derecho fundamental a la no discriminación trata de hacerse efectiva. Se incluirían de esta manera las conductas que supongan la concesión de la prestación de una manera diferenciada o en términos diferentes a los señalados⁷⁵. Una y otra for-

ma suponen el impedimento, en condiciones de igualdad, de la prestación a la que el sujeto tiene derecho. Inherente al contenido del derecho a la prestación es tanto su realización como la forma concreta de llevarla a cabo, por lo que se cometería una denegación típica tanto si el portero impide la entrada a un grupo con síndrome de Down a una discoteca como si la discoteca les presta el servicio de manera separada, sin posibilidad de relación con el resto de clientes. Ambas conductas presentan un desvalor idéntico, pues comportan el mismo ataque a la dignidad humana, un carácter peyorativo similar, afectando del mismo modo el derecho a no ser discriminado.

Otra interpretación, limitada a la denegación como negativa a la prestación, conduciría a la inaplicación de este tipo penal frente a las conductas más radicales de discriminación, como son las prácticas de segregación y de *apartheid*, que no siempre consisten en la negación del acceso a determinados colectivos, sino en la prestación de una manera diferenciada, que trata de evitar la mezcla de diferentes grupos de la población.

De esta manera se incluyen tanto las conductas omisivas, consistentes en la no realización de una prestación a la que se está obligado, como las conductas que impliquen poner obstáculos, restricciones, limitaciones o condicionamientos de la prestación, esto es, la realización de una prestación diferenciada que equivaldría a no su realización. En cambio, serían atípicas las conductas consistentes en mejoras del resto de usuarios, no previstas en la normativa reguladora del sector correspondiente, en tanto no pueden interpretarse como derechos subjetivos a los que el sujeto tenga derecho.

En tanto la conducta típica consiste en la no realización de un comportamiento ordenado por la norma —ya sea a

73 Así Suiza (art. 261 bis CP), que castiga a quien deniegue una prestación por él ofertada, destinada para la generalidad, a una persona o grupo de personas en razón de su raza, etnia o religión); Francia (art. 225-2 CP) que sanciona, entre otras conductas, la denegación de la proporción de un bien o la prestación de un servicio o la supeditación de la entrega de un bien o la prestación de un servicio a una condición basada en alguna de las causas de discriminación; Bélgica (art. 2 Ley de 30 de julio de 1981), que castiga a quien cometa una discriminación en la prestación o en el ofrecimiento de prestación de bienes, servicios o en el disfrute de los mismos; Luxemburgo (art. 455 CP) que pune la denegación en el ofrecimiento de bienes o servicios y la práctica discriminatoria en la prestación de los mismos; Grecia (el art. 1 de la Ley 927/1979 para la represión de los actos o actividades tendentes a la discriminación racial), que prohíbe la denegación, en el ejercicio de una profesión, de la venta de una mercancía o la realización de una prestación o condicione su realización al cumplimiento de condiciones especiales; Dinamarca (la Ley nº 189 de 9 de junio de 1971, ampliamente reformada en 1987) que castiga la denegación de servicio en un comercio, negocio o empresa sin fines de lucro en las mismas condiciones que se ofrece o sirve al resto y la denegación de entrada a una persona en las mismas condiciones que el resto a un lugar, representación, exposición, reunión u otro acontecimiento público; Finlandia (art. 9 CP), que prohíbe la negación de la prestación de un servicio a alguien con arreglo a las condiciones aplicables generalmente y la negación de entrada a un espectáculo o reunión o lo expulse de estos lugares, así como la colocación de alguien en una situación de desigualdad o de inferioridad esencial) y Suecia (art. 9 CP), que sanciona al empresario que, en la gestión de su negocio, discrimine a una persona, no dándole el trato en los términos y condiciones que normalmente son seguidas por el empresario en el transcurso de su actividad al resto de personas.

74 Así lo hacen Dinamarca (art. 9 CP) y Finlandia (art. 9 CP) y Austria; esta última, en la configuración de su sanción administrativa. Concretamente, es la Ley de Introducción de las Leyes de Procedimiento Administrativo de 1991 (EGVG) la que contempla una multa para todo aquel que discrimine de manera injustificada a personas por el único motivo de su raza, color, origen nacional o étnico, convicción religiosa o por ser discapacitado o les impida entrar en lugares o utilizar servicios destinados al público.

75 Así, el artículo 9 del Capítulo 16 del Código penal sueco sanciona por discriminación ilícita al empresario que, en la gestión de su negocio discrimine a una persona por su raza, color, origen nacional o étnico o sus creencias religiosas, no dándole el trato en los términos y condiciones que normalmente es aplicado por el empresario en el transcurso de su actividad al resto de personas.

través de una negativa, ya mediante una prestación diferenciada—, estamos ante un delito de omisión. Su configuración además como delito de mera actividad (de mera inactividad), consumándose con la mera denegación, y como un delito especial, puesto que se articula a partir de la existencia de un específico deber jurídico de actuar, lo convierten como un delito de omisión pura de garante⁷⁶.

En el caso de la negativa de acceso a un lugar público, la conducta habitual será su realización a través de una negativa expresa de carácter verbal. Su consumación tendrá lugar, pues, con la negativa a la prestación de este servicio. Si en cambio se realiza a través de una prestación diferenciada, el momento de la comisión puede ser alternativo, bien cuando el encargado de la prestación señale al sujeto pasivo la decisión de la realización de tal conducta, comunicándole el establecimiento de condiciones no previstas para el resto, bien cuando, de no haber comunicado tal posibilidad, realice activamente el comportamiento consistente en la prestación diferenciada, por ejemplo, llevarle a un lugar diferenciado del resto.

Aunque para la consumación de este delito no es necesario que el contenido negativo de la decisión denegatoria llegue a conocimiento del sujeto pasivo, en el caso del acceso a establecimientos abiertos al público su conocimiento se producirá en la práctica totalidad de los casos.

Su carácter de delito de mera actividad (inactividad) trae como consecuencia que en los casos en los que la prestación sea realizada gracias a la intervención posterior de un tercero no se pueda hablar de tentativa, por ejemplo, cuando tras una negativa de acceso a una discoteca por parte de un portero, ésta se produce tras la intervención

mediadora de otro compañero. La lesión al bien jurídico no discriminación se produce con la negación, con lo que la intervención del tercero llega una vez que el delito se ha consumado.

Especialmente problemático se plantea el supuesto en el que el propietario de un establecimiento abierto al público cuelga un cartel en la puerta prohibiendo el acceso a determinadas personas, por ejemplo, de otra raza⁷⁷. En este caso, en primer lugar, falta una concreta denegación que pueda individualizarse bien en un individuo, bien en un colectivo determinado. Falta además la previa solicitud que inicia el proceso de acceso a una prestación. Además, el artículo 512, frente a lo que ocurre en su anverso el 511, no contempla como sujetos pasivos a los colectivos. Todo ello dificulta la apreciación como delito consumado de este tipo penal, pudiéndose apreciar, en su caso, en grado de tentativa⁷⁸.

Por último, y en aquellos casos en los que la conducta denegatoria se acompaña por la utilización de la violencia propia de los delitos de coacciones⁷⁹, por ejemplo, si el portero de una discoteca impide con empujones y golpes la entrada de una persona de otra raza en un local, se plantea qué tipo de relación concursal debe establecerse con el delito de coacciones. Aunque partiendo del carácter residual de este último, se puede afirmar que el concurso de normas debería ser resuelto con el principio de especialidad a favor del artículo 512⁸⁰, una interpretación estrictamente gramatical de la cláusula concursal comprendida en el artículo 172.2, referida a las coacciones que tengan como objeto el impedimento del ejercicio de un derecho fundamental, permite la resolución mediante la aplicación del principio de alternatividad⁸¹.

76 Siguiendo la distinción realizada por SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Bosch, Barcelona, 1983, págs. 343 y 344.

77 En Alemania, un comportamiento similar consistente en la exhibición en locales de carteles prohibiendo el acceso a los turcos («*Türken ist der Zutritt verboten*») suscitó un debate en la doctrina sobre la necesidad o no de su castigo penal y sobre la posibilidad de recurrir a las sanciones penales ya previstas —a través del §185 que castiga las injurias (*Beleidigung*) o del §130 que castiga la incitación contra partes de la población (*Volksverhetzung*);— o bien a favor de su tipificación expresa. Partidario de la aplicación del §130, se ha pronunciado LOHSE, V.: «*Türken ist der Zutritt verboten*»— *Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung*», *NJW* 1985, Heft 29, págs. 1678 y ss; y «*Werden Gastarbeiter und andere Ausländer durch §130 StGB gegen Volksverhetzung wirksam geschützt?*». *NJW* 1971, Heft 29, págs. 1245 y ss. En contra se han manifestado RÖMER, W.: «*Nochmals: Werden Gastarbeiter und andere Ausländer durch paragraph 130 StGB gegen Volksverhetzung wirksam geschützt?*». *NJW* 1971, 1735-1736; RUDOLPHI, H.J.: «*§130*», *StGB II*, 46 Lieferung, 6. Auflage, 1998, págs. 70 y 71 ; o WOLF, G., «*Strafbarkeit wegen ‚Diskriminierung‘?*», *Diskriminierung-Antidiskriminierung*. Springer, Frankfurt, 1996, pág. 134.

78 Sin perjuicio, claro está, de que se apliquen las sanciones administrativas correspondientes recogidas en las regulaciones nacionales y autonómicas de celebración de espectáculos.

79 Acogiendo una interpretación restrictiva del concepto de violencia, lo que en palabras de CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C., implica que «la violencia propia del delito de coacciones trasladada a la conducta consistente en impedir la entrada de un individuo en un local público, incluso llegando a la expulsión, ha de ser física sobre las personas a través de empujones, golpes, contusiones o zarandeos, sin que quepa extenderlo a las meras expresiones intimidatorias o amenazantes propias del delito de amenazas». «Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», ob. cit., pág. 425.

80 Así MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, ob. cit., pág. 161.

81 De la misma opinión, PRATS CANUT, M., y MORÁN MORA, C.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª edición, Quintero Olivares, G. (dir), Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 255. En cualquier caso, si por su mayor penalidad el hecho se castiga como delito de coacciones, el plus de desvalor por la lesión al bien jurídico no discriminación quedará cubierto con la aplicación de la agravante comprendida en el artículo 22.4 CP.

D. Las causas de discriminación como elementos objetivos del tipo penal

Consecuencia del contenido dinámico del fenómeno discriminatorio, el artículo 14.2 CE recoge un catálogo abierto de causas de discriminación, donde a las expresamente prohibidas —nacimiento, raza, sexo, religión y opinión— anuda una cláusula de cierre —cualquier otra condición o circunstancia personal o social— que permite adecuar este derecho a los cambiantes fenómenos sociales que fundamentan el prejuicio contra determinados colectivos.

En cambio, en respeto del mandato de taxatividad, el legislador penal se ve obligado a establecer un catálogo cerrado de las mismas. Con carácter previo, la labor de selección de las causas de discriminación que deben ser recogidas en el ámbito penal requiere la evaluación de los grupos sociales, con caracteres no coincidentes con los mayoritarios, que por éstos se encuentran en una situación inicial de desventaja en el acceso a las prestaciones y condiciones básicas para su participación, como ciudadanos, en la vida social. Concretamente, el artículo 512 se refiere a la ideología, religión, creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad y minusvalía.

De esta manera, las causas de discriminación operan como elementos del tipo que seleccionan los grupos sociales dignos de protección penal, y, con ello, identifican a los miembros de los mismos que serán titulares del bien jurídico penal derecho a no ser discriminado.

Dos son los parámetros que deben guiar la lectura de las causas de discriminación de manera que se respete el contenido esencial de la tutela antidiscriminatoria sin convertir, por tanto, estos tipos penales en una suerte de tutela del genérico derecho a la igualdad.

El primero de ellos es la unilateralidad de las causas de discriminación. Frente al carácter bilateral de la tutela de la igualdad, la antidiscriminatoria otorga una protección unilateral dirigida únicamente a los miembros de aquellos sectores situados en una clara posición de desventaja y marginación. Con esta lectura, será discriminatoria, tal y como está actualmente conformada nuestra sociedad, la conducta que suponga, por ejemplo, la denegación de acceso a un establecimiento a un negro y no a un blanco, a un gitano, y no a un payo, a un homosexual y no a un heterosexual. Los segundos serán objeto de tutela a través del genérico derecho a la igualdad y de sus mecanismos de protección.

Si en cambio la lectura de las causas de discriminación se realizase desde la idea de igualdad, la intervención penal se extendería de manera desmesurada, sin poder recoger

entonces la particular lesión de la dignidad que producen las conductas basadas en la idea de prejuicio implícita en todo trato discriminatorio.

A ello debe añadirse su carácter restrictivo. Para no desvirtuar el contenido del mandato de no discriminación, el juzgador tendrá que hacer una interpretación restrictiva, a la par que dinámica, de cada una de las causas. Restrictiva, en tanto deberá aplicar este tipo penal únicamente cuando la conducta discriminatoria recaiga en una persona que, por sus condiciones personales o sociales, se entienda que pertenece a uno de esos colectivos que son objeto de tutela antidiscriminatoria penal y, dinámica, pues deberá ser sensible a los cambios que una noción de carácter social como la discriminación puede sufrir, desplazándose incluso dentro de una misma causa de discriminación, esa situación desventajosa de unos grupos a otros. De esta manera, los caracteres de la discriminación servirán de ayuda a la interpretación de cada causa, eliminando cualquier vía de extensión de este delito más allá del sentido de la tutela antidiscriminatoria. Por ello, por ejemplo, para ser punible la discriminación por enfermedad requerirá que se trate de enfermedades susceptibles de fomentar la segregación de quienes la sufren, objeto de un trato peyorativo, como por ejemplo, el SIDA, y no alcanzará a otras que no sean capaces de convertirse en señal de identidad de un determinado grupo humano, como un catarro.

En consecuencia, es necesario delimitar la tutela penal a los grupos sociales marginados en cada ámbito objetivo de actividad. Por ello, y aunque el objetivo del legislador penal de 1995 era tratar de unificar las causas en todos los delitos de discriminación, es cuestionable la incorporación en el catálogo del artículo 512 de las causas referidas al sexo, a la ideología y creencias y a la situación familiar, al no tratarse de colectivos que tradicionalmente se encuentran discriminados en la actualidad en la prestación de actividades privadas —siéndolo en otros ámbitos como el laboral—. Sí en cambio habría sido necesario incluir una causa relativa a la precaria condición económica y sustituir la referencia a la nación, por el término origen nacional, tal y como se encuentra redactado el artículo 511.

Especialmente problemática se ha planteado en los delitos de discriminación la determinación de la naturaleza de estas causas de discriminación: si se trata de elementos subjetivos del tipo, adicionados al dolo o bien si es posible su configuración como elementos objetivos, de selección de los grupos sociales especialmente tutelados⁸².

La interpretación de la alocución «por razón de» que antecede a las causas de discriminación vencerá hacia un lado u otro según prioricemos la acción o la consecuencia de la

82 Curiosamente la doctrina ha abordado la naturaleza de las causas de discriminación de manera distinta según se tratase de la agravante del artículo 22.4 —donde duda entre la existencia de un mayor injusto, por un desvalor adicional de resultado, o una mayor culpabilidad, ante un comportamiento especialmente abyecto—, en los delitos de denegación de prestaciones de los artículos 511 y 512, donde las configuran como elemento subjetivo del tipo o de la discriminación laboral del artículo 314, donde pese a tener una redacción similar, «por razón de», se requiere únicamente la existencia de un dolo genérico por parte de la gran mayoría de autores. Así, por todos, sobre el art. 314 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 476 y ss.

discriminación. En efecto, se pueden identificar dos esferas diferenciadas del tratamiento discriminatorio, una referida a la motivación o a la razón por la que se discrimina al sujeto y otra relativa a los efectos que aquélla produce, la colocación de la persona en un plano de inferioridad de condiciones⁸³.

La prevalencia del primer parámetro producirá la incorporación de ese contenido peyorativo del prejuicio a la acción individual del sujeto, requiriendo junto al dolo un elemento subjetivo adicional referido a la motivación⁸⁴. De esta manera, «por razón de» equivaldría a «por motivo de» o «con una finalidad discriminatoria». Consecuencia de esta postura será la no sanción de aquellas conductas denegatorias de prestaciones en las que no pueda probarse que el responsable de la prestación actúa por motivos discriminatorios, la aplicación del tipo penal si esta última puede constatarse aún en los casos en los que actúa por error ante un sujeto que no pertenece a uno de los colectivos protegidos o la imposibilidad de apreciación del dolo eventual.

En cambio, si se entiende que tal contenido ya está presente en la propia construcción del bien jurídico, a través de la elección de los sujetos que pueden ser titulares del mismo, cobra fuerza la referencia al resultado producido, la lesión del bien jurídico, permitiendo de esta manera la objetivación de la conducta a partir de su lesividad respecto al bien jurídico.

De esta manera, y en tanto el contenido de menosprecio ya ha sido tenido en cuenta en la delimitación de los colectivos dignos de tutela penal, y por lo tanto se incorpora al desvalor de la conducta, bastará para la realización del tipo subjetivo con la presencia de un dolo genérico que debe abarcar el conocimiento de cada uno de los elementos, en este caso, la pertenencia del sujeto al grupo socialmente minusvalorado y su derecho a la prestación. Así, la expresión «por razón de» debería interpretarse como «contra» los sujetos que presenten los rasgos personales o sociales a los que se refieren esas causas de discriminación⁸⁵.

Esta solución, más acorde con el principio de ofensividad y con el sentido tuitivo de la tutela antidiscriminatoria, facilita eludir los importantes problemas que plantea la prueba de la motivación discriminatoria, especialmente en un ámbito como el penal donde frente al laboral no es posible trasladar la regla de la inversión de la carga de la prueba sin vulnerar la presunción de inocencia, alejando a estos delitos del Derecho penal de autor.

Permite además la apreciación de dolo eventual, y no sólo de dolo directo, si el sujeto activo se representa como probable la pertenencia del sujeto pasivo a alguno de los colectivos específicamente tutelados.

Y, por último, impedirá 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, ante la inexistencia de desvalor de resultado, deberá quedar sin sanción penal por su incapacidad para lesionar el bien jurídico tutelado.

Además, la objetivación de la conducta discriminatoria no implica la intervención penal en cualquier comportamiento que, de hecho, lesione el bien jurídico no discriminación, extendiendo de manera injustificada su ámbito de aplicación. El límite fundamental se encuentra en la necesidad de que la prestación sea un derecho del solicitante, lo que deja fuera del tipo todos aquellos supuestos en los que el responsable de la prestación pueda, amparado por la regulación sectorial correspondiente, denegar su realización. Por ejemplo, el responsable de un local cuya capacidad máxima está cubierta y que no deja pasar a una persona de etnia gitana aunque luego permite la entrada de un amigo. El sujeto no tiene derecho al acceso a un local infringiendo las normas de capacidad, con lo que el Derecho penal no deberá intervenir pese a tratarse de un comportamiento discriminatorio.

83 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.T.: *Igualdad y discriminación*, ob. cit., pág. 92.

84 Así lo entienden, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, pág. 827; CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código penal*, ob. cit., pág. 1278; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ob. cit., pág. 2014; CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 815 y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal», ob. cit., pág. 344; o, respecto a la regulación anterior, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español, parte especial*. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 801; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Código penal comentado*. Akal, 1990, pág. 178; o BUENO ARÚS, F.: «La discriminación racial y el Código penal español», ob. cit., pág. 97.

85 También plantea la objetivación de la conducta discriminatoria, y la configuración de las causas de discriminación como elementos objetivos del tipo, MACHADO RUIZ, M.D., aunque, la vinculación entre la conducta denegatoria y la razón de ser o finalidad de ésta, «por alguna de las causas discriminatorias», parece hacer una referencia a la motivación del sujeto activo. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 311 y ss. En sentido parecido, GARCÍA ÁLVAREZ, P., tras afirmar que los factores señalados por las causas de discriminación son indicadores de la pertenencia del sujeto pasivo a un colectivo en desventaja, señala que basta que el sujeto activo realice la conducta «porque en él concurren ciertas circunstancias diferenciales, en atención a las mismas». Por ello requiere esta autora la concurrencia de dolo directo. *El Derecho penal y la discriminación...*, ob. cit., págs. 205 y ss.