

2.6 Propuestas de reforma legislativa. ¿Es necesaria la reforma del art. 314 CP?

Para calibrar la importancia y necesidad de contar con un precepto en el Código Penal que persiga los casos más intensos de discriminación en el marco de las relaciones laborales, vamos a hacer un breve recorrido, sin ánimo de exhaustividad, por la diversa normativa existente al respecto.

El principio de igualdad es una de las piedras angulares sobre las que se asienta un Estado de derecho y, por ello, tanto las normas de derecho internacional como de derecho comunitario han marcado claras directrices al respecto.

En Derecho internacional cabe destacar el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que dispone «todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en su artículo 14 proscribire toda discriminación al afirmar que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 3 recoge que «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

En el marco de la OIT se pueden señalar el Convenio n.º 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración, y el Convenio n.º 111, de 1958 sobre discriminación en empleo y ocupación.

De igual modo, la Unión Europea manifiesta su preocupación por lograr una total presencia del principio de igualdad en todas sus manifestaciones, así en el denominado derecho originario, el artículo 19 TFUE dispone que «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa autorización del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico,

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». El artículo 154 TFUE, por su parte, prohíbe la discriminación por razón de sexo en materia de retribución para el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

En cuanto el derecho derivado conviene destacar la Directiva del Consejo 2000/43 CE, de 29 de junio, relativa a la igualdad de trato de las personas, independientemente del origen racial o étnico. La Directiva del Consejo 2000/78 CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Estas dos directivas fueron traspuestas mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y retribución. Destacar también la Decisión Marco 2008/913/ JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el derecho penal, la cual fue traspuesta mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, dentro de su Título III bajo la rúbrica «igualdad» aglutina la igualdad ante la ley –artículo 20–, proscribida toda clase de discriminación en su artículo 21 (por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, o de cualquier otros tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad, orientación sexual), afirmando en su artículo 23 que la igualdad entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos inclusive en materia de empleo, el trabajo y la retribución.

En nuestro derecho interno, la Constitución irradia el principio de igualdad en tres vertientes. En primer lugar, como valor superior del ordenamiento jurídico reconocido en el art. 1 CE al reconocer que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». En segundo lugar, como un principio de actuación de los poderes públicos, al afirmarse en el art. 9.2 CE que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y

social». Finalmente, y, en tercer lugar, como principio y derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE, «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional contempla tres manifestaciones del principio de igualdad: la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a no ser discriminado. En el ámbito laboral cobra un especial significado la prohibición de la discriminación, la cual se proyecta con especial intensidad en aquellos actos que el empleador lleva a cabo en el ejercicio de su poder de dirección y organización. Así, existen en el Estatuto de los Trabajadores, una detallada pléyade de preceptos que abogan intensamente por una defensa a ultranza de un trato igualitario y no discriminatorio en el marco de las relaciones laborales: artículo 4.2 c) –derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados–, artículo 17.1– nulidad de los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta–, artículo 28 –igualdad de remuneración por razón de sexo–, artículo 53.4 – nulidad de la extinción de la relación laboral por causas objetivos cuando tuviera móviles discriminatorios– y, artículo 55 – nulidad del despido disciplinario por motivos discriminatorios–.

Ya en la esfera de la jurisdicción penal, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su exposición de motivos señala que «se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias».

En nuestro Código Penal existen diversos preceptos que tipifican como ilícitos penales diferentes actuaciones discriminatorias, con diferente acierto en cuanto a la técnica legislativa empleada. Nos estamos refiriendo al art. 22.4 CP referido a la agravante genérica de discriminación; al art. 314 CP relativo a la discriminación laboral, a los arts. 511 y 512 CP en el ámbito de la discriminación en la prestación de servicios.

Artículo 22.4 CP, señala como circunstancia agravante «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discrimina-

ción referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

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

Artículo 511 CP: «1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Artículo 512 CP: «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 sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años».

El análisis de estos tres preceptos, dejando al margen la agravante genérica de discriminación del artículo 22.4 CP, nos muestra en primer lugar la utilización de una técnica legislativa diferente en la redacción del artículo 314 CP respecto de la utilizada en los artículos 511 CP y 512 CP. En segundo lugar, la penalidad impuesta es diferente, lo que supondría que los efectos de prevención general de la pena no serían iguales para estas infracciones penales.

Con respecto a esta última consideración más fácil de percibir, hay que indicar que el artículo 314 CP conlleva una pena alternativa de prisión y multa (prisión de seis meses a dos años o multa de doce a

veinticuatro meses); mientras que el artículo 511 CP conlleva una pena acumulativa de prisión y multa (prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses), además de la inhabilitación para el empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; por su parte, el artículo 512 CP lleva aparejada la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

Las críticas que la doctrina ha venido realizando a la penalidad del artículo 314 CP se fundamentan en que la alternatividad entre la pena de prisión y la de multa hace que en los casos en que el órgano judicial opte por esta última (pena de multa) la cuantía de la misma pueda ser inferior a la que se le impondría administrativamente. Parece un contrasentido que una sanción administrativa tenga mayor penosidad que la posible pena que se imponga por un delito, con los demoledores efectos que producirían en el fin de prevención que tiene la pena, ya sea el general o especial. A ello habría que añadir que, como enseguida analizaremos, que el delito contemplado en el art. 314 CP, no sólo supone en sí mismo una grave discriminación hacia los trabajadores, sino que exige una actitud rebelde, persistente y contumaz en el infractor, que se mantiene en su actitud discriminatoria, a pesar de los requerimientos de que haya sido objeto para cesar en ella. Por ello existe, no solo un plus de antijuridicidad, sino una mayor culpabilidad.

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

Como observamos dicho precepto es el reverso administrativo, esto es, la infracción administrativa de la que nacerá el tipo penal

recogido en el art. 314 CP. Y a esta infracción administrativa el art. 40.1 c) LISOS le apareja la siguiente sanción, «Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros».

No le falta razón a la doctrina en las críticas, ya que la cuantía mínima de la sanción administrativa es de 6.251 euros, mientras que, en el orden penal, si acudimos a lo establecido en el art. 50.4 CP la cuota diaria mínima es de 2 euros y la máxima de 400 euros para las personas físicas. Por ello, si se imponen doce meses de multa con una cuantía de 2 euros, el resultado es de 720 euros, frente a los 6.251 euros de la sanción administrativa. Por el contrario, si se imponen veinticuatro meses de multa con una cuota de 400 euros, la multa penal ascendería a 288.000 euros frente a los 187.515 euros de la sanción administrativa. La realidad nos indica que, en las sentencias judiciales, salvo casos excepcionales, las cuantías de los días multa suelen abrumadoramente estar más próximas en sus cuantías al mínimo que al máximo. Botón de muestra lo encontramos en la STS n.º 824/2013, de 5 de noviembre, que ante las alegaciones del recurrente de que no se habían tenido en cuenta sus circunstancias económicas personales al imponer la cuantía de la multa, que en este caso era de 10 € día, indica el Tribunal que sobre la base de ser un empresario que movía importantes cantidades de dinero, esa cuantía no resulta desproporcionada y si lo fuera sería por escasa.

Con relación a la duración y cuantía de la pena de multa, indicar que el art. 50.5 CP dispone que «Los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello, exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

En cuanto a la cuantía la STS n.º 87/2011, de 9 de febrero insiste en que debe de guardar proporción con la situación económica del condenado; aunque huyendo de imponerla en la cuantía mínima a menos que existan en la causa datos que así lo avalen.

En cualquier caso, hay que hacer hincapié en el hecho de que las sanciones administrativas se imponen a empresas, mientras que las penas pecuniarias se imponen a personas físicas, lo que suscita el debate sobre si realmente se produciría en este caso una vulneración del principio *non bis idem*. Al respecto hay que traer a colación las recientes sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo, la dictada

por el Pleno de la Sala Social, n.º 469/2020, de 18 de junio y la n.º 58/2021, de 19 de enero, que descartan que este caso se produzca dicha vulneración, o lo que es lo mismo para el caso concreto que nos ocupa, la pena de multa impuesta a una persona física en un procedimiento penal no impediría la sanción administrativa de la empresa, cuando exista vulneración de la normativa preventivo laboral. Estas dos sentencias dictadas dentro de la jurisdicción social se sustentan en las afirmaciones realizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 70/2012, de 16 mayo, aseverando la STS (IV) n.º 469/2020 que «si el TC considera que no es aplicable el principio *non bis in idem* cuando la persona física encausada en el proceso penal es el administrador o gerente de la empresa, con mayor razón no podrá aplicarse cuando se trata del encargado de una específica obra que carece de cualquier capacidad de decisión y gestión en la actuación de la empresa». A mayor abundamiento, la STS (IV) n.º 58/2021 indica, «Esta imposibilidad de condenar a la persona jurídica en el proceso penal es lo que lleva al TC a «descartar que exista identidad real entre la mencionada persona jurídica y las personas físicas contra las que se dirige el proceso penal. Puesto que no es posible la condena penal de la persona jurídica, y en el procedimiento administrativo se ha impuesto la sanción a la empresa, el TC deduce que es imposible que se produzca entonces la innegociable identidad subjetiva que requiere la aplicación del principio *non bis in idem*. Concluyendo la citada resolución: «Y esa misma imposibilidad de sancionar en vía penal a la persona jurídica concurre igualmente en el supuesto de autos, pues, aunque ya hubiere entrado en vigor la reforma del Código Penal que permite condenar en algunos casos a las personas jurídicas, el delito contra la seguridad de los trabajadores por el que fue condenado el encargado de la empresa, es uno de los que está expresamente excluido de la responsabilidad penal de la persona jurídica». Por ello, finalmente a la sanción administrativa se le uniría la multa que podría recaer sobre el condenado.

Además de todo lo dicho, no podemos olvidar que el tipo del art. 314 CP exige entre sus elementos configuradores que exista una sanción administrativa, por lo que explícitamente se está exigiendo la existencia de ésta y, obviamente sin ella no existiría el delito, tal y como está redactado el precepto en la actualidad.

Más desmoralizante si cabe sería el supuesto en que se optara por la pena privativa de libertad, que por aplicación de la institución de la suspensión –art. 80 CP– quedaría y, valga la redundancia, en suspenso, aunque en este caso ese efecto podría en cierta manera atenuarse al ser uno de los requisitos exigibles para la suspensión de la

pena el haber reparado o satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren ocasionado por el delito.

Es cierto que el derecho penal goza de otros instrumentos o penas que igualmente pueden cumplir su finalidad de prevención general, como es el caso de las penas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio, pero dicha pena ni está contemplada en el artículo 314 CP, ni puede imponerse como accesoria por mor de lo establecido en el artículo 56.1. 3.^a CP (en el caso de que se optara por la imposición de la pena de multa). Botón de muestra lo encontramos en el ya citado artículo 512 CP puesto que, al sujeto activo, profesional o empresario, que cometa la conducta discriminatoria en el contenida, se le impone exclusivamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años. Y en el caso del delito del art. 511 CP, como la pena privativa de libertad y la pena pecuniaria son cumulativas, se podría acudir a la pena accesoria de inhabilitación especial.

Por tanto, podría tener un efecto más disuasorio para el futurible autor de un delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP que, o bien las penas de prisión y multa fueran cumulativas (como en el caso del artículo 511 CP), lo que, a su vez, abriría las puertas a la imposición como pena accesoria, de la inhabilitación contemplada en el art. 56.1.3.º CP, o bien que con carácter principal, si no se quiere optar por una pena privativa de libertad, se anudara a la pena de multa y, con carácter de pena principal, una pena de inhabilitación especial con una duración similar a la que se recoge en el artículo 512 CP. Sin embargo, lo que podría alegarse en contra de esta última posibilidad es que, por una parte, ninguno de los delitos recogidos en el Título XV del Libro II del Código Penal tiene asignada como pena principal la inhabilitación especial y, por otra, que dicha pena al tener un efecto muy negativo en la vida profesional del condenado, podría ser más acertado que pudiera imponerse con carácter facultativo como accesoria. Por ello, parece más plausible, que en consonancia con los demás tipos contenidos en el Título XV (a excepción del art. 311 bis y 315 CP), la pena a imponer fuera privativa de libertad y multa.

En cuanto a la deficiente técnica legislativa que la doctrina achaca al artículo 314 CP, ha sido argüida como causa fundamental de la nula aplicación del tipo penal desde que vio la luz en el año 1995. Desde luego resulta sorprendente que en el lapso de más veinticinco años no exista una sola sentencia condenatoria respecto del tipo penal y, ello desde luego no puede afirmarse que sea debido a una ausencia de

acciones discriminatorias en el marco de las relaciones laborales (baste con una lectura de las resoluciones judiciales dictadas en la jurisdicción social). Además, y, en otro orden de cosas, la lectura de las escasas resoluciones emanadas de las Audiencias Provinciales sirve para comprobar las dudas que existen en la praxis judicial sobre la interpretación y alcance del precepto y si a ello se añade la dificultad de establecer la línea delimitadora entre la infracción administrativa y el ilícito penal, que se produce respecto de las denominadas «normas penales en blanco», nos encontramos con el resultado ya anunciado.

Si efectuamos un análisis comparativo entre la redacción del art. 314 CP y la de los arts. 511 y 512 CP observamos que mientras en estos dos últimos la conducta tipificada es la simple no realización de una conducta (en ambos casos la denegación, esto es, un no hacer algo) bajo el prisma de una motivación discriminatoria, en el caso del art. 314 CP a la exigencia de una conducta gravemente discriminatoria, es requisito añadido que haya existido un previo «requerimiento o sanción administrativa» para el cese de dicha situación, el cual no ha sido atendido y, además, que no se hayan reparado los daños económicos causados. Observemos que a diferencia de los dos primeros artículos en que no se exige de forma explícita que la discriminación sea grave (se podría argüir que por el simple hecho de negar a una persona una prestación a la que tiene derecho la discriminación adquiere los tintes de grave), en la discriminación laboral el legislador sí que exige tal gravedad, tal vez con la finalidad de marcar la frontera con el ilícito administrativo. De cualquier forma, estaríamos ante un concepto jurídico valorativo, por lo que el órgano judicial deberá en función de las circunstancias concretas que concurren, determinar si existe ese plus de gravedad necesario para la existencia del tipo penal. Hay pues, que descartar aquellas posturas que defienden que la intensidad de la discriminación vendría ya determinada en función de la gravedad de la infracción administrativa. Esta gravedad, sin duda, sería uno de los elementos a tener en cuenta por la jurisdicción penal, que debería conjugarlo con el resto de circunstancias concurrentes; pero en ningún modo podría constreñir al órgano judicial para su valoración. Al respecto, la SAP Navarra (1.ª) n.º 112/1998, 28 de mayo, afirma que «La sentencia de la jurisdicción social, que puede y debe ser valorada por este Tribunal, que devino firme reflejaría que el despido fue evidentemente discriminatorio, discriminación que podía calificarse de grave, al incidir no solo en las condiciones de trabajo, sino en el propio trabajo o empleo al impedir ello mismo».

Pero no es sólo esta diferencia la que marca una distancia, que pudiéramos denominar como abismal entre estos preceptos, quizás el

más significativo y el que más controversia han generado tanto en la doctrina, como en la praxis judicial, ha sido la interpretación de qué entender por «requerimiento o sanción administrativa». Así, mientras hay quien defiende que tanto el término requerimiento como sanción beben de un inequívoco matiz administrativo, otros defienden que mientras la sanción es siempre administrativa, el requerimiento puede disfrutar tanto de una naturaleza administrativa como judicial.

Entre aquellas resoluciones que niegan que el término «requerimiento» puede referirse a algún tipo de resolución judicial encontramos, a título de ejemplo con la SAP Baleares (1.ª) n.º 70/2017, de 24 de marzo que afirma tajantemente que «Ciertamente que el vocablo utilizado por el indicado artículo se refiere a actuación de orden administrativo, pues tanto el requerimiento como la sanción se refieren a dicho orden, lo que impediría ampliar el concepto a las resoluciones o requerimientos de orden judicial si no se quiere infringir el principio de legalidad, esencial en el derecho penal, por lo que no podría considerarse como tal el auto del juzgado de lo social de 6/02/2012, al que tantas veces se ha hecho referencia». La SAP Navarra (1.ª) n.º 112/1998, de 28 de mayo que señala «Ciertamente que el vocablo utilizado por el indicado artículo parece referirse a actuación de orden administrativo, pues tanto el requerimiento como la sanción se refieren a dicho orden, lo que impediría ampliar el concepto a las resoluciones o requerimientos de orden judicial si no se quiere infringir el principio de legalidad, esencial en el derecho penal...».

Entre aquellas que defienden la tesis contraria encontramos el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de marzo de 2013 que al analizar los elementos que configuran el tipo recogido en el art. 314 CP, recoge entre ellos la «Constatación oficial de la situación discriminatoria en cuestión y requerimiento judicial o administrativo o sanción administrativa para que se ponga fin a la misma».

Sin embargo, la resolución que realiza un más profundo y acertado análisis desde el punto de vista de interpretación gramatical del precepto es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (15) n.º 682/2007, de 6 de noviembre que señala «En contra de lo que alegan los denunciantes y ahora recurridos Oscar y Luis Enrique, sí hay sentencias de Audiencias Provinciales que sostienen la postura del recurrente. Baste citar, a modo ilustrativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 1998, que establece de modo tajante que ambos actos, requerimiento y sanción, pertenecen al orden administrativo, poniendo en duda incluso que pudiesen tener entrada en este precepto los requerimientos judiciales.

Sin embargo, tal interpretación parte de un primer error que no puede ser pasado por alto, pues con dicho error se olvida el método interpretativo esencial cuando se trata de interpretar las normas penales. Nos referimos, por supuesto, al método gramatical, al ser un principio elemental del derecho penal que el tenor literal de los preceptos punitivos es el eje sobre el que debe pivotar toda interpretación, sin que los otros métodos puedan extender el sentido literal de los preceptos cuando éste es claro y concluyente. Ni la acusación pública ni el recurrente obvian la aplicación de la interpretación gramatical, sino que la aplican erróneamente, pues entender que el término «administrativa» se refiere tanto a los requerimientos como a las sanciones es un error gramatical.

De un vistazo se aprecia que «administrativa» es femenino singular, pero sin embargo si ese adjetivo abarcase dos sustantivos debería ir en plural, y al ser dos sustantivos de género distinto, debería ir en masculino. Por tanto, si entendiésemos que tanto la sanción como el requerimiento pertenecen al orden administrativo, la expresión gramaticalmente correcta sería «requerimiento o sanción administrativos». Esta es la única interpretación gramaticalmente correcta. Cualquier otra es un error. Para mayor ilustración, el Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española de la Lengua establece lo siguiente para el caso de un adjetivo pospuesto a sustantivos unidos por la conjunción «o»: Cuando un adjetivo califica a dos o más sustantivos unidos por la conjunción «o» y va pospuesto a ellos, como es el caso que nos ocupa, deben distinguirse dos casos:

a) Cuando la conjunción o es propiamente disyuntiva, esto es, denota exclusión, alternativa o contraposición entre los referentes designados por los sustantivos que une, tal y como sucede en el artículo 314 del Código Penal, lo más recomendable es que el adjetivo vaya en plural y en masculino, si los sustantivos son de distinto género, para dejar claro que el adjetivo califica a todos ellos. Un ejemplo muy claro lo tenemos con el precepto que estamos estudiando, pero el Diccionario panhispánico de dudas ofrece otros similares: «Hay veces en que un tobillo o una muñeca rotos no muestran alteración exterior»; «Cada vez que mueren un hombre o una mujer viejos (...), toda una biblioteca muere con ellos»; «Hubo un silencio, el silencio o la pausa necesarios para que quien ha insultado pueda retroceder y congraciarse sin retirar el insulto». Como se puede ver la solución es clara, pues son ejemplos idénticos al que nos ocupa.

Únicamente en contextos en que no haya duda de que el adjetivo se refiere a todos los sustantivos coordinados es admisible, aunque

menos recomendable, que el adjetivo concuerde solo con el más próximo: «El padre o la madre fumadora se ha de esconder en el lavabo para sustraerse a la mirada inquisidora de sus propios hijos». Ello no sucede en el presente caso, donde hay serias dudas de que el adjetivo «administrativa» englobe tanto a «requerimiento» como a «sanción».

b) Cuando la conjunción «o» denota identidad o equivalencia, es decir, une sustantivos que se refieren a una misma realidad, el adjetivo ha de aparecer en singular y en masculino, si los sustantivos son de diferente género. Lo normal, en estos casos, es que el segundo sustantivo vaya sin determinante: «El aerógrafo o pistola usado debe ser adecuado al compresor». En el presente caso no aparece en masculino, como indica esta regla, sino en femenino: «administrativa».

Finalmente, no parece de forma nítida cual es la postura que adopta la SAP Madrid (5.^a) n.º 4/2010, de 13 de enero, aun cuando parece por admitir la posibilidad de requerimientos judiciales, cuando realiza la siguiente aseveración «El requerimiento, frente a lo sostenido por la acusación particular y también por la Sección 15.^a de esta Audiencia (Provincial en su Auto núm. 682/2007, de 6 de noviembre (por el que rechazó el recurso formulado contra el auto de incoación del procedimiento abreviado), entendemos que no puede ser de cualquier clase, sino sólo el de naturaleza administrativa o, todo lo más, el procedente del órgano jurisdiccional competente. En este sentido, y no constando pronunciamientos del Tribunal Supremo, es bastante unánime el criterio jurisprudencial de las Audiencias Provinciales sobre el particular (vid. SAP. Navarra, Sección 1.^a, 28-5-1998, SAP de Barcelona 20-12-1999 y SAP Asturias, sección 8.^a, 9-11-2005) y de algunos autores que han estudiado este delito que señalan a la Inspección de Trabajo o a la correspondiente autoridad laboral y al órgano jurisdiccional con competencia concreta en materia de despidos por discriminación como los organismos que pueden hacer esta clase de requerimientos, puesto que sólo ellos pueden declarar oficialmente que existe un trato discriminatorio en el empleo».

Como se observa de los anteriores pronunciamientos judiciales, la redacción del tipo no ha sido demasiado afortunada, por lo que en el caso de que el legislador optare por seguir manteniendo la existencia de una primera discriminación así declarada en el ámbito social o contencioso-administrativo, debería de aclarar si únicamente cabría atender a un requerimiento o sanción administrativa o también al requerimiento judicial.

Un ejercicio de lógica jurídica, al margen de la interpretación gramatical que pueda hacerse del precepto, indica que, si la existencia de un requerimiento o sanción administrativa es un elemento configurador del tipo objetivo, con mayor razón debiera de serlo un requerimiento judicial. Un ejemplo de ello lo tendríamos en el art. 182 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre de Jurisdicción Social, ya que en el marco de un proceso de tutela de derechos fundamentales la sentencia puede contener unos de los siguientes pronunciamientos: 1) Ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales o a las libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados, 2) Disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183. En síntesis, la sentencia dictada por el órgano judicial del orden social puede contener el mandato del restablecimiento de la situación de igualdad y la reparación de los daños económicos causados; lo cual es un reflejo de la dicción en la que se sustenta la norma penal.

De cualquier forma, también es entendible la prudencia de aquellos que, en base al principio de legalidad y taxatividad son reacios a considerar los requerimientos judiciales como elementos que configuren el tipo objetivo. Es por ello que urge una respuesta del legislador en tal sentido.

Finalmente, hacer algunas consideraciones respecto a las causas de discriminación recogidas en el art. 314 CP. A diferencia de lo establecido en el art. 14 CE, que establece una cláusula final abierta, el art. 314 CP, como no podía ser de otra manera en salvaguarda del principio de taxatividad, contiene un catálogo cerrado de causas de discriminación y que, básicamente coinciden con las recogidas en los artículos 511 y 512 CP (excepto las razones de género), a las que añade, debido a la especialidad de los motivos discriminatorios que pueden aparecer en el ámbito de la relación laboral, la representación sindical, el parentesco y el uso de alguna de las lenguas oficiales en el Estado español. Por el contrario, no contempla la discriminación por razón de edad, que si se contempla en los arts. 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que este motivo de discriminación no integraría el delito del art. 314 CP.

Las causas de discriminación que debe de contener el art. 314 CP, tienen que coincidir con las contempladas en la normativa laboral, ya que, como norma penal en blanco, tiene que ser completada con aquella. Si tiene que existir un previo requerimiento o sanción administrativa o un requerimiento judicial (laboral o contencioso-administrativo) es lógico que el mismo se realice en función de lo que contemple dicha normativa. Parece carente de lógica que la norma penal contuviera motivos discriminatorios distintos de los recogidos en la norma laboral, ya que difícilmente se podría sancionar administrativamente por una causa o motivo no recogido en su regulación.

Por ello, si el legislador optara por revisar los motivos de discriminación que debieran recogerse en el art. 314 CP, deberían coordinarse con los que recoge la legislación laboral (la cual también podría ser actualizada). Por ejemplo, no olvidemos que la discriminación por razón de edad que sí viene recogida en la legislación laboral, y es uno de los motivos discriminatorios a los que el art. 19 TFUE trata de erradicar, no se recoge en el art. 314 CP.