



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2024 / 2025

TÍTULO:

LA DENEGACIÓN DEL ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS POR
MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL *EX ART. 511 CP.*

WORK TITLE:

THE DENIAL OF ACCESS TO PUBLIC SERVICES DUE TO
RACIAL DISCRIMINATION UNDER ARTICLE 511 OF THE
CRIMINAL CODE.

AUTOR/A:

Julia Rivas Díaz.

DIRECTOR/A:

Valentina Dipse

RESUMEN.

Los delitos de discriminación constituyen una de las problemáticas más observadas hoy en día en nuestra sociedad. Concretamente, el presente trabajo se centra en el análisis del delito de denegación de una prestación pública por motivos discriminatorios, regulado en el *ex art.* 511 CP. Se trata de un tipo penal de difícil aplicación práctica, como se refleja en la ausencia de condenas hasta la fecha. Por ello, se estudia la evolución de este precepto penal, así como los diferentes elementos típicos del delito en cuestión, con el objetivo de determinar en qué casos se va a poder aplicar y las diferentes posiciones por parte de la doctrina. Asimismo, se incluye un análisis comparativo con el artículo 512 CP que sanciona conductas discriminatorias similares, pero en ámbitos diferentes.

ABSTRACT.

Discrimination crimes constitute one of the most prevailing in our society nowadays. Specifically, the present work focuses on the rejection of public help for reasons of discrimination, as regulated in former Article 511 of the Criminal Code. This criminal figure is actually hard to implement in practice, as reflected in the absence of sentences to date. Thus, both the evolution of this penal provision and the different elements of the crime in question are examined in order to determine in which cases it may be implemented and the different positions regarding the doctrine. Likewise, a comparative analysis with the Article 512 of the Criminal Code is included, which sanctions similar discriminatory behaviour, but in different fields.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DELITO DE DENEGACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS.	4
3. LA DENEGACIÓN DEL ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS POR MOTIVOS DE DICRIMINACIÓN RACIAL.	7
3.1. CUESTIONES PREVIAS.....	7
3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	8
3.2.1. Concepto de bien jurídico	8
3.2.2. Lo que <i>de facto</i> protege el art. 511 CP.....	10
3.3. CONDUCTA TÍPICA.	13
3.4. EL OBJETO DE LA CONDUCTA TÍPICA.....	15
3.4.1. El concepto jurídico-penal de servicio público	16
3.4.2. Derecho a la prestación de servicio público.	19
3.5. RAZA, ETNIA Y ORIGEN NACIONAL COMO MOTIVOS DISCRIMINATORIOS	21
3.5.1. Raza	23
3.5.2. Etnia.....	25
3.5.3 Origen nacional	25
3.5.3. El racismo.....	27
4. SUJETOS DE LA CONDUCTA TÍPICA.	29
4.1. SUJETOS ACTIVOS	29
4.2. SUJETOS PASIVOS	34
5. SIMILITUDES Y DIFERENNCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 511 Y 512 CP.....	37
6. CONCLUSIONES.....	40
7. BIBLIOGRAFÍA.....	44

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho universal inherente a todas las personas. El artículo 14 de la Constitución Española reconoce y garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, prohibiendo cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El art. 9.2 CE se impone, además, a los Poderes Públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para que no exista ningún trato discriminatorio. Sin embargo, en la práctica, no siempre se consigue esta pretendida protección, siendo posible detectar situaciones en las que determinadas personas o colectivos son discriminados por alguna de las razones mencionadas anteriormente.

En este contexto, la legislación penal contiene diferentes artículos dirigidos a la protección de la igualdad y no discriminación, entre los que se encuentra, precisamente el que ha sido objeto del presente estudio: el artículo 511 del Código Penal. Este precepto tipifica, elevándola a la categoría de delito, la conducta del particular encargado de un servicio público o del funcionario público que, de forma injustificada, por razones discriminatorias, niegue a una persona la prestación de un servicio público al que esa persona tiene derecho.

La importancia de los servicios públicos, en cuanto instrumentos de realización del Estado social, dirigidos a corregir las desigualdades sociales (que aquejan a los colectivos o personas más vulnerables), junto con el mandato constitucional contenido en el art. 9. 2 CE, justifica la inclusión de la referida conducta en la esfera de lo penalmente relevante. Ahora bien, para que esa denegación discriminatoria y arbitraria, que impide el acceso a un servicio público a la persona que tiene derecho al mismo, sea constitutiva de delito *ex art. 511 CP*, deben concurrir los requisitos específicos que establece el propio precepto; requisitos que han sido objeto de análisis en el presente trabajo. Así, en el desarrollo del presente estudio se han analizado el bien jurídico protegido, la conducta típica, los sujetos activos y pasivos del delito, así como la concreción de los tradicionales motivos discriminatorios contemplados en este precepto penal -raza, etnia y origen nacional-. Y es que, como se ha puesto de manifiesto en el

desarrollo del presente trabajo, la figura delictiva contemplada en el art. 511 CP, en vigor desde 1995, no ha generado sentencia condenatoria alguna hasta la fecha. Ello quizás sea el reflejo de la complejidad de este tipo penal, lo que, por otro lado, explicaría en buena medida la dificultad de su aplicación práctica.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE DENEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS

El artículo 511 del Código Penal (CP), ubicado en el Título XXI “Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales”, tipifica la denegación de la prestación de un servicio público al que se tiene derecho por motivos discriminatorios. El art. 511 CP establece una lista *numerus clausus* de motivos discriminatorios o factores de discriminación, entre los que se encuentran, por ejemplo, la ideología, las creencias religiosas, la raza, la etnia, la edad, el sexo, la orientación sexual, la exclusión social, las enfermedades o incluso la aporofobia¹.

Históricamente, este artículo ha experimentado diversas transformaciones normativas a las que, en lo que sigue, nos vamos a referir siquiera brevemente.

La entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995 supuso una profunda reestructuración del sistema penal, incorporando nuevos tipos delictivos, para, de ese modo, responder a las exigencias que se derivaban de la configuración del Estado como social y democrático de Derecho. En este contexto, se introdujo el artículo 511 CP, que tipifica la conducta consistente en denegar injustificada y discriminatoriamente una prestación de servicio público por parte de la persona encargada del mismo.

¹ Art. 511. 1 CP: “1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, 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 situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

El origen de este precepto (del art. 511 CP) se encuentra en los artículos 165² y 181 *bis* del Código penal de 1973, los cuales fueron reformados mediante la *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del código penal*. El contenido de estos artículos, tal como se puede observar no es idéntico al actual artículo 511, ya que incorpora, por ejemplo, motivos por los cuales se discrimina a una persona³. Según la exposición de motivos de la referida LO 8/1983, de 25 de junio, la tipificación de conductas discriminatorias tenía como objetivo garantizar el principio de igualdad, por lo que se optó por penalizar los actos discriminatorios basados en razones étnicas, de raza, religión u opinión política o sindical.

Desde su incorporación al CP de 1995 la redacción del artículo 511 se mantuvo inalterada hasta el 30 de marzo de 2015, cuando, mediante la LO 1/2015, el legislador procedió a ampliar los factores de discriminación añadiendo a los preexistentes, el género como un nuevo factor de discriminación. Junto con esta incorporación, con el propósito de endurecer las sanciones en el ámbito de las prestaciones de servicios públicos⁴, la LO 1/2015 añadió un cuarto párrafo al art. 511 CP⁵ cuyo tenor literal es el siguiente: “[e]n todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena impuesta si esta fuera de privación de libertad, cuando la pena impuesta fuera de multa, la pena de inhabilitación especial tendrá una duración de uno a tres años. En todo caso se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

² Artículo 165 establecía que Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una Asociación, Fundación o Sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada.

³ GARROCHO SALCEDO, A., “Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, Madrid, 2013, pág. 242.

⁴ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 43, pág. 4.

⁵ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 5.

Posteriormente, el artículo 511 CP fue objeto de ulteriores modificaciones. Así, en el año 2021 la *LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* volvió a ampliar las causas de discriminación incluyendo, juntos a las anteriores, la edad, con un enfoque dual incluyendo tanto la minoría de edad como la edad avanzada. Según se indica en su preámbulo, “[e]sta ley combate la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. Junto a la edad, la LO 8/2021, incorporó otros nuevos factores de discriminación como la identidad de género, aporofobia y la exclusión social, reconociendo el rechazo o el desprecio hacia personas en situación de pobreza como un fenómeno social de relevancia penal. Este motivo se encuentra recogido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶.

La LO 8/2021, además de modificar el artículo 511 CP (en los términos en los que hemos advertido), también se han introducido cambios en otros preceptos, que recogen a los -así denominadas- delitos de odio, como los artículos 314, 512 y 515.4 CP. Asimismo, la Ley Orgánica 8/2021 refuerza la protección frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, estableciendo como requisito imprescindible para todas⁷ las personas que ejerzan profesiones u oficios que impliquen contacto habitual con menores no hayan sido condenadas, por delitos de esta naturaleza.

Tras revisar, la evolución histórica del precepto que nos ocupa (el art. 511 CP) podemos concluir que, a pesar de las diversas modificaciones que a lo largo de su vigencia ha experimentado el delito de denegación discriminatoria de un servicio público, lo cierto es que no ha sido objeto de modificaciones estructurales. Estas modificaciones - a las que se ha hecho referencia- reflejan la intención del legislador de fortalecer la protección frente a las discriminaciones en la prestación de servicios públicos, sin embargo, la

⁶ Artículo 21. “No discriminación. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.” Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [fecha última consulta: 08/08/2025].

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

⁷ Por “todos”, a efectos de la LO 8/2021, se entiende, tanto los que actúan por cuenta propia o por cuenta ajena, como los que están en el sector público como en el privado y también a personas voluntarias.

ausencia de reformas sustanciales -orientadas a posibilitar la aplicación práctica del precepto- plantea interrogantes en torno al verdadero alcance de estos cambios. En particular, el aumento de la respuesta punitiva parece responder más a un propósito simbólico que a una necesidad efectiva, pues, hasta la fecha que este delito no ha generado pronunciamiento judicial condenatorio alguno⁸.

3. LA DENEGACIÓN DEL ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS POR MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL

3.1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de abordar el análisis del delito de denegación discriminatoria de servicios públicos a los que se tenga derecho y exponer sus características fundamentales, resulta pertinente realizar algunas consideraciones previas en torno al concepto de discriminación.

En primer lugar, es esencial mencionar que la Constitución Española establece en su artículo 14 el principio fundamental de igualdad ante la ley, el cual prohíbe expresamente cualquier tipo de discriminación basada en razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Según el referido precepto: “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”. Así pues, este artículo consagra el principio de igualdad, el cual no implica un tratamiento idéntico en todos los casos, sino la prohibición de discriminaciones carentes de fundamento normativo. En este sentido, la igualdad ante la ley exige que, en caso de establecerse una diferencia en el trato normativo, esta debe de tener una justificación y debe de estar motivada en función de los criterios objetivos y razonables. En palabras del Tribunal Constitucional “[d]e ese modo no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada

⁸ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág.2.

materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales”⁹.

3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.2.1. Concepto de bien jurídico

Para poder determinar qué es lo que *de facto* protege el art. 511 CP, consideramos necesario establecer previamente cual es el concepto de bien jurídico del que partimos. Y es que el concepto de bien jurídico, como se sabe, tiene un sentido bivalente: dogmático y político-criminal. Desde el punto de vista dogmático, el bien jurídico protegido se identifica con aquello que es protegido por la norma, como expresión de la *ratio legis*¹⁰, en tanto que, desde el punto de vista político criminal, el bien jurídico protegido se identifica como lo que debe de ser protegido por la norma (de *lege ferenda*).

El concepto de bien jurídico en el segundo sentido (político-criminal) hace referencia a la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad”¹¹. Es decir, al orden social. Así, el objetivo del Derecho penal es mantener un cierto orden social a través de la protección de los bienes jurídicos merecedores y necesitados de dicha protección¹². Por ello, la Doctrina conviene que el ejercicio del *Ius puniendi* debe reservarse a la protección de intereses que se estimen fundamentales para el “mantenimiento del orden social determinado”, entendiendo el bien jurídico como “frontera máxima de lo punible”¹³. En suma, desde el enfoque político- criminal, el bien jurídico protegido es entendido como una realidad que posee un valor; valor que puede

⁹ STC 61/2013 de 14 marzo, F. 4; 63/2011, de 16 de mayo, F 3; STC 117/2011, de 4 de julio, F. 4; STC 79/2011, de 6 de junio, F. 3

¹⁰ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág.69.

¹¹ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, (traducción de la 3ª edición alemana y adiciones de Derecho español por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 353.

¹² DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 70.

¹³DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 70.

tener un sustrato material (vida) o inmaterial (honor), pero que en todo caso ha de ser positivo.

Por otro lado, desde el punto de vista dogmático, el bien jurídico protegido hace referencia al objeto -de *facto*- protegido por la norma. Tal como indica DIPSE, “[s]in llegar a identificarse estrictamente con el fin de protección de la norma, el objeto jurídico tutelado tiene el cometido de expresar su *ratio legis*, aunque no solo”¹⁴. La *ratio legis* de una norma se relaciona con su finalidad, en el sentido de reflejar el motivo o la razón que impulsa su existencia; es decir, aquello que permite entender por qué fue dictada la norma. En consecuencia, el propósito de la protección penal no puede considerarse como el fin último de la norma, ya que esta tiene como objetivo garantizar, a través de los mecanismos jurídicos adecuados, determinados bienes o valores que son conceptualmente autónomos respecto a la propia norma, que pueden ser valorados objetivamente de forma positiva y que, desde un punto de vista técnico, se conocen como bienes jurídicos¹⁵.

En similares términos se pronuncia MIR PUIG, distinguiendo y precisando los dos sentidos en los que la Doctrina utiliza el concepto de bien jurídico: a) en un sentido político-criminal (*de lege ferenda*), como aquello que, por su relevancia, merece ser protegido por el Derecho penal, en contraste -principalmente- con los valores meramente morales; b) en un sentido dogmático (*de lege lata*), como el objeto concreto efectivamente protegido por la norma penal que ha sido vulnerada en un caso determinado¹⁶.

Por otro lado, cabe precisar que, desde el punto de vista de sus titulares, los bienes jurídicos pueden ser clasificados como: individuales y colectivos¹⁷. Los bienes jurídicos individuales, son de titularidad individual en tanto que protegen los intereses de una persona como la vida o la salud. Mientras que colectivo protegen los intereses de una generalidad (afectando a la sociedad) como por ejemplo la seguridad colectiva o la salud

¹⁴ DIPSE, V., “La pluriofensividad y su aplicación en el artículo 329 del Código Penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 165, 2023, pág. 7.

¹⁵ Vid., POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, pág. 305.

¹⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 10^a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 172.

¹⁷ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*. Cit., pág. 73.

pública¹⁸. De manera que la lesión de un bien jurídico colectivo supone la afectación a una masa de individuos. Estos bienes jurídicos colectivos, a su vez, se dividen en bienes jurídicos generales y bienes jurídicos difusos¹⁹.

El bien jurídico protegido se identifica, pues, con el objeto jurídico (*de facto*) protegido por la norma, con lo que la norma protege. De modo que, se entenderá que la norma ha sido transgredida cuando el objeto jurídico protegido se haya visto afectado (lesionado o puesto en peligro) por la conducta típica. No obstante, no todo objeto jurídico protegido por la norma *per se* es un bien jurídico penalmente protegible (*de legue ferenda*). Pues únicamente tendrán tal consideración los bienes, valores con relevancia constitucional que se estimen imprescindibles para la convivencia pacífica en la sociedad, tal como esta ha sido configurada por la Constitución Española. Tales valores, no obstante, sólo serán merecedores de tutela en la medida en que su seguridad no pueda ser asegurada por otras vías menos lesivas que la vía penal.

Determinado el concepto de bien jurídico del que se parte a efectos de este trabajo, en lo que sigue se tratará de determinar cuál es el bien jurídico protegido por el art. 511 CP.

3.2.2. Lo que *de facto* protege el art. 511 CP

En los tipos penales que se encuentran relacionados con la discriminación, el bien jurídico protegido, según MACHADO RUIZ, es “el derecho a ser diferente en la obtención de una prestación pública”, como un derecho individual. De este modo, las medidas antidiscriminatorias se convierten en un objetivo común que persiguen la protección jurídica de los colectivos más vulnerables²⁰. No obstante, está no es una opinión unánime dentro de la Doctrina. Así, respecto al bien jurídico protegido por el artículo 511 CP existen diversas opiniones doctrinales. Una parte de la Doctrina, como

¹⁸ MUÑOZ RUÍZ, J., *El delito de conducción temeraria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 103-104.

¹⁹ Son los bienes jurídicos que protegen los intereses de un determinado grupo de personas.

²⁰ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, pág. 127.

LAURENZO COPELLO²¹, entiende que el bien jurídico protegido es colectivo, es decir que además de proteger el derecho a ser diferente, se protege el correcto ejercicio de la función pública. Mientras que otra parte, de la Doctrina entiende que se trata de un bien jurídico individual, como por ejemplo MACHADO RUIZ ²². Si bien la Doctrina discrepa respecto del bien jurídico efectivamente protegido por el art. 511 CP, existe una práctica unanimidad en señalar que, cualquiera que este sea, lo que se pretende a través de este precepto es evitar que “se “denieguen por razones discriminatorias unas prestaciones a las que tiene derecho una persona”²³, lo que, por otro lado, es evidente.

Antes de continuar profundizando en las distintas tesis doctrinales relativas al bien jurídico protegido por el referido tipo penal, cabe precisar que, para MACHADO RUIZ el bien jurídico protegido por el art. 511 CP, aun siendo individual (e identificándose con el derecho a ser diferente en la obtención de un servicio público), presenta una dimensión dual, pues la conducta típica a efectos del art. 511 CP no solo afecta a la persona que sufre directamente la discriminación, sino que impacta sobre el grupo al que esa persona pertenece, que es entendido como un grupo discriminado²⁴ y, por tanto, vulnerable.

Otro sector de la Doctrina sostiene que el art. 511 CP protege bienes jurídicos supraindividuales²⁵. Desde esta perspectiva, no solo se tutelaría el derecho del individuo a “ser diferente” al solicitar una prestación, sino también otros intereses de relevancia colectiva como es del correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto garantía esencial para la efectividad de los derechos fundamentales de los particulares, adoptando así “una concepción del bien jurídico que comprenda el buen funcionamiento

²¹ Defiende que, junto a esta dimensión individual del bien jurídico, también se puede lesionar, como consecuencia de un acto discriminatorio, un bien jurídico colectivo, LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, pág. 19.

²² MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, cit., pág. 144.

²³ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 101

²⁴ GARROCHO SALCEDO, A. “Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP” cit., pág. 241-242

²⁵ Vid., por todos, OLAIZOLA NOGALES, I. / DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M. “La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código Penal de 1995”, en *Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, núm. 6, 1996, pág. 40.

de la administración pública”²⁶. Así relacionando la función pública y el correcto funcionamiento de esta. De modo que, para este sector doctrinal, el carácter colectivo del bien jurídico protegido por el art. 511 CP se fundamenta en dos aspectos: por un lado, en el ámbito donde se desarrolla la conducta —la discriminación en el servicio público— y, por otro, en la condición de funcionario público del autor. El primer aspecto se aprecia cuando, al hablar del derecho a “ser diferente” en la obtención de una prestación pública, se pone de relieve su proyección y relevancia en el ámbito colectivo. En cuanto al segundo aspecto, referido a la condición de funcionario público (art. 511.3 CP), conviene precisar que la prestación de servicios públicos no es realizada exclusivamente por el Estado, sino que este puede delegar en particulares la ejecución de determinadas actividades de naturaleza pública²⁷.

Por ello, cuando se lesiona el derecho a ser diferente también se lesiona el buen funcionamiento de la administración pública “sin que por ello tenga que identificarse como uno de los bienes jurídicos a proteger”²⁸. Pero podemos identificar que esta conducta llevada a cabo por un funcionario público es una simple agravación, entendiéndose como una “mera cualificación integrada en el correspondiente delito común”²⁹.

Para poder alcanzar una conclusión y, consecuentemente, pronunciarnos sobre el particular es necesario exponer previamente las distintas tesis que la Doctrina sostiene en torno a la existencia de un supuesto bien jurídico común a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por un lado, un sector de la Doctrina niega la existencia de un bien jurídico común, sosteniendo que este debe determinarse de forma individual en cada tipo delictivo; esta

²⁶ OLAIZOLA NOGALES, I. / DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M. “La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código Penal de 1995”, cit., pág. 40.

²⁷ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP* cit., pág.141-143.

²⁸ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP* cit., pág. 143.

²⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M. *Discriminación punible en el ámbito del servicio público*, Bilbao, 1997, pág. 382.

es la postura defendida, entre otros, por MUÑOZ CONDE³⁰. Por otro lado, algunos autores consideran que estos delitos comparten ciertos elementos comunes, lo que permite afirmar la existencia de un bien jurídico común en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos³¹. Conforme a esta posición, el bien jurídico estaría constituido por la *función pública*. MACHADO RUIZ indica que el bien jurídico común a todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos es “el correcto ejercicio de la función pública sometida a la legalidad y a la vez configurada como un servicio destinado exclusivamente a los ciudadanos”³².

A nuestro juicio, y a la luz de las distintas posturas doctrinales analizadas, no nos encontramos ante un bien jurídico de naturaleza colectiva, sino ante uno de carácter individual: el acceso en igualdad de condiciones a uno de los instrumentos fundamentales de realización del Estado social, a las prestaciones de servicio público a las que la persona solicitante tiene derecho, lo que, desde otro punto de vista, comporta el derecho a recibir un trato diferenciado cuando así lo requiera el principio de igualdad.

No obstante, debe reconocerse con MACHADO RUIZ que, aun tratándose de un bien jurídico individual, existe también un interés colectivo en evitar la discriminación, en tanto que su erradicación contribuye al buen funcionamiento del sistema democrático y al respeto de los derechos fundamentales³³- sin que ese interés colectivo se identifique con el bien jurídico protegido-.

3.3. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en denegar una prestación (pública en este caso) a la que la persona discriminada (física o jurídica) tiene derecho. Esa denegación, para ser

³⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch. 25ª ed. Valencia, 1996, pág. 829

³¹ Hay diferentes autores que defienden esta idea como, por ejemplo: VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX, *Cursos e Congresos*, núm. 40, Santiago de Compostela, 1986, pág. 277.

³² MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 139.

³³ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 144.

típica a efectos del art. 511 CP, ha de ser arbitraria y, en todo caso, discriminatoria. La conducta, además, ha de ser realizada, según exigencias típicas *ex art. 511 CP*, por un funcionario público o particular encargado de un servicio público³⁴.

Denegar comporta, según RODRÍGUEZ RAMOS “no conceder lo que se pide o se solicita por parte de quien debe dar esa prestación que se pide”³⁵. La denegación se puede materializar de diferentes formas, así puede consistir en un acto positivo (por ejemplo, contestando de forma negativa a la solicitud por motivos discriminatorios) o en un acto negativo (por ejemplo, no contestando a la petición). Asimismo, esa denegación puede consistir en negativa expresa (por escrito o verbalmente) a en un silencio administrativo³⁶. Incluso podría materializarse a través de un acto omisivo, omitiendo la conducta que sí que debe de realizar el funcionario público³⁷.

Tanto de una manera como de otra, la conducta típica impide que el sujeto acceda a las prestaciones de servicio público objeto de la denegación, a las que tiene derecho (dado que no solo se trata de garantizar el acceso a esos servicios públicos, sino que también que se consiga su prestación en condiciones de igualdad)³⁸.

Desde el punto de vista de su naturaleza, esto es, comisiva u omisiva, siguiendo a RODRÍGUEZ YAGÜE la conducta típica se configura como una de carácter omisivo, pues “el funcionario o particular encargado del servicio público no realiza una prestación que está obligado a realizar al tratarse de un derecho subjetivo del usuario”³⁹. En similares términos se pronuncia también MACHADO RUÍZ, para quién estamos ante un delito de omisión, no solo por su vinculación con la norma preceptiva, sino, principalmente, por su contenido. Ya que, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, “se impone el deber de prestación

³⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2007. Pág. 259

³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Comentarios a la Legislación Penal. La reforma Penal de 1983”, en *Revista de Derecho privado*, T.V, ed. Edersa, Vol.2º, 1983, pág. 635.

³⁶ El silencio administrativo es un acto administrativo en el cual existe una inactividad por parte de la administración (no responde) y este silencio puede ser positivo o negativo (estimatorio o desestimatorio) atendiendo a la materia que se solicite.

³⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*. cit., pág. 108.

³⁸ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*. cit., pág. 108.

³⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 292.

positiva de salvaguarda positiva como necesaria *ex ante* para la protección de un bien jurídico”⁴⁰.

A nuestro entender, nos encontramos ante un delito de omisión lo que requiere pronunciarnos sobre su naturaleza, esto es: omisión propia -o pura- o de omisión impropia – o comisión por omisión-. MACHADO RUIZ, indica que “no parece posible calificar este tipo penal como un delito impropio de omisión”. Aunque en otra cuestión señala que “de algún modo se debe de tener en cuenta la posición especial de quienes están llamados a actuar y cumplir el mandato de no discriminación”. Esta autora se suma a la Doctrina que acoge la figura de “la omisión pura de garante, como modalidad distinta de la omisión pura, ello porque se impone un deber especial, de conceder una prestación sin discriminación a quienes tiene derecho a ella”⁴¹. Además, expone, que este precepto cumple los requisitos para poder considerarlo delito de omisión pura de garante. “Por un lado consiste en la omisión de una conducta -prestación de un servicio publico al sujeto pasivo que tiene derecho-. Y, por otro lado, es una omisión que se realiza por un sujeto que por su condición especial ostenta un deber especial- particular o funcionario público encargado del servicio público y con una obligación de actuar-”⁴².

En conclusión, a nuestro entender el delito contenido en el art. 511 CP se configura como un delito de omisión pura, en tanto que se trata de un delito de “mera inactividad”, expresamente tipificados en la Ley penal que, como enseguida veremos, únicamente puede ser realizado -en concepto de autor- determinados sujetos.

3.4. EL OBJETO DE LA CONDUCTA TÍPICA

Como hemos señalado, la conducta típica prevista en el artículo 511 CP consiste en denegar —es decir, no conceder— un servicio público a quien tiene derecho a

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de Omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 145.

⁴¹ MACHADO RUÍZ, M. D., La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP, cit. pág. 159.

⁴² MACHADO RUÍZ, M. D., La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP, cit. pág. 159-160.

recibirlo, por motivos discriminatorios. En este apartado analizaremos qué debe entenderse por “servicio público” a efectos del referido precepto penal. Asimismo, examinaremos algunos de los motivos discriminatorios mencionados en la norma —tales como la raza, la etnia o la nacionalidad—, dado que el Código Penal no ofrece una definición de estos términos ni del propio concepto de servicio público. En consecuencia, será necesario acudir a normas extrapenales para precisar el alcance de estas expresiones⁴³.

Como ya hemos señalado, para que el tipo penal se considere consumado no basta con que el funcionario público, o el particular encargado de un servicio público deniegue arbitrariamente el acceso al mismo. Es imprescindible, a tales efectos, que dicha denegación se fundamente en alguno de los motivos discriminatorios previstos en el artículo 511 CP.

3.4.1. El concepto jurídico-penal de servicio público

La prestación a la que hace referencia el art. 511 CP, en cuanto objeto de denegación discriminatoria, tiene que ser un “servicio público”, por lo que, quedarán excluidas del tipo todas aquellas denegaciones de prestaciones que no tengan por objeto un “servicios públicos”. No obstante, determinar con precisión cuando estamos ante un servicio público y cuando no resulta sencillo. Así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, estableciendo se trata de un concepto “muy debatido por la doctrina científica, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado con finalidades distintas en diferentes momentos históricos”. A ello contribuye el hecho de que el Código penal no recoge una definición del concepto de servicio público. De modo que, tal como indica DIPSE⁴⁴, “estamos ante un elemento lingüístico normativo que, mediante la técnica del reenvío, nos obliga a acudir a otra rama del Ordenamiento Jurídico para integrar contenido significativo: al Derecho administrativo⁴⁵.

⁴³ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 169.

⁴⁴ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 6.

⁴⁵ De otra opinión RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 311. En opinión de la citada autora el elemento típico servicio público se configura como normal penal en blanco que obliga a acudir a

El tradicional concepto de servicio público, desarrollado por la Doctrina administrativa, tal como indica DIPSE, pivota en torno a dos fundamentales elementos: un elemento subjetivo (que equivale a la reserva en régimen monopolístico a favor de la administración de un determinado sector o, lo que es lo mismo, a título que habilita a la Administración pública a intervenir en un determinado sector, con exclusión de la iniciativa privada) y un elemento objetivo (la intervención encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar ciertas necesidades fundamentales para la vida en sociedad)⁴⁶.

No obstante, la Doctrina administrativa no mantiene una posición unánime respecto del concepto de servicio público. Más al contrario, se encuentra dividida. Por un lado, una parte de la Doctrina⁴⁷ entiende que este concepto -el tradicional de servicio público- ha entrado en crisis y ha cumplido ya su misión⁴⁸. Por otro, otra parte de la Doctrina entiende que el concepto de servicio público a resurgido para configurarse como pieza clave en la realización del Estado Social⁴⁹.

En relación con la evolución del concepto tradicional de servicio público, éste “se identificaba con la propia actividad de la administración pública, entendida como gestión de servicios públicos”⁵⁰. Si bien este concepto ha experimentado transformaciones significativas a lo largo del tiempo, como señala DIPSE, “lo que sí ha perdurado de ese planteamiento original es la idea de solidaridad social que obliga al Estado a asegurar la prestación regular y continuada de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida, o, en otros términos, de servicios públicos”. En el marco de esta evolución, el concepto ya no se caracteriza por la exclusión de la iniciativa privada, sino que se consolida un “concepto material de servicio público que se identifica con aquellas

otras normas de carácter extrapenal que doten de contenido a este elemento normativo y completar así la conducta prohibida por este tipo penal.

⁴⁶ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 19.

⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, pág. 57; CHINCHILLA MARÍN, C., “Servicio Público: ¿crisis o renovación?”, en Malaret García (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 68.

⁴⁸ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 10.

⁴⁹ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 7-8; PAREJO ALFONSO, L.J., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre, 2004, pág. 67.

⁵⁰ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 8-9.

actividades prestacionales de interés general cuya titularidad es asumida -vía *publicatio*- por el Estado, quién, a través de su gestión directa o indirecta, los presta de acuerdo con los principios de universalidad, continuidad, regularidad y calidad”⁵¹.

En consecuencia, a efectos jurídicos penales determinamos como servicio público “*aquellas actividades prestacionales de interés general dirigidas a satisfacer, de acuerdo con los principios de igualdad, regularidad y continuidad, determinadas necesidades que se estiman imprescindibles para la vida y respecto de las cuales el Estado asume, al menos, una posición de garante, previendo para ello mecanismos de financiación*”⁵².

De modo que, serán calificados de servicios públicos aquellos que sean una actividad prestacional (una cosa o servicio que alguien reciba por parte de la Administración)⁵³.

Este concepto jurídico-penal de servicio público engloba, tal como indica DIPSE, “tanto los servicios públicos respecto de los cuales el Estado asume una posición de titularidad -mediante su *publicatio* como aquel respecto del cual el Estado se constituye en garante -como es el caso de las obligaciones de servicio público y del servicio universal-.” No obstante, tal como advierte la autora, no cualquier obligación de servicio público va a poder ser calificada como servicio público a efectos jurídico-penales, sino únicamente aquellas cuya naturaleza sea una prestacional. De modo que, dentro de las actividades económicas de interés general y titularidad privada “se pueden identificar ciertas prestaciones cuya denegación discriminatoria podría caer, en su caso, en el ámbito de aplicación del art. 511 CP. Se trata de aquellas actividades de dación, vitales para la sociedad, respecto de las cuales el Estado, la Administración Pública es “nombrada”, mediante ley, garante de su efectiva prestación”⁵⁴.

⁵¹ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 10.

⁵² DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 19.

⁵³ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 19.

⁵⁴ DIPSE, V., “Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP”, cit., pág. 19.

En conclusión, tendrá la consideración de servicio público, a efectos jurídico-penales, toda actividad prestacional que revista carácter fundamental y sobre la cual el Estado ostente la titularidad o haya asumido el rol de garante de su prestación⁵⁵.

3.4.2. Derecho a la prestación de servicio público

Como hemos señalado, en el delito tipificado en el artículo 511 CP, la conducta del sujeto activo debe consistir en la denegación de una prestación de servicio público, fundada en alguno de los motivos discriminatorios taxativamente previstos en la norma.

Para poder definir ese “derecho a recibir una prestación”, debemos de determinar previamente qué se entiende por “prestación”. Desde el Derecho administrativo ésta se ha definido como *“aquella por la que la administración sin limitar ni incentivar la actividad privada satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados”*⁵⁶.

La prestación es definida por QUERALT JIMÉNEZ como *“algo que se tiene derecho a recibir y precisamente procede de un sector regulado por la administración que se encarga de su impartición; el servicio público”*⁵⁷.

Por su parte, MACHADO RUIZ establece una concepción amplia de prestación, definiéndola como la *“actividad a través de la cual la administración satisface bien directa o indirectamente, un servicio público previamente establecido y conforme a su correspondiente normativa reguladora”*⁵⁸. Es importante que exista una relación entre el solicitante, que es la persona que tiene derecho a recibir la prestación, y la persona (sujeto activo) que tiene la obligación a otorgar esa prestación. Ya que, es necesario que la conducta denegatoria llegue a conocimiento del beneficiario de la prestación⁵⁹.

⁵⁵ GARROCHO SALCEDO, A., “Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP”, cit., pág. 234.

⁵⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 22ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág.426.

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 799-800.

⁵⁸ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 200.

⁵⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., pág. 109.

Una vez determinado qué debe entenderse por “prestación” a efectos del artículo 511 CP, es menester abordar ahora otro elemento del tipo: el derecho del solicitante a recibirla. Para que dicho derecho exista, deben concurrir dos condiciones: en primer lugar, la obligación de la Administración de garantizar a los ciudadanos un servicio público en condiciones de equidad; y, en segundo lugar, el cumplimiento por parte de los individuos de los requisitos legalmente exigidos para acceder a dicha prestación⁶⁰.

De este modo, el derecho que asiste al sujeto pasivo es el que determina la obligación de actuación por parte de la Administración. En consecuencia, la existencia de dicho derecho implica, correlativamente, un deber para la Administración de prestar el servicio en condiciones de igualdad. Si ese derecho no concurre, no surge la obligación del sujeto activo (de la Administración) de conceder la prestación, ni puede apreciarse discriminación en el acceso a los servicios públicos, aun cuando se den los motivos típicos, pues no se podría constatar la situación típica de la que surge el deber de actuar⁶¹.

A modo de ejemplo, la negativa de un propietario de restaurante⁶² a permitir la entrada de una persona por un motivo discriminatorio no genera, en este contexto, un derecho exigible ni la correlativa obligación de admitirla. Aunque tales conductas no queden impunes, el servicio goza de autonomía en su prestación, por lo que no existe un derecho en sentido estricto. Distinto es el caso de la denegación de acceso a un medio de transporte público, donde sí existe una obligación de prestación⁶³ y, por ende, resulta relevante analizar cómo los servicios públicos inciden en los derechos del sujeto pasivo⁶⁴.

En conclusión, “tener derecho a la prestación” constituye un requisito indispensable para la configuración de este delito, ya que, como se ha señalado en este apartado, es la existencia de dicho derecho lo que hace surgir el deber de la

⁶⁰ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 201-202.

⁶¹ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 204.

⁶² Se trata de un servicio que está destinado al público, pero gozan de cierta autonomía en su prestación.

⁶³ El acceso a un servicio público no genera automáticamente un derecho incondicionado por parte del sujeto pasivo, sino únicamente cuando este cumple con los requisitos legalmente establecidos. Es precisamente el cumplimiento de tales requisitos lo que confiere al sujeto pasivo el derecho a exigir la prestación del servicio público.

⁶⁴ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 205.

Administración pública de prestar el correspondiente servicio o, lo que es lo mismo, lo que da vida a la situación típica de la que nace el deber de actuar por parte del funcionario público o persona encargada del servicio público.

3.5. RAZA, ETNIA Y ORIGEN NACIONAL COMO MOTIVOS DISCRIMINATORIOS

Para que la conducta sea típica, el motor determinante de la denegación arbitraria de acceso al servicio público debe ser uno de los motivos discriminatorios recogidos en el art. 511 CP. De esta manera, se combinan los elementos que integran el proceso motivador del sujeto activo (la existencia de una causa o razón discriminatoria) con las características del sujeto pasivo (las circunstancias que originan la desigualdad de trato)⁶⁵. Estos elementos, tanto objetivos como subjetivos, configuran la exigencia de un trato desigual, fundado en razones discriminatorias, constituyendo así el factor de discriminación un elemento esencial del tipo⁶⁶ cuya concurrencia debe probarse.

El concepto de discriminación le encontramos definido en la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (modificada por la LO 8/2000). Así, según el art. 23.1 de la referida Ley “[A] los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”.

En cuanto a la enumeración de las razones discriminatorias, el artículo 14 de la Constitución establece la prohibición de discriminación por las siguientes causas “razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social”. Esta previsión constitucional permite al legislador ampliar esas cláusulas de discriminación atendiendo a los diferentes casos en los que se pretende evitar la discriminación.

⁶⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 37.

⁶⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 37.

Consecuentemente, el catálogo de los factores de discriminación contenido en cada uno de los preceptos penales que recogen “delitos de odio” suelen aglutinar, junto a los motivos fijados en el art. 14 CE, otros distintos, pues la Constitución es una norma de mínimos. De modo que, los factores de discriminación suelen diferir de unos tipos a otros, por lo que no existe una uniformidad entre las distintas cláusulas legales⁶⁷ de discriminación. Así, no se prevén las mismas causas de discriminación para la prestación de servicios (artículo 511 CP) que para el ámbito laboral (art. 314 CP). Porque los colectivos vulnerables en una materia y en otra son distintos. “En los servicios públicos en el artículo 511 el sexo no es una causa discriminatoria mientras que, en el ámbito laboral, una mujer sí que es tratada de un modo más desventajoso en relación con un hombre”⁶⁸. Además, autores como MACHADO RUIZ y RODRIGUEZ YAGÜE, establecen que, como ha apuntado el “Grupo de estudios de Política Criminal sería más acertado reservar la referencia del sexo en las causas contempladas en el delito de discriminación laboral”⁶⁹. LAURENZO COPELLO, por su parte, determina que el trato discriminatorio que sufre una mujer por el hecho, aun siendo discriminatorio, es difícil de comparar con la situación desventajosa que sufren otros grupos minoritarios⁷⁰.

Por lo que respecta los factores de discriminación típicos a efectos del art. 511 CP, podemos distinguir, tal como indica RODRÍGUEZ YAGÜE, entre: causas tradicionales y causas modernas. Son causa tradicionales la raza, la etnia y la nación, la religión y el sexo⁷¹. En cambio, las causas modernas son la orientación sexual, la situación familiar, la enfermedad y minusvalía, la aporofobia, la edad y la exclusión social.

Según LAURENZO COPELLO, “es importante destacar que cuando el código penal o la constitución habla sobre raza, sexo o la etnia están dirigiendo su tutela por

⁶⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 38-39.

⁶⁸ TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 237.

⁶⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 520.

⁷⁰ LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, pág. 21.

⁷¹ El sexo como hemos establecido antes tiene una “propuesta de desaparición entre las causas típicas, ya que está justificado en la mínima intervención del derecho penal respecto a aquellas personas en las que no exista una real y efectiva posición creada por conductas reiteradas diferenciadoras” RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit.

ejemplo a las personas de raza negra, a las mujeres y a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los «payos»⁷².

Dadas las limitaciones que se derivan de las características de este trabajo, en lo que sigue, abordaremos el estudio de algunas de las causas de discriminación, en concreto analizaremos las causas tradicionales, esto es: la raza, la etnia y la nación. Pues abordar el estudio de todas ellas desbordaría los objetivos y límites del presente trabajo.

3.5.1. Raza

En primer lugar, respecto a la raza, cabe precisar que constituye uno de los motivos más clásicos de discriminación. El término “raza” suele ser entendido en un sentido amplio, abarcando el origen, linaje o ascendencia de una persona. Por su parte, autores como RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, establecen “que puede entenderse de características físicas distintas del color y que puede también entenderse de características puramente culturales”⁷³. Con lo cual, el término raza no se limita a un sentido biológico -en el que el hombre tiene diferentes variables genéticas y hace que tenga características físicas distintas-⁷⁴, sino que, también incluye otros aspectos como el socio-cultural, considerándose dentro de este ámbito también características culturales de un determinado grupo. Por lo tanto, siguiendo a RODRÍGUEZ YAGÜE, la discriminación por motivos de raza incluye tanto las discriminaciones de carácter biológico como culturales⁷⁵.

En el artículo 1.1 del *Convenio Internacional de 21 de diciembre de 1965, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, se define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular

⁷² LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal” cit., pág. 21.

⁷³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Igualdad y discriminación”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 185.

⁷⁴ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 213.

⁷⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.478.

o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Este concepto de *raza* -contenido en el art. 1.1 del citado Convenio- por su carácter genérico, incluye, como se puede observar, también la referencia a la etnia y al origen nacional. No obstante, no podemos acoger este concepto tan amplio de raza, entre otras porque la equiparación no puede trasladarse a todos los supuestos de *nacionalidad* —otra de las causas típicas de discriminación—, ya que en este concepto de nación se incorporan también criterios de carácter político⁷⁶.

Lo expuesto evidencia las dificultades para delimitar y deslindar los términos *raza* y *etnia*, que en el lenguaje coloquial suelen emplearse de forma indistinta⁷⁷. En consecuencia, parte de la doctrina⁷⁸, con la que nos alineamos, ha optado por un concepto más estricto de *raza*, con el fin de precisar su distinción respecto del concepto de *etnia*.

El concepto restrictivo de raza se refiere a criterios de naturaleza biológica, centrados en la presencia de ciertos rasgos físicos distintivos, siendo el más destacado de estos rasgos el color de piel. Desde el punto de vista del color de piel se diferencian cuatro categorías raciales: blanca, negra, amarilla y cobriza⁷⁹. Desde nuestro punto de vista, esta división en razas quizás haya podido propiciar una mayor discriminación entre los distintos grupos. Esto se debe a que ha contribuido a reforzar estereotipos y prejuicios que han propiciado prácticas discriminatorias entre los diversos grupos sociales.

Frente a persistentes situaciones de discriminación, el Derecho penal lo que intenta es limitar la marginación de personas en función de su color de piel o rasgos

⁷⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 480.

⁷⁷ TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, cit., pág. 260.

⁷⁸ Acogen esta interpretación autores como GARCÍA ALVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 65. LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Ed.Universidad del País Vasco, Argitarapen Zerbitzua, 1999, pág. 89.

⁷⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 481.

físicos. Y el Derecho penal tiene como finalidad la protección de quienes de forma injustificada son objeto de conductas diferenciadoras⁸⁰.

3.5.2. Etnia

Por lo que respecta el concepto de etnia, autores como LANDA GOROSTIZA, lo definen como un “grupo con ciertos caracteres propios, con independencia de que tengan un determinado color de piel”⁸¹. En este sentido, señala BELTRAN BALLESTER que se debe de entender que su particular característica es entendida como su particular modo de vivir. Es decir, un elemento diferenciador de un grupo con la misma cultura, lengua, tradiciones etc.⁸².

3.5.3 Origen nacional

En cuanto al tercer motivo de discriminación, que es el origen nacional, este hace referencia al lugar de donde proviene una persona, ya sea por nacimiento o por los orígenes de sus antepasados⁸³. Aquí podemos observar que no solo se hace referencia a donde haya podido nacer una persona, sino también a la nacionalidad de sus ascendientes⁸⁴, por lo que estaríamos ante situaciones de carácter social o familiar.

⁸⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.482.

⁸¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. *La política criminal frente a la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 53- 55.

⁸² BELTRÁN BALLESTER, E., “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, Madrid, Universidad Complutense, 1978, pág. 44.

⁸³ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 215.

⁸⁴ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 215.

No obstante, en una interpretación más amplia de este concepto —respaldada por la mayoría de la Doctrina—⁸⁵, se identifica con un conjunto de personas con un mismo origen y que, por lo general, comparten una misma lengua⁸⁶.

Un tercer sector de la Doctrina⁸⁷ adopta un concepto de “nación” más restrictivo, incluyendo colectivos que, aunque pertenezcan al mismo país que el sujeto activo, presentan características culturales propias. Así, por ejemplo, desde este concepto de nación, podríamos hablar de discriminación incluso hacia la población de determinadas regiones del territorio español, como, por ejemplo, los vascos o los catalanes⁸⁸. Este sector de la Doctrina conviene que el motivo por el que se discriminaría a esas personas sería por el hecho de pertenecer a una de esas regiones. Sin embargo, en la actualidad, RODRÍGUEZ YAGÜE señala que, al menos por el momento, ello no se produce de forma reiterada, por ejemplo, en el ámbito del acceso a los servicios públicos⁸⁹.

Este trato desigual no se refiere únicamente a la discriminación hacia personas que pertenecen a un determinado Estado —por ejemplo, una persona de origen extranjero que posteriormente ha sido nacionalizada—, sino que también abarca a aquellas que no forman parte de dicho Estado. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 115/1987, de 7 de julio, establece “la igualdad de trato de extranjeros y españoles y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros, que la constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías”⁹⁰.

⁸⁵ Autores como LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, cit., pág. 246; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 511.

⁸⁶ BELTRÁN BALLESTER, E. “El delito de genocidio”, cit., pág. 32, identifica el concepto de nación con el conjunto de personas con mismas culturas en ese término amplio (historia, cultura, lengua, fines y sentido social).

⁸⁷ Por ejemplo, el autor ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en *Manuales de formación continuada, (Ejemplar dedicado a: El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica de 4/2000))*, núm. 5, 1999, pág.322., poniendo como ejemplo, que una persona vasca puede recibir ciertos ataques discriminatorios por el hecho de ser vasco. Por su parte BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., pág. 43., no está de acuerdo con “una interpretación del término “nación” que se limite a las entidades estatales”.

⁸⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.488.

⁸⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.488.

⁹⁰ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 217.

De este modo, hay que determinar que, si un extranjero cumple con los requisitos exigidos, según el artículo 14.3 de la *Ley de Extranjería 4/2000*, modificada por la LO 8/2000, “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básica”. Hay que tener en cuenta que no se trata de dispensar un trato igualitario a nacionales y a extranjeros, sino de evitar discriminaciones entre personas que se encuentran en idéntica situación⁹¹.

Por lo tanto, puede existir una restricción en el acceso, en igualdad de condiciones, al disfrute de determinados derechos por parte de las personas extranjeras⁹², quienes, no obstante, pueden beneficiarse, por ejemplo, de la asistencia sanitaria básica en los términos establecidos por la normativa aplicable. Ello significa “que tendrán los mismos derechos que los españoles en aquellos derechos que pertenecen a las personas por dignidad humana (artículo 10.1 C.E.), pero a otros derechos no podrán acceder según el artículo 13.2 CE. Además, también podrán ser titulares de derechos que establezcan los tratados y leyes”⁹³.

3.5.3. El racismo

Antes de finalizar el estudio de los tradicionales factores de discriminación, creemos pertinente dedicar unas líneas a un concepto de mayor alcance y que abarca a los tres anteriores (raza, etnia y origen nacional), cual es el “racismo”. En una primera aproximación, el racismo puede ser concebido “como una actitud de prejuicio y rechazo contra un grupo de personas por sus orígenes, características raciales y étnicas”⁹⁴. Este fenómeno se basa en el sentimiento de superioridad de un grupo respecto de otro. Hablamos de una jerarquización de grupos en función de su carácter externo⁹⁵. Lo que

⁹¹ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 220.

⁹² RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit. pág. 489-490.

⁹³ STC 95/2000, de 10 de abril, Sala Primera. En materia de principio de igualdad y no discriminación en los derechos y libertades de los extranjeros.

⁹⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 491.

⁹⁵ TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, cit., pág. 261.

genera esta diferencia es el deseo de excluir a otros por prejuicios hacia quienes son percibidos como diferentes⁹⁶.

Ahora bien, no toda distinción basada en la raza, la etnia o la nacionalidad puede considerarse discriminación, sino únicamente aquella que afecte a grupos que se encuentren en una situación de desventaja social. RODRÍGUEZ YAGÜE expone, a modo de ejemplo, que en nuestro país no puede hablarse de discriminación hacia la raza blanca, dado que no está sometida a un trato diferenciado negativo; en cambio, sí se aprecia en el caso de la etnia gitana⁹⁷.

Por lo tanto, esta forma de discriminación (el antigitanismo) no se basa tanto en la pertenencia a una determinada raza, etnia o nación, como en la no pertenencia a la raza, etnia o nación que se toma como referencia⁹⁸.

El racismo debe diferenciarse de la *xenofobia* o *etnofobia*, ya que, aunque son conceptos que pueden parecer similares -y a menudo se emplean de forma indistinta-, presentan matices propios. En todos los casos se alude a la discriminación hacia “el otro”⁹⁹, pero la *xenofobia* o *etnofobia* se centran en aspectos que definen la identidad de un grupo a partir de sus referencias culturales¹⁰⁰. Se trata, por tanto, de una discriminación dirigida hacia personas que pertenecen a un grupo nacional o étnico, precisamente por el hecho de formar parte de él.

En la actualidad, es posible observar la presencia de actitudes y comportamientos xenófobos y racistas en nuestra vida cotidiana, muchas veces de forma tan normalizada que pasan desapercibidos. Esta realidad muestra la necesidad de intensificar la lucha contra la discriminación (ya sea racial, étnica, o de origen nacional) con el fin de erradicar estas conductas y avanzar hacia una sociedad más justas, tolerable y equitativa.

⁹⁶ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 213.

⁹⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.493.

⁹⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.494.

⁹⁹ En este caso “el otro” lo vamos a situar como el extranjero, es decir ese rechazo hacia la persona extranjera.

¹⁰⁰ LANDA GOROSTIZA, J.M. *La política criminal frente a la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, cit., pág. 54-55.

4. SUJETOS DE LA CONDUCTA TÍPICA.

Como ya se ha puesto de manifiesto, el trato discriminatorio recae, por norma general, sobre sujetos que pertenecen a determinados colectivos minoritarios, cuyas características son rechazadas por la mayoría social¹⁰¹. LAURENZO COPELLO señala “que son aquellas características que los distingue de los cánones de normalidad que existen en la sociedad”¹⁰². No obstante, para poder determinar cuándo la denegación del acceso a un servicio público por motivos discriminatorios es constitutiva de delito, conforme al artículo 511 CP, resulta imprescindible determinar quienes son los sujetos del delito.

4.1. SUJETOS ACTIVOS

El artículo 511 CP establece de manera clara quienes pueden cometer el delito en concepto de autores. Se trata de un delito especial¹⁰³ que no va a poder ser cometido (en concepto de autor) por cualquier persona, sino que esa persona va a tener que reunir unas características concretas. En este caso se requiere que el sujeto sea “un funcionario público” o “particular encargado de un servicio público”.

Comenzaremos este análisis realizando unas precisiones previas. En primer lugar, debemos precisar que los términos “sujeto activo” y “autor”, no son sinónimos. Pues, tal como indica la Doctrina, sujeto activo será, “desde una perspectiva *ex ante*, la persona (física o jurídica) destinataria de la norma penal (primaria) y que, en su caso, reúna los requisitos típicos para realizar la acción u omisión típica, en tanto que autor será – desde una perspectiva *ex post*- el sujeto activo que (ya) ha realizado el hecho típico que se le imputa”¹⁰⁴.

El art. 511 CP contempla dos posibles sujetos activos: el particular encargado del servicio público y el funcionario público. Por lo tanto, este precepto contiene un tipo

¹⁰¹ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 246.

¹⁰² LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, cit., pág. 225.

¹⁰³ “Desde la perspectiva del sujeto activo, los delitos se clasifican en delitos comunes y en delitos especiales. Son delitos comunes los que desde una perspectiva *ex ante*, puedan ser realizados por cualquier persona, en tanto que los delitos especiales solo pueden ser cometidos por un determinado círculo de personas: personas que cumplen con los requisitos exigidos por el tipo”. DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. pág. 110.

¹⁰⁴ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. pág. 110.

básico y un tipo cualificado. Así, el primer apartado del artículo 511 CP, contiene el tipo básico, pues el sujeto activo es el particular encargado de un servicio público, en tanto que en tercer apartado del art. 511 CP, contiene el tipo cualificado por la condición de funcionario público del sujeto activo.

En cuanto a la naturaleza del delito contemplado en el artículo 511 CP, la Doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que se trata de un delito especial propio y quienes entienden que se trata de un delito especial impropio. Una parte de la Doctrina, representada por autores como BERNAL DEL CASTILLO o TAMARIT SUMALLA¹⁰⁵, sostienen que se trata un delito especial impropio, ya que este “cuenta con un (supuesto) correspondiente delito común destinado a ofrecer protección al mismo bien jurídico que el delito especial, pero sin exigir que el sujeto activo tenga que cumplir especiales requisitos o estar en una determinada posición respecto del bien jurídico protegido para poder ser considerado como tal”¹⁰⁶. Por el contrario, otros autores como RODRÍGUEZ YAGÜE¹⁰⁷ defienden que nos encontramos ante un delito especial propio, este “describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que, los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ello la misma conducta”¹⁰⁸. En este caso, el delito de denegación discriminatoria del acceso a un servicio público no tiene correspondencia con un delito común de discriminación¹⁰⁹.

Por su parte, MACHADO RUIZ, en cuanto a la naturaleza del delito, considera que el tipo básico del artículo 511.1 CP -esto es, el que castiga a los particulares encargados de un servicio público- contiene un delito especial propio. No obstante, respecto al tipo agravado previsto en el artículo 511.3 CP -cuando el delito es cometido por funcionario público- sostiene que se trata de un delito especial impropio, puesto que,

¹⁰⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 105; TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 1474; BERNAL DEL CASTILLO, determina que “es un delito especial impropio puesto que solo pueden ser sujetos activos las personas que en el momento de la acción ostenten esa condición”.

¹⁰⁶ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. pág. 111.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.427.

¹⁰⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 225.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.427.

a diferencia del tipo básico, en el caso de no concurrir los requisitos para considerar a una persona funcionario público existe la posibilidad de aplicar de forma subsidiaria el tipo básico (art. 511.1 CP)¹¹⁰.

El concepto de “funcionario público” puede variar en función de la rama del derecho en la que se utilice, sin embargo, para el análisis del tipo penal, lo relevante es atender al concepto jurídico-penal. Según el artículo 24.2 CP actual -que viene a reproducir el art. 119 del anterior Código- se considera funcionario público “todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. Como se puede observar, este artículo no establece quien es funcionario público, sino a quien se les considera funcionario público a efectos penales¹¹¹.

Los elementos para determinar que una persona es funcionario público a efectos penales son, según el artículo 24.2 CP: un elemento objetivo, “la participación del sujeto en funciones públicas” y un elemento subjetivo “la existencia de un título o la relación del sujeto con la administración”¹¹².

El concepto de “función pública”, plantea una cuestión compleja, especialmente en contextos donde resulta difícil determinar cuándo se están ejerciendo funciones públicas y cuando no. Esta dificultad se ve acentuada por la frecuente presencia de entidades colaboradoras en la gestión de servicios públicos¹¹³. Siguiendo a DIPSE, “la Doctrina penal, de forma mayoritaria, entienden que se está ante una verdadera “función pública” cuando la Administración Pública —a cuyo servicio se encuentre la persona en cuestión— venga desarrollando una función orientada a los intereses generales propios de la Administración”¹¹⁴. Debe entenderse este concepto de “función pública” en sentido amplio, abarcando tanto aquellas actividades públicas que se prestan de manera directa por sujetos públicos, como aquellas actividades públicas que prestan por los sujetos privados, que participan de manera indirecta, puesto que la administración les delega una

¹¹⁰ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 281-286.

¹¹¹ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. pág. 112.

¹¹² RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit. , pág. 409.

¹¹³ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. págs. 114-115.

¹¹⁴ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. págs. 116-117.

actividad¹¹⁵. VALEIJE ÁLVAREZ, por su parte, define la función pública como el “conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directa o indirectamente a través de actos de delegación”¹¹⁶. Esta interpretación también ha sido respaldada por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de septiembre de 1966, así como en la STS de 7 abril de 1973 ha afirmado que “todo aquel que participa en funciones públicas, cualquiera que sea su cometido y que dentro de ellas tenga asignado, queda investido por el mero hecho de su desempeño en la cualidad de funcionario público”¹¹⁷.

Sin embargo, no basta únicamente con la participación en el ejercicio de funciones públicas para que una persona sea considerada funcionario público a efectos penales, será necesario que concurra también el elemento subjetivo, esto es, que el sujeto tenga una relación con la Administración por alguno de los títulos a los que se refiere el art. 24 CP¹¹⁸. Según el art. 24 CP van a ser tres títulos habilitantes: la disposición inmediata de la Ley, el acto de elecciones y, finalmente, el nombramiento realizado por autoridad competente.

En primer lugar, por una disposición inmediata de ley se entiende “la disposición general que formalmente pueda encuadrarse en dicha categoría normativa, quedando al margen de este concepto los actos normativos jerárquicamente inferiores a la ley”¹¹⁹. El segundo título habilitante es un acto de elección¹²⁰, que a efectos penales “además de las personas que hayan sido elegidas por sufragio universal, libre, directo y secreto, las que

¹¹⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 412.

¹¹⁶ VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario publico, funcion publica y “ personas que desempeñan una funcion publica”. En *Cuadernos de Politica Criminal*, núm. 62, Ed. Edersa, Madrid, 1997, pág. 473.

¹¹⁷ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 272.

¹¹⁸ En este caso doctrina como BERNAL DEL CASTILLO entienden la importancia de este segundo elemento para dotar de contenido. BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 107.

¹¹⁹ ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Álvarez García (dir.), Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Publica y de Justicia*, Valencia, 2013, pág. 76.

¹²⁰ “Solo serán válidas las elecciones reguladas por una norma orgánica (art. 81.1 CE) debe de estar en una ley el origen de la habilitación para conferir el titulo por parte de la autoridad” MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 269

hayan sido elegidas por un determinado sector social o, incluso, de forma indirecta por los ciudadanos”¹²¹. Por último, participan en el ejercicio de la función pública y son funcionarios públicos, a efectos penales los sujetos que hayan sido nombrados por autoridad competente (es decir, aquellas personas que son elegidas para un cargo o función pública).

Por otro lado, el “particular encargado de un servicio público” es definido por MACHADO RUIZ, como “aquel que participa en las funciones públicas a través de un título distinto a la disposición inmediata de la ley o mediatamente, a través de ella, por elección o por nombramiento de autoridad competente”¹²². Este concepto de “particular encargado” incluye a aquellas personas que, sin haber sido designadas por ley, elección o nombramiento, ejercen funciones públicas por un título jurídico distinto (en especial, concesión, contratación y autorización.)¹²³.

En lo que respecta a la participación en este precepto, la doctrina ha desarrollado diversas tesis en relación con ambas modalidades de sujeto activo -funcionario público o particular encargado-. Así, para un sector de la Doctrina representado BERNAL DEL CASTILLO¹²⁴ y CARBONELL MATEU, al tratarse de un delito la participación en el mismo sería atípica, no pudiendo el partícipe ser castigado por este precepto¹²⁵. Por el contrario, otro sector de la Doctrina representado por TAMARIT SUMALLA, sí que admite la posibilidad de sancionar como partícipes a personas que no cumplan con los requisitos exigidos por el tipo penal¹²⁶.

Respecto a la diferencia entre los sujetos activos en este precepto penal, RODRIGUEZ YAGÜE señala que “si la gestión es directa, realizada por la propia

¹²¹ DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, cit. pág. 119.

¹²² MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 281. Asimismo, se considera incluido en esta categoría el personal laboral, tanto fijo como discontinuo, que participe en el ejercicio de la función pública. BAÑO LEÓN, J., “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa” *Delitos de los funcionarios públicos*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. IV, 1994, pág. 11.

¹²³ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., págs. 106- 107.

¹²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., pág. 108.

¹²⁵ Es decir, la conducta discriminatoria realizada a título personal por parte de los dependientes queda impune. (“Quien deniega es el que tiene al cargo el servicio, aunque la negativa de un servicio público la comunique un tercero”) CARBONELL MATEU, J. C./ VIVES ANTÓN, T. S., Capítulo IV. Título XXI, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (coordinado por Vives Antón), T. II, 1996, pág. 2005.

¹²⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal.*, cit., 1438.

Administración (sin la presencia de intermediarios) estamos ante funcionario público. Mientras que, si la gestión es indirecta, incorporando para las tareas de prestación particulares, estaremos ante particulares encargados de un servicio público”¹²⁷.

Por último, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solo mencionaremos que cuando los actos discriminatorios se atribuyan a estas, la responsabilidad penal solo podrá exigirse a través de las personas físicas que hayan exteriorizado esa conducta en su nombre. Además, el propio precepto no establece una sanción específica dirigida a la persona jurídica¹²⁸, lo cual no deja de ser llamativo.

4.2. SUJETOS PASIVOS

Los sujetos pasivos del artículo 511 CP son las personas a las que asiste el derecho de acceso la prestación denegada¹²⁹. En lo que respecta a los sujetos pasivos cabe precisar que el delito no protege a cualquier miembro de la sociedad, sino únicamente a aquellos individuos que por sus particularidades provocan cierto rechazo por parte de la sociedad. Por lo tanto, hablar de discriminación es hablar de una desigualdad no razonada. Así LAURENZO COPELLO identifica que “es un fenómeno de marginación al que se ven sometidos ciertos colectivos por el hecho de tener unas características distintas de los cánones de normalidad que imperan en la sociedad”¹³⁰. Por lo tanto, sujetos pasivos de los delitos de discriminación solo pueden serlo estos sujetos que pertenecen a colectivos o grupos desaventajados. Por consiguiente, no siempre que se deniega una prestación a la cual se tiene derecho se está originando una discriminación¹³¹.

En definitiva, se consideran víctimas de este delito “aquellas personas que forman parte de una minoría por la desvalorización de sus rasgos diferenciales por parte de la

¹²⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.416.

¹²⁸ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág.285-294

¹²⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., 104.

¹³⁰ LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, cit., pág. 225.

¹³¹ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 247

mayoría dominante y que, por ello, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad”¹³².

Sin embargo, para la determinación de los sujetos pasivos, además de la pertenencia a un colectivo marginado, es necesario que concurra también una dimensión individual, lo que implica la denegación de la prestación al sujeto¹³³. Es decir, este precepto requiere que el sujeto pasivo, además de estar en una posición de inferioridad, debe tener derecho a la prestación¹³⁴. Así pues, lo que se protege es el acceso a los servicios públicos sin discriminación, debido a que existe una tendencia de desprecio y rechazo hacia determinados rasgos biológicos o sociales¹³⁵.

Se protege de manera individual al titular del bien jurídico, puesto que la conducta denegatoria se dirige contra él. No obstante, como se ha indicado, para que una persona pueda ser considerada sujeto pasivo, deben cumplir con los requisitos establecidos para la obtención del servicio o actividad correspondiente. Por ello, se considera que se trata de un sujeto pasivo cualificado¹³⁶.

¹³² MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 253.

¹³³ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., págs. 450-451.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 826.

¹³⁵ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 248-249.

¹³⁶ Así, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 104.

El segundo párrafo del artículo 511¹³⁷ también incluye como sujetos pasivos a los miembros de una asociación¹³⁸, fundación¹³⁹, sociedad¹⁴⁰ o corporación¹⁴¹ - es decir, también prevé sujetos de carácter colectivo-. De esta forma, la denegación puede ir dirigida contra un grupo de personas unidas por unas características comunes¹⁴². En este sentido MACHADO RUIZ señala que, “en todo caso, el sujeto pasivo puede ser una pluralidad de personas, esto es una víctima colectiva o en una persona jurídica. Puesto que la razón de ser de este párrafo se entiende que es dar una protección diferenciada a los supuestos de denegación discriminatoria de una prestación pública a colectivos con personalidad jurídica o a sus integrantes, por sus circunstancias o por la de sus miembros”¹⁴³.

El legislador, al ampliar el círculo de sujetos pasivos, procuró dotar de mayor protección a las personas físicas en su derecho a no ser discriminadas, ya sea mediante un ataque individualizado o mediante un ataque dirigido al grupo¹⁴⁴.

MACHADO RUIZ, por su parte, establece una serie de rasgos destacables para identificar al sujeto pasivo de este precepto penal:

¹³⁷ Artículo 511.2 CP “Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

¹³⁸ “aquellas entidades con personalidad jurídica propia cuyo fin común es altruista. Por ejemplo, los partidos políticos” MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 359.

¹³⁹ “Entidad jurídica que se construye en torno a un conjunto de bienes destinados a la realización de unos fines concretos” MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 359.

¹⁴⁰ “Aquella que, mediante un contrato de ese nombre, dos o más personas se obligan a poner en común bienes, servicios o alguna de estas cosas con ánimo de repartirse las ganancias” Artículo 116 del código de comercio. MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 359.

¹⁴¹ “Asociaciones forzosas de particulares, creadas por el estado, que, igualmente, les atribuye personalidad jurídica publica para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privativos de sus miembros, desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la jurisdicción Contenciosa- Administrativa” (PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público.*, 1993, pág. 302)

¹⁴² Por ejemplo, denegación de un servicio público a una asociación de defensa del pueblo gitano.

¹⁴³ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 255-257.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 456.

En primer lugar, señala la “negación de condición humana” que se manifiesta cuando se aplican criterios naturales o sociales como elemento de distinción para situar al individuo en una posición desfavorable, al margen de sus méritos o capacidades¹⁴⁵. En segundo lugar, destaca la discriminación del sujeto pasivo por su pertenencia a un grupo, consolidando situaciones de “marginación colectiva”¹⁴⁶. En tercer lugar, considera que la “pertenencia a una minoría” constituye uno de los factores más relevantes en los supuestos de acciones discriminatorias. Por último, se refiere a la “posición desventajosa que ocupa el sujeto pasivo en la sociedad”, es decir no se puede dar en aquellos grupos que tengan un papel dominante en la sociedad¹⁴⁷.

De lo expuesto se deduce que el sujeto pasivo del delito es “el ser humano individualmente o en grupo, la persona jurídica o los miembros que la integran, que comparten una serie de cualidades relativamente permanentes que la distinguen del resto y que, por ello son objeto de una desvaloración por la mayoría dominante lo que provoca su exclusión del disfrute de los servicios públicos pese a cumplir los requisitos legales para ser titulares de los mismos”¹⁴⁸.

5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 511 Y 512 CP

El artículo 512 CP fue introducido *ex novo* por el Código Penal de 1995¹⁴⁹. Este precepto presenta similitudes con el artículo 511 CP, ya que ambos son delitos que buscan garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación.

El artículo 512 CP dispone que “[q]uienes 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 situación familiar, su

¹⁴⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, cit., pág. 90.

¹⁴⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, cit., pág. 90-91.

¹⁴⁷ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 251-253.

¹⁴⁸ MACHADO RUÍZ, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, cit., pág. 262.

¹⁴⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., pág. 99.

pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su 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.”

Como se puede observar, a diferencia del artículo 511 CP, el artículo 512 CP circunscribe su ámbito de aplicación a las prestaciones profesionales y empresariales a las que una persona tiene derecho. En este caso, se trata de proteger el principio de igualdad en las relaciones entre particulares¹⁵⁰.

El objeto de la conducta típica *ex art.* 512 CP es la “actividad profesional o empresarial”, esto es, aquellas actividades que quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 511 CP; es decir, todo lo que no encaje dentro de la noción de servicio público. Este precepto pretende sancionar las discriminaciones producidas en el ámbito privado¹⁵¹. Además, otro elemento característico de este tipo penal es la autonomía privada¹⁵², aunque esta no tiene un carácter ilimitado, sino que puede ser restringida. Una de esas restricciones es precisamente el derecho a recibir una prestación sin discriminación¹⁵³.

Por otro lado, el artículo 512 CP no establece de manera específica quienes son los sujetos activos del delito, sino que lo hace de una forma genérica “los que, en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales...”. RODRÍGUEZ YAGÜE indica que, “no cualquier persona que cometa una discriminación va a ser castigado conforme a este delito, sino solo aquellas que tengan asignada una función prestacional, en este caso de carácter privado. Así quedan fuera de este tipo penal aquellos particulares que fuera de esa actividad profesional o empresarial, denieguen una prestación a una

¹⁵⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 103.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 369-370.

¹⁵² El artículo 38 CE recoge “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” en el ámbito empresarial, se refiere a la libertad de contratación como el establecimiento de los criterios que rijan el ejercicio de su actividad profesional o empresarial RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 371.

¹⁵³ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 371.

persona por causas discriminatorias”¹⁵⁴. Por lo tanto, estaríamos, al igual que en el artículo 511 CP, ante un delito especial.

Por último, nos referimos a la penalidad prevista en ambos artículos. Para los particulares encargados de un servicio público, el artículo 511 CP contempla de manera acumulativa las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses y una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años. La penalidad contemplada en este delito ha sido calificada como excesiva por parte de la Doctrina. Por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, considera que la pena de privación de libertad prevista en este artículo es excesiva, y es partidario de que se imponga únicamente la pena de inhabilitación especial¹⁵⁵. Según RODRÍGUEZ YAGÜE, “la gravedad de las penas previstas ha sido apuntada como una de las posibles causas de la inaplicación de este tipo penal”¹⁵⁶. No obstante, en opinión de esta autora, no se trata de una pena tan excesiva si se compara con las penas previstas en otros tipos penales antidiscriminatorios¹⁵⁷.

En cuanto a la penalidad prevista para el funcionario público, se observa una agravación, en su mitad superior, respecto de las penas de prisión y multa anteriormente señaladas, así como una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de entre dos y cuatro años. Esta agravación se justifica porque el sujeto, en este caso, incumple además los deberes concretos derivados de su condición de funcionario público. En particular, se hace referencia al respeto que debe mantener el funcionario público hacia la protección de los derechos fundamentales, como, en este caso, es el derecho a la igualdad¹⁵⁸.

En cambio, la pena prevista en el artículo 512 se limita a la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.423-426.

¹⁵⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho Penal.*, cit., pág. 110.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.612.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.612.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág.613. Esta autora tampoco entiende porque existe tal diferencia entre los diferentes sujetos, ya que no tiene coherencia la distinción que se recoge en cuanto a la penalidad. Propone una equiparación de las penas.

años¹⁵⁹. “La diferencia de penalidad entre ambos preceptos penales puede ser entendida desde la óptica del conflicto de derechos y, concretamente, desde el respecto a la autonomía privada que rige, aunque con límites, las relaciones entre particulares”¹⁶⁰. A nuestro entender, la mayor penalidad -que contiene el art- 511 CP- se debe a la importancia que el servicio público tiene en la realización del Estado Social.

6. CONCLUSIONES

I.

El artículo 511 CP (en vigor desde el año 1995) ha sido objeto de varias modificaciones que han tenido como finalidad reforzar la protección frente a las discriminaciones en la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, dichas modificaciones no pueden considerarse sustanciales. Por lo tanto, cabe plantearse si las mismas no son sino el reflejo de lo que en Doctrina se conoce como Derecho penal simbólico. Pues, a pesar de las diversas reformas a las que ha sido sometido el referido precepto penal, hasta la fecha no ha dado lugar a ningún pronunciamiento condenatorio

II.

En este tipo penal pretende evitar que se denieguen, por razones discriminatorias, prestaciones a las que tiene derecho un sujeto que cumple con los requisitos exigidos. Lo que se traduce en la protección de un bien jurídico, que en nuestra opinión es de carácter individual y se identifica con la igualdad en el acceso a los servicios públicos. No es esta, no obstante, la opinión dominante en la Doctrina, para quién o se protege un bien jurídico supraindividual -el correcto funcionamiento de la Administración público- o, bien se protege un bien jurídico individual – el derecho a ser diferente-.

¹⁵⁹ Autores como BERNAL DEL CASTILLO, consideran que la pena prevista es excesiva, igual que en el artículo 511, “dado que el ejercicio de esas actividades es normalmente el medio de vida de quienes los ejercen y para este autor le parece una duración desmesurada.” BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, cit., pág. 112.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, cit., pág. 616-617.

III.

Por lo que respecta la conducta típica, esta consiste en denegar – es decir, no conceder- una prestación a la que el sujeto tiene derecho; prestación que, tal como indica el tipo, ha de ser de “servicio público”. Tras analizar la evolución del concepto de servicio público, concluimos que, a efectos jurídico-penales, por tal se ha de entender *toda actividad prestacional que tenga un carácter fundamental, en la que el Estado tenga la titularidad o haya asumido el rol de garante de la prestación*.

Otro de los requisitos indispensables para la configuración de este delito es la existencia de un derecho a la prestación. Este derecho es el que hace surgir el deber por parte de la Administración de prestar el correspondiente servicio, esto es, el deber de actuar, pues el art. 511 CP se configura como un delito de omisión pura, en tanto que el funcionario o particular encargado del servicio público realiza la conducta típica “denegando” la prestación a la que la persona solicitante tiene derecho.

III.

En cuanto a los motivos discriminatorios, hemos analizado tres de los mencionados en este precepto penal: raza, etnia y origen nacional. La raza se refiere, principalmente, a la presencia de ciertos rasgos físicos distintivos, como el color de piel. En segundo lugar, la etnia se determina como un elemento diferenciador por sus características comunes como la cultura, la lengua o las tradiciones. Y, finalmente, el origen nacional hace referencia al país de procedencia de una persona, ya sea por nacimiento o por los orígenes de sus antepasados.

No obstante, existe un término más amplio que abarca a todos los motivos anteriores: el racismo, entendido como la exclusión hacia quienes son percibidos como “el otro” por tener unas características distintas, hablando de un sentimiento de superioridad por parte del sujeto activo.

Cuando concurre alguno de estos motivos discriminatorios, juntos con los requisitos exigidos por tipo penal, la conducta podría ser constitutiva de delito de denegación discriminatoria de un servicio público. Sin embargo, como hemos venido mencionando, hay que señalar en este precepto penal el problema que plantea su aplicación práctica, ya que, hasta la fecha, no se ha dictado ninguna sentencia condenatoria, lo que puede deberse a diferentes causas. Entre ellas, la dificultad probatoria, demostrar que la negativa a la prestación pública se debe a alguno de los motivos discriminatorios señalados resulta complejo. Por ejemplo, si a una persona de

etnia gitana no se le brinda atención en un hospital, ¿Cómo se puede demostrar que la negativa se debió a su origen étnico y no, por ejemplo, a la falta de camas disponibles?

IV.

Es fundamental considerar los diferentes sujetos que intervienen en este delito – sujeto activo y sujeto pasivo-. El sujeto activo debe ser un funcionario público o un particular encargado de un servicio público, por lo tanto, no se trata de un delito que pueda ser cometido por cualquier persona, sino que en la persona del sujeto activo deben concurrir unos requisitos específicos para que pueda cometer este delito en concepto de autor – delito especial-.

La ausencia de previsión normativa respecto a la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de este delito pone de relieve una evidente laguna legislativa, que de *legue ferenda* creemos debe resolverse con urgencia.

Igualmente, el sujeto pasivo no puede ser cualquier individuo, sino únicamente los sujetos que pertenecen a colectivos o grupos desaventajados, vulnerables a los que se refiere el precepto, lo que, por otro lado, podría influir en la ausencia de pronunciamientos judiciales condenatorios, en gran medida debido a la infradenuncia.

V.

Por lo que respecta el análisis comparativo realizado entre el art. 511 y 512 CP, cabe mencionar que una de las diferencias fundamentales entre ambos preceptos radica en que este último se aplica en los casos de negativa a prestar servicios profesionales o empresariales a los que una persona tiene derecho, por razones discriminatorias, en tanto que el primero tiene por objeto los servicios públicos.

El art. 512 CP contiene, igualmente, un delito especial, pero a diferencia del contenido en el art. 511 CP, en este caso el sujeto activo debe ser un particular que desarrolle una actividad profesional o empresarial. Además, como hemos señalado, la pena en ambos tipos penales va a ser diferente, ya que el artículo 512 CP se limita a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, en tanto que el art. 511 CP contiene un marco penal compuesto por penas cumulativas (de prisión e inhabilitación especial).

VI.

Por último, cabe señalar que la falta de denuncias mencionada junto con la inexistencia de condenas derivadas de la aplicación de este artículo contribuye a una percepción por parte de la sociedad de ineficacia y falta de credibilidad del sistema penal. Por lo tanto, este precepto penal desde mi punto de vista debería de ofrecer mayor certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos.

7. BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ. G., "La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal", en *Manuales de formación continuada, (Ejemplar dedicado a: El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica de 4/2000))*, núm. 5, 1999.
- BAÑO LEÓN, J., "Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa", *Delitos de los funcionarios públicos*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. IV, 1994.
- BELTRÁN BALLESTER, E., "El delito de genocidio", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, Madrid, Universidad Complutense, 1978.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- CARBONELL MATEU, J. C./ VIVES ANTÓN, T. S., *Capítulo IV. Título XXI, en Comentarios al Nuevo Código Penal (coordinado por Vives Antón)*, T. II, 1996.
- CHINCHILLA MARÍN, C., "Servicio Público: ¿crisis o renovación?", en *Malaret García (dir.), Régimen jurídico de los servicios públicos, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.
- DIPSE, V., *Las omisiones típicas en el delito de prevaricación urbanística*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- "La pluriofensividad y su aplicación en el artículo 329 del Código Penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 165, 2023.
 - "Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP", en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 43, 2023.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.
- GARCÍA ALVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARROCHO SALCEDO, A., "Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP", en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, Madrid, 2013.

- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, (traducción de la 3ª edición alemana y adiciones de Derecho español por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., *Discriminación punible en el ámbito del servicio público*, Bilbao, 1997.
- *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Ed. Universidad del País Vasco, Argitarapen Zerbitzua, 1999.
 - *La política criminal frente a la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- LAURENZO COPELLO, P., "La discriminación en el Código Penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996.
- "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999.
- MACHADO RUÍZ, M.D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art.511 CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Ed. B de F, Argentina, 2003.
- *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ RUÍZ, J., *El delito de conducción temeraria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- OLAIZOLA NOGALES, I. / DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M., "La responsabilidad penal de los funcionarios. El código penal de 1995", en *Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, núm. 6, 1996.
- PAJARES, M., *La integración ciudadana: Una perspectiva para la inmigración*, Ed. Icaria, 2005.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 22ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L.J., "Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974.

- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Publica y de Justicia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Comentarios a la Legislación Penal. La reforma Penal de 1983”, en *Revista de Derecho privado*, T.V, Ed. Edersa, Vol. 2, 1983.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de Omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10^a ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario publico, funcion publica y ‘personas que desempeñan una funcion publica’”, en *Cuadernos de Politica Criminal*, núm. 62, Ed. Edersa, Madrid, 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” en *Estudios Penales y Criminológicos, Cursos e Congresos*, vol. IX, núm. 40, Santiago de Compostela, 1986.