

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.
Directores

LOS CONTENIDOS LABORALES EN LAS NUEVAS LEYES SOCIALES

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970 / 932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos.

© Los autores

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykison.es> / <http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-098-5
Depósito Legal: M-5673-2025
DOI: <https://doi.org/10.14679/3733>

ISBN electrónico: 979-13-7006-465-5

Maquetación:
Besing Servicios Gráficos S.L.
besingsg@gmail.com

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.

Directores

Autores

Alarcón Castellanos, M^a. M.

Boró Herrera, F.

Charro Baena, P.

Duro Carrión, S.

García Gil, M.B.

González García, S.

Lasaosa Irigoyen, E.

Mateos y de Cabo, O. I.

Merino San Román, J. C.

Morales Vállez, C.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C.

Pérez Campos, A.I.

Quintanilla Navarro, R. Y.

Ramo Herrando, M. J.

Romeral Hernández, J.

Sempere Navarro, A. V.

Ciencias Jurídicas y Sociales

Ciencias de la Salud

Ciencias Experimentales y Tecnología

Ingeniería y Arquitectura

Arte y Humanidades

Índice

Prólogo	13
Carmen Sánchez Trigueros	
Capítulo I. Las nuevas leyes sociales desde la perspectiva de sus contenidos laborales	19
Quintanilla Navarro, R. Y. - Sempere Navarro, A. V.	
I. INTRODUCCIÓN	20
II. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA (LOPIVI).....	23
1. Principios internacionales inspiradores	23
2. Una tendencia normativa persistente.....	25
3. Alcance de la LOPIVI	25
III. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN (LITND)	27
1. Antecedentes y objetivos.....	27
2. Caracteres generales.....	28
3. Motivos de discriminación proscritos.....	29
4. Dinámica de la tutela	42
5. Tipos de discriminación.....	43
6. La acción positiva	46
7. La indemnidad	47
8. Contenidos laborales adicionales.....	50
IV. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LOGILS)	52
1. Alcance general y contexto	52
2. Principales aspectos laborales.....	54
V. LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (LOSSR)	57
1. Caracterización general y contexto.....	57
2. Principales aspectos sociolaborales	58
VI. LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI (LEY LGTBI)	59

1.	<i>Caracterización general y contexto</i>	59
2.	<i>Principales aspectos sociolaborales</i>	60
VII.	APUNTE FINAL	61
Capítulo II.	Supervisión de la contratación de los centros educativos	65
	Duro Carrión, S.	
I.	INTRODUCCIÓN	65
II.	ANTECEDENTES Y CONTEXTO NORMATIVO	67
III.	PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LIZA	71
IV.	DE LA ORGANIZACIÓN EDUCATIVA, LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y EL COORDINADOR/A DE BIENESTAR Y PROTECCIÓN	75
V.	DE LA SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS	78
VI.	DE LA FORMACIÓN EN SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD DIGITAL	81
VII.	CONCLUSIONES	83
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	85
Capítulo III.	Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Incumplir las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia	87
	Morales Vález, C.	
I.	EL ARTÍCULO 57.3 DE LA LOPIVI	87
II.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	91
III.	INCIDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	92
IV.	LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL	97
V.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INEPTITUD DEL TRABAJADOR	98
VI.	INCIDENCIA EN LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	98
VII.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMPLEADORA	99
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	100
Capítulo IV.	Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y a la no discriminación y medidas de protección y de garantía en la LITND	101
	Mateos y de Cabo, O. I.	
I.	EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA	101

II.	EL PROBLEMA JURÍDICO DEL RANGO NORMATIVO DE LA LITND: ¿ES VERDADERAMENTE INTEGRAL COMO DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 14 CE?	109
III.	LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN FRENTE A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LITND	116
IV.	LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN	125
Capítulo V. Conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación		135
Charro Baena, P.		
I.	LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN Y SUS CONCEPTOS	135
1.	<i>Discriminación directa y discriminación indirecta</i>	137
2.	<i>Discriminación por asociación y discriminación por error</i>	138
3.	<i>Discriminación múltiple e intersectorial</i>	143
4.	<i>Actuaciones discriminatorias</i>	145
II.	LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	149
III.	INTERPRETACIÓN DE LA NORMA Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA	151
IV.	BIBLIOGRAFÍA	152
Capítulo VI. El acceso al empleo en la LITND		155
Alarcón Castellanos, M ^a . M.		
I.	INTRODUCCIÓN	155
II.	ALCANCE DEL DEBER DE TRATO IGUAL Y LA PROHIBICION DE DISCRIMINAR EN EL ACCESO AL EMPLEO CONTENIDA EN LA LITND	156
1.	<i>Aproximación al deber de igualdad de trato y no discriminación</i>	156
2.	<i>El deber de trato igual y las medidas de discriminación positiva</i>	159
3.	<i>Aproximación a los factores discriminatorios de la LITND</i>	163
4.	<i>Aproximación a los tipos de discriminación a la luz de la LITND</i>	164
III.	ÁMBITOS A LOS QUE ALCANCE LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO	167
1.	<i>La dimensión privada en el acceso al empleo</i>	168
2.	<i>La dimensión pública en el acceso al empleo</i>	173
3.	<i>El acceso al empleo autónomo</i>	175
IV.	CONTROL DEL RESPETO DEL DEBER DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR LA LITND Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO	175
V.	LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ACCESO AL EMPLEO	180
1.	<i>La inteligencia artificial y el acceso al empleo</i>	180
VI.	BIBLIOGRAFÍA	184

Capítulo VII. Nuevas obligaciones para las empresas	187
Merino San Román, J. C.	
I. INTRODUCCIÓN	187
II. OBJETIVOS DE LA LITND	189
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL	190
IV. ACCESO AL EMPLEO POR CUENTA AJENA, PÚBLICO O PRIVADO	193
V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.....	195
VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	197
VII. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	198
VIII. OBLIGACIONES PARTICULARES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL	201
IX. AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	202
X. APUNTE FINAL	204
XI. BIBLIOGRAFÍA	205
Capítulo VIII. Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa	207
Ramo Herrando, M. J.	
I. INTRODUCCIÓN	207
II. ASPECTOS LABORALES DE LA LITND	208
III. COMPETENCIAS DE LA RLPT EN MATERIA RETRIBUTIVA	210
IV. NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND	212
1. <i>Igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva</i>	212
2. <i>Las acciones de responsabilidad social en la empresa</i>	213
3. <i>Las medidas de acción positiva</i>	216
4. <i>Los códigos de conducta y buenas prácticas</i>	218
5. <i>Especial referencia al colectivo LGTBI</i>	219
V. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND SIN REFLEJO EN EL ARTÍCULO 64 ET	221
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	222
Capítulo IX. Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social	225
Boró Herrera, F.	
I. INTRODUCCIÓN	225
II. PLAN ESTRATÉGICO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 2021-2023	226

I.	<i>Eje 1.2 La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo.</i>	228
III.	PLAN INTEGRADO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA 2023.....	229
IV.	SANCIONES PROPUESTAS POR EL OEITSS EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y DE HOMBRES Y DE OTRO TIPO DE DISCRIMINACIONES (2016-5/2023).....	233
V.	ACTUACIONES EN OTROS COLECTIVOS AFECTADOS POR LA DISCRIMINACIÓN.....	237
VI.	CONCLUSIONES.....	238
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	239
VIII.	ANEXO.....	241
 Capítulo X. Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral		243
Romeral Hernández, J.		
I.	CUESTIONES PREVIAS.....	243
II.	OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PREVENCIÓN Y SENSIBILIZACIÓN	245
I.	<i>Ámbito objetivo de la obligación</i>	247
2.	<i>Ámbito subjetivo de la obligación</i>	249
3.	<i>Ámbito espacial</i>	249
III.	MEDIDAS PREVENTIVAS.....	250
I.	<i>Plan de prevención</i>	251
2.	<i>Evaluación de riesgos</i>	252
3.	<i>Información</i>	255
IV.	MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN.....	256
I.	<i>Formación</i>	256
2.	<i>Código de buenas prácticas</i>	258
V.	GESTIÓN DEL RIESGO.....	260
I.	<i>Protocolos de actuación</i>	260
2.	<i>Resolución de conflictos</i>	261
3.	<i>Sistema de seguimiento y control</i>	264
VI.	COLABORACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.....	265
VII.	DISTINTIVO EMPRESARIAL.....	267
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	268

Capítulo XI. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual	271
García Gil, M. B.	
I. INTRODUCCIÓN.....	271
II. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	273
III. BONIFICACIÓN DE LA CUOTA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CONTRATO DE SUSTITUTO/A DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	277
IV. OTRAS MEDIDAS LABORALES CONTENIDAS EN LA LEY 10/2022.....	281
Capítulo XII. Derechos laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia sexual	285
González García, S.	
I. La garantía integral de la libertad sexual.....	285
1. Ámbito de aplicación.....	286
2. El carácter integral y transversal de la norma.....	287
II. Derechos laborales.....	288
1. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena.....	289
2. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia.....	295
3. Derechos reconocidos a las funcionarias.....	296
III. Derechos en materia de Seguridad Social.....	297
IV. Conclusiones.....	303
V. BIBLIOGRAFÍA.....	303
Capítulo XIII. Las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal traídas por la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo	305
Lasaoa Irigoyen, E.	
I. INTRODUCCIÓN.....	305
II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA.....	306
1. Definición.....	306
2. Régimen jurídico: particularidades.....	309
III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.....	312
1. Definición.....	312
2. Régimen jurídico: particularidades.....	314
IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA.....	315
1. Definición.....	315
2. Régimen jurídico: particularidades.....	317
V. REFLEXIONES FINALES.....	318

Capítulo XIV. Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral.	
Análisis del art. 14 de la ley LGTBI	321
Pérez Campos, A. I.	
I. INTRODUCCIÓN	321
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI	323
1. <i>Delimitación conceptual</i>	324
2. <i>Antecedentes</i>	326
III. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI.....	332
1. <i>Obligaciones de las Administraciones Públicas</i>	333
2. <i>Medidas de Apoyo y Promoción</i>	338
IV. EL IMPULSO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGTBI.....	343
V. REFLEXIÓN FINAL.....	345
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	346
Capítulo XV. Integración sociolaboral de las personas trans	349
Ortiz De Solórzano Aurusa, C.	
I. INTRODUCCIÓN	349
II. ENTORNO NORMATIVO	351
III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	354
IV. LA INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS TRANS EN LA LEY LGTBI	357
1. <i>Medidas en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans</i>	357
2. <i>La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans</i>	362
V. CONCLUSIÓN	363
VI. BIBLIOGRAFÍA	365
VII. DOCUMENTACIÓN	366

Capítulo IV.

Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y a la no discriminación y medidas de protección y de garantía en la LITND

Mateos y de Cabo, O. I.

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3721>

Sumario: I. El principio básico de la igualdad y la no discriminación en la Constitución de 1978, en la normativa internacional y comunitaria. II. El problema jurídico del rango normativo de la LITND: ¿Es verdaderamente integral como desarrollo normativo del art. 14 CE? III. La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y la no discriminación en la LITND. IV. Las medidas de protección y de garantía para el cumplimiento de la igualdad y la no discriminación.

I. EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

La legislación española y la de la Unión Europea, siguiendo la estela de las grandes Declaraciones de derechos humanos de ámbito internacional, han trasladado a sus ordenamientos, como uno de sus principios más básicos y esenciales, el de la igualdad de trato y la no discriminación.

En efecto, en España el principio de igualdad y en contra de la discriminación se encuentra recogido en varios preceptos de la Constitución de 1978, aunque en

una investigación anterior he mantenido que está, además, implícito en un elevado número de artículos de nuestra Carta Magna¹.

La razón de la consideración de la igualdad y la no discriminación, como un principio básico, se debe a la influencia que ha ejercido sobre nuestra Constitución el Derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial más depurado y, también, de la recepción de la experiencia contenida en las Declaraciones de derechos humanos, que ha sido afortunadamente incorporada a nuestro ordenamiento.

Este hilo conector o auténtica espina dorsal de nuestro modelo de Estado está presente en muchos de los preceptos de nuestra Carta Magna, pero no es menos importante cuando se encuentra de forma implícita. Es el caso del Preámbulo de la Constitución de 1978, cuando se declara el deseo común de promover al bien de los ciudadanos que integran la Nación española, sentando unas bases de justicia, libertad y seguridad de todos los que la forman, para garantizar una necesaria convivencia democrática, dentro de la Constitución y de las leyes y de un orden económico y social justo.

De esta forma, la Constitución de 1978 se cimenta y desarrolla en la igualdad y la no discriminación, como pilares esenciales del sistema constitucional, que contribuyen también a la defensa de una serie de valores superiores del ordenamiento jurídico español, que cooperan con los principios de libertad, justicia y pluralismo político (art. 1.1 CE).

En cuanto al que vamos a considerar como el precepto de referencia en esta materia, se sustancia en la redacción del art. 14 CE que, en nuestra opinión, responde a los más altos estándares de la normativa sobre derechos humanos de carácter internacional, al consagrar la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que se pueda realizar discriminación alguna por nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por eso, hemos considerado este artículo como de especial relevancia, al consagrar el concepto de igualdad formal, en torno a la consideración de todos los ciudadanos como iguales ante la ley, por lo que equipara distintas situaciones frente a los efectos y al alcance de la ley, es decir, nos encontramos ante una igualdad ante la ley².

No obstante, esta declaración constitucional del art. 14 CE no la debemos entender como una cláusula cerrada, porque, como vamos a ver en este trabajo, pueden normativarse otros motivos de discriminación, ya que el Tribunal Constitucional

1 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “La discriminación en la normativa internacional, constitucional y legislación específica española”, en MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO (et al.): *La discriminación por edad de las personas mayores. Las múltiples caras del edadismo*. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Secretaría de Estado de Derechos Sociales. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero), Madrid, 2022, p. 14.

2 *Ibidem*, p. 15.

español no se ha referido a los supuestos enunciados en este precepto más que como una enumeración “típica” (STC 103/1983).

Lo que quiere decir que no se puede entender este precepto como una “intención tipificadora cerrada” (STC 75/1983), dado que en la jurisprudencia se pueden ir señalando otras posibles causas de discriminación. Especialmente, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento asume que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, reconocidas en la Constitución, se tienen que interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero también con todos los tratados y los acuerdos internacionales que sobre estas materias han sido ratificados por España (art. 10.2 CE).

Por otro lado, otro de los grandes pilares de nuestra Carta Magna es el mandato a los Poderes Públicos para “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2 CE). Para esta finalidad podrán remover todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten, en su plenitud, la libertad y la igualdad del individuo, así como facilitar que los ciudadanos puedan participar en la vida política, económica, cultural y social.

De esta forma, en este precepto encontramos un concepto de igualdad material, que el Tribunal Constitucional ha defendido sobre la base de su funcionalidad justificadora, es decir, que permite ciertos tratos normativos favorables sobre determinados sectores sociales discriminados.

Se trata de superar la concepción del liberalismo, que partía de una presunta igualdad teórica entre los individuos. El principio de universalidad, generalidad, abstracción y duración indefinida de la ley no se entiende de una forma tan rígida, por lo que terminó por admitirse que las leyes singulares o sectoriales pudieran combinar el principio de igualdad formal, con el de la igualdad material, para favorecer a determinados destinatarios individuales o grupales concretos³.

Este es el camino que se abre para llegar a las llamadas acciones positivas, que no sólo estarían permitidas, sino que podrían ser consideradas como una obligación para el Estado. El Tribunal Constitucional las justificó como aquellas que tienen como “finalidad promover la igualdad del individuo y los grupos en que se integra que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la igualdad ante la ley (STS 27/81, de 25 de junio). La consecuencia de esta concepción implica que sean los poderes públicos los que promuevan una política, en la que se den las “condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/81, de 10 de noviembre).

Por otro lado, la lista de artículos de la Constitución en los que encontramos abundantes referencias a la igualdad y a la no discriminación es considerable. Este

3 *Ibidem*, p. 16.

es, por ejemplo, el caso del acceso en igualdad a las funciones y a los cargos públicos (art. 23.2 CE), pero también del sistema tributario justo basado en los principios de igualdad y progresividad (art. 31.1 CE). La igualdad está presente entre los hombres y las mujeres en el matrimonio (art. 32.1 CE), en la no discriminación sexista en materia de derechos laborales (art. 35.1 CE) y también en otros muchos ámbitos, como la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2 CE), sin olvidar la igualdad a la hora de ejercer los derechos políticos de los ciudadanos⁴.

No resulta menos importante la igualdad de los derechos y las obligaciones de todos los españoles, en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE), y la competencia estatal exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1º CE).

Las repercusiones de la igualdad de todos los españoles evidencian que el Estado esté facultado para asumir la competencia exclusiva sobre importantísimas materias jurídicas. Este es el caso de la legislación civil, con el respeto de los derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8 CE) o la legislación laboral, sin detrimento de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7 CE). Lo mismo podemos decir de la competencia exclusiva sobre la Legislación, penal y penitenciaria, la mercantil y la procesal, aunque sin perjuicio de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.6 CE).

Este elenco de materias explica perfectamente la idea, que hemos mantenido desde el principio de nuestra exposición, a la hora de considerar como un principio básico la igualdad y la no discriminación en la Constitución. Sin embargo, no agota, en absoluto, su virtualidad, pues en una investigación anterior he defendido la relevancia de las materias que integran el capítulo III del Título I de la Constitución, es decir, de los llamados “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52 CE), para explicar y justificar la propia existencia de nuestro Estado social y democrático de Derecho, que de forma tan solemne predica el art. 1.1 CE⁵.

En efecto, resulta cierto que los principios rectores no pueden ser considerados como derechos de crédito frente al Estado, pero su defensa frente a posibles discri-

4 En el ámbito de los derechos políticos resalta el valor de la igualdad y la no discriminación a la hora de ejercer el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los miembros del Congreso de los Diputados (68.1 CE), y lo mismo en la elección de los miembros del Senado (69.2 CE). También en el ámbito local se consagra el mismo tipo de sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la elección de los Concejales de los Ayuntamientos (art. 140 CE).

5 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “Análisis constitucional de la cohesión y la integración social en España”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA (Dir.): *La exclusión social: estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, Dykinson. Madrid, 2018, p. 40.

minaciones se muestra, cada día, como una de las tareas más prioritarias que debe abordar el Estado, para poder seguir considerándose como social y democrático de Derecho, lo cual termina por reflejarse en las materias que pueden ser objeto de discriminación contenidas en la LITND.

Nos estamos refiriendo a la posible discriminación en el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), en el acceso a la cultura (art. 44.1 CE) o en el disfrute del medio ambiente (art. 45.1 CE)⁶.

En el caso del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), el art. 20 LITND encomienda, precisamente, a las Administraciones públicas garantizar “que las políticas de urbanismo y vivienda respeten el derecho a la igualdad de trato y prevengan la discriminación, incluida la segregación residencial, y cualquier forma de exclusión por cualquiera de las causas previstas en la presente ley”.

Por otro lado, en nuestra Carta Magna tenemos una serie de principios rectores que, como normas de naturaleza programática, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos, entre los que podemos citar los principios protectores de la familia (art. 39 CE), de la juventud (art. 48 CE), de las personas con discapacidad (art. 49 CE), de las personas mayores (art. 50 CE), de los emigrantes (art. 42 CE) y de los consumidores (art. 51 CE).

En este sentido, el art. 3.1 LITND incluye, dentro del ámbito objetivo de aplicación de esta norma, la educación, la sanidad, la cultura, la protección social, las prestaciones y los servicios sociales, pero también el “acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda”⁷, aspectos en los que son susceptibles de discriminación personas y colectivos destacados de la vida económica y social.

De esta forma, la LITND tiene un carácter integral, porque incluye muchos ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica. Se regulan aspectos tan variados en esta norma, como el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, la participación social o política, pero también se ocupa del progresivo papel de la publicidad y los medios de comunicación en nuestras sociedades avanzadas.

6 El art. 21 LITND se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito del acceso y permanencia “en establecimientos, o espacios y espectáculos abiertos al público” y el art. 3.1. l) LITND habla del uso de la vía pública y la estancia en la misma.

7 La Disposición final séptima, de la LITND, modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El art. 50.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a la publicidad de las sanciones impuestas, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa “acreditada intencionalidad en la infracción, o traigan causa en la difusión de contenidos racistas, xenófobos, sexistas, LGTBIfóbicos, denigrantes o discriminatorios”.

La exposición de motivos de esta norma resulta expresiva, cuando manifiesta que en torno a todas estas esferas se organiza “un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones públicas, y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares”.

En nuestra opinión, la unidad organizativa para englobar todos estos diferentes ámbitos se sustancia en torno al principio de igualdad, que es tan básico y esencial para nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 14 CE se articula en una posición privilegiada dentro de la Constitución, al situarse entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección primera, capítulo segundo, del Título primero de nuestra Carta Magna, es decir, que se protege con las máximas garantías jurídicas.

Esta preocupación constitucional, por la salvaguardia y defensa del principio de igualdad y de no discriminación de nuestra Constitución, se muestra en consonancia con la relevancia que le ha otorgado la normativa internacional, desde la aprobación de la célebre Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en París, el 10 de diciembre de 1948.

En este texto internacional se proclama la igualdad de todas las personas, que tienen todos los derechos y libertades de la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2 DHDH)⁸.

Esta primera declaración es, posteriormente, completada con otras importantes normas, como la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, que es adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952. Norma que abre el camino de otras muchas que se encaminan hacia la búsqueda y consecución de la igualdad y la no discriminación, en el Derecho internacional⁹.

8 Una de las consecuencias jurídicas de esta concepción es la prohibición de hacer ninguna distinción que esté fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona. No importa si se trata de un país independiente o de un territorio que esté bajo una administración fiduciaria. Tampoco si no es autónomo o se encuentra sometido a cualquier otra limitación de soberanía. *Vid.* <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

9 Por citar algunas de normas más relevantes en este ámbito dentro del marco internacional podemos referirnos a la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo de la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, el Convenio núm. 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio núm. 100 de la

Por citar aquellas que nos parecen más relevantes, destacamos el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley, por lo que tienen derecho a la misma protección y a no ser discriminados. La consecuencia jurídica de esta concepción es que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁰.

En la misma línea se sitúa el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, suscrito en Roma en 1950, del que destacamos el art. 14 sobre la prohibición de la discriminación. Sin olvidar la importante afirmación contenida en el art. 1 del Protocolo número 12 de dicho convenio, firmado en Roma en el año 2000, que en su preámbulo afirma con rotundidad: “que los principios de no discriminación y de igualdad están estrechamente ligados”.

También es un pilar básico, en el citado Protocolo, la defensa de la idea de que el principio de igualdad exige que, situaciones iguales se traten de manera igual, y que situaciones desiguales de manera diferente. El resultado implica que toda vulneración se considere una discriminación, salvo “que exista una justificación objetiva y razonable”, lo que posteriormente ha sido recogido tanto por la jurisprudencia como por el Derecho español.

No menos relevante es lo que se dispone en el citado Protocolo, que habla de la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas que promuevan una igualdad plena y efectiva que, en determinados casos, pueda justificar medidas de discriminación positiva¹¹.

Esta configuración jurídica es muy importante, porque no solo va a influir muy poderosamente sobre la redacción de nuestra Carta Magna, sino también sobre muy conocidas normas de carácter internacional, como el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea de Estrasburgo de 1996, que fue adoptada por los Gobiernos que integran el Consejo de Europa.

En efecto, en el art. 20 de este texto se recoge el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, pero nos interesa destacar que la plasmación de estos principios,

O.I.T. relativo a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, sin que la lista sea, en absoluto, exhaustiva.

10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

11 Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, en el BOE nº 64, de 14-03-2022.

en materia de empleo y de profesión, implican también una relevante prohibición de discriminación de los mismos por razón del sexo¹².

Por otro lado, en el ordenamiento comunitario los principios de igualdad y de no discriminación ostentan el máximo rango normativo en el Derecho originario, como se puede comprobar en la redacción del art. 2 del Tratado de la Unión Europea, que establece la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión, y la lucha contra la misma, como uno de los objetivos más importantes.

En efecto, el Tratado de la Unión Europea está basado en los valores “de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Este es el núcleo de los valores que son comunes a todos los Estados miembros, porque se busca un tipo de sociedad caracterizado “por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

La importancia de estos valores hace que sean también recogidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La igualdad ante la ley (art 20) y el principio de no discriminación (art. 21) implica que se prohíba cualquier discriminación pero, especialmente, la que se ejerce en función 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”, a las que se añade en el párrafo siguiente la discriminación “por razón de nacionalidad”¹³.

En desarrollo de estos principios se han aprobado bastantes directivas comunitarias, entre las que podemos citar la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, con independencia de su origen racial o étnico. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del trabajo y empleo. Mientras que en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre se establece el mar-

12 Véase el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea, suscrito en Estrasburgo el 3-5-1996. BOE, nº. 139, de 11-06-2021. Sobre la normativa europea del Consejo de Europa también se puede consultar la Resolución de 5-4-1999, que publica los Textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de Roma de 1950. También el Protocolo adicional al Convenio de 1952, y el Protocolo nº 6, de abolición de la pena de muerte, de Estrasburgo del 28-4-1983. *Vid.* BOE, nº. 108, de 06-05-1999. Véase, además, el Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de Estrasburgo de 1988. *Vid.* BOE, núm. 99, de 25-04-2000.

13 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas. C 364/3, de 18-12-2000.

co general para la igualdad de trato, en materia de empleo y de ocupación, y en la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, para el acceso a bienes y servicios¹⁴.

Por otro lado, tenemos un documento llamado: Carta de la Mujer¹⁵, en el que la Comisión Europea realizó una Declaración para reforzar su compromiso en favor de la igualdad entre mujeres y hombres en el marco de la Unión Europea, pero también en el resto del mundo, proponiendo cinco ámbitos de actuación específicos:

1. La independencia económica y la lucha contra la discriminación, la superación de los estereotipos en materia de educación, en la segregación en el mercado laboral, la contienda contra el empleo de carácter precario, el trabajo a tiempo parcial no deseado y la búsqueda de una distribución de las obligaciones familiares que sea equilibrada entre hombres y mujeres.
2. La igualdad en el salario de hombres y mujeres, para cumplir con la máxima de que por el mismo trabajo o por un trabajo del mismo valor, la remuneración sea idéntica.
3. La consecución de la representación de las mujeres en la toma de decisiones y en los puestos que impliquen un nivel de responsabilidad.
4. El respeto de la dignidad e integridad de las mujeres y la erradicación de la violencia de género.
5. La puesta en práctica de medidas de acción exterior de la Unión Europea, que estén enfocadas a emprender en terceros países políticas de sensibilización y de cooperación, que se extiendan también hacia las organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

II. EL PROBLEMA JURÍDICO DEL RANGO NORMATIVO DE LA LITND: ¿ES VERDADERAMENTE INTEGRAL COMO DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 14 CE?

En el propio título de la LITND, para la igualdad de trato y la no discriminación, se dice que es una norma “integral”. El sentido de norma integral se puede entender o abordar de diferentes formas. El primero sería el más general, para el que aplicaríamos la acepción que le otorga la Real Academia de la Lengua, que considera que el calificativo integral “comprende todos los elementos o aspectos de algo”.

14 Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 14-11-2012.

15 COMISIÓN EUROPEA. COM (2010) 78. Bruselas. 5-3-2010. Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC0078>.

De esta manera, el art. 3.1 LITND especifica los ámbitos objetivos de aplicación, que comprenden el empleo (por cuenta ajena y por cuenta propia)¹⁶, el acceso, la promoción, las condiciones de trabajo y la formación en el empleo público. Además, la faceta de afiliación y participación, tanto en las organizaciones políticas, como en las sindicales, empresariales, profesionales o de interés social o económico¹⁷.

Por otro lado, la norma sería transversal, porque afectaría a muchas materias, como las de educación, sanidad, transporte, cultura, seguridad ciudadana, Administración de Justicia, la protección social (que comprende las prestaciones y los servicios sociales), los bienes y servicios a disposición del público (como la vivienda), el acceso y la permanencia en los establecimientos o los espacios abiertos al público, la publicidad, los medios de comunicación y las actividades deportivas, en su faceta de lucha contra la intolerancia en el deporte.

La protección pública para, por ejemplo, el acceso y permanencia en la vivienda no solo resulta necesaria para las personas individuales, sino que incluye a los grupos sociales o colectivos con mayores dificultades, como las personas mayores, aquellas con discapacidad o las que tienen más riesgo de sufrir patologías y trastornos de salud graves o inhabilitantes, lo que refuerza la transversalidad¹⁸.

Sin olvidar los últimos avances tecnológicos y los servicios de la sociedad de la información, como Internet, redes sociales, aplicaciones móviles, la Inteligencia Artificial y la gestión masiva de datos (art. 3.1 LITND), ante el riesgo para los derechos fundamentales, sobre todo en el ámbito de la intimidad y la protección de datos, ante un posible procesamiento de la información que facilite una vigilancia masiva y clasificación de los ciudadanos¹⁹.

16 Lo que incluye el acceso y las condiciones de trabajo, tanto las retributivas como las de despido, además de la promoción profesional y de la formación para el empleo.

17 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA.: “Derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en la negociación colectiva y en las organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal del derecho a la igualdad. LITND*. Ed. Sepín, Madrid, 2023, p. 81.

18 LÓPEZ CABEZAS, JOSÉ ÁNGEL.: “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en los ámbitos de la seguridad ciudadana, ante la Administración de Justicia, en el acceso a la vivienda pública y privada y a establecimientos, espacios y espectáculos abiertos al público, así como en actividades culturales y deportivas”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 114.

19 DURO CARRIÓN, SUSANA.: “Aspectos fundamentales de la igualdad de trato y no discriminación en la educación, medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales, inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 91.

Desde este punto de vista, no hay duda que la LITND, considerada en su faceta plural, de regulación de múltiples ámbitos objetivos de aplicación, sería transversal, general e integral.

Sin embargo, la duda se nos plantea si analizamos esta norma en el sentido “integral”, como un desarrollo normativo pleno del art. 14 CE. En el supuesto que lo interpretásemos desde este ámbito, al estar la igualdad de trato y la no discriminación consagradas en el art. 14 CE, que es un precepto que el art. 53.2 CE cita, de forma expresa, como un artículo que se encuentra protegido con las máximas garantías, el desarrollo normativo de la norma tendría que ser, al menos en algunas de sus partes, de carácter orgánico.

En efecto, en la exposición de motivos de la LITND se dice que “es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto”.

Precisamente, si se trata de un desarrollo del art. 14 CE, como se dice en el preámbulo, cuenta con la protección prevista en el art. 53.2 CE, que confiere a todo ciudadano la posibilidad de recabar la tutela del derecho regulado en el art. 14 CE “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

También en el articulado de la norma se vuelve a reiterar, en el primero de sus preceptos, que esta LITND tiene como objeto “garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”.

Este objeto de la norma, de servir como garantía del “desarrollo” de los art. 9.2, 10 y 14 CE ha sido resaltado por la doctrina, para considerarla como la primera ley española de derecho antidiscriminatorio, que no solo se ocupa de las discriminaciones existentes, sino que aspira a una pretensión de futuro, en relación a las nuevas causas que se puedan gestar en los años venideros.

Por eso, se ha destacado que la citada ley “persigue el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas y que, por ello, merece la consideración de ley de garantías, ley general y ley integral”²⁰.

De esta forma, en el propio preámbulo se declara, con rotundidad, su intención de “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”.

20 GRAU PINEDA, CARMEN.: “La LITND, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, en *Femeris*, Vol. 8, No. 2, 2023, p. 32.

En cualquier caso, el establecimiento de esta transversalidad del principio de igualdad de género, no es nuevo en nuestro ordenamiento, porque anteriormente ya había sido recogido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno. Además, poco después, con ese carácter de transversalidad se elabora también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²¹.

Por otro lado, la transversalidad de la igualdad será interpretada desde la doctrina como un “enfoque holístico y global del derecho de igualdad a través del establecimiento de una serie de garantías que se extienden a todos los ámbitos de la vida pública, incluyendo, por supuesto, las relaciones de trabajo”, por lo que hay que considerarla no solo en su aspecto normativo, sino, también, desde la perspectiva nada menos que del refuerzo y de la profundización en el citado principio de igualdad²².

Esto es debido a que el objetivo de la ley no consistía solo en trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, que ya se encontraban parcialmente incorporadas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En realidad, la finalidad también era de conveniencia, porque en la propia exposición de motivos se alude al contexto sanitario, económico y social, que era esgrimido para regular normativamente los problemas de discriminación y de falta de igualdad, que habían surgido durante la pandemia del Coronavirus.

A la vez que se decía que había que seguir ampliando legislativamente la regulación contenida en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como un medio de situar a España entre los países más desarrollados, en materia de derecho antidiscriminatorio y de igualdad.

Sin embargo, todos estos acontecimientos y manifestaciones, que acompañaban al complejo deseo del legislador, para respetar por igual la dignidad de las personas “en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución” no consigue, curiosamente, tener la suficiente virtualidad para llegar a ostentar el rango de ley orgánica.

Quizá la razón sea la de considerar que no regula el derecho de igualdad y a la no discriminación, sino que se centra en el impulso, la garantía, la eficacia, la tutela y, en definitiva, la implementación del mismo, lo cual no ha evitado las correspondientes críticas, por lo poco consistente del argumento.

21 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: “El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismo públicos vinculados o dependientes de ella”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN; SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. (Dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 382.

22 BALLESTER PASTOR, INMACULADA.: “La expansión aplicativa de la Ley integral para la igualdad de trato no discriminación: secuelas sociolaborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64, 2023, p. 59.

En efecto, la justificación de que esta norma “integral” no resulta un “desarrollo” de un derecho fundamental, sigue la estela de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la STC 76/1983 había declarado que “el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley no es materia que requiera en si misma desarrollos normativos por medio de Leyes orgánicas, ni puede cobijarse en el enunciado material desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del art. 81.1 de la Constitución”.

No obstante, desde la doctrina, Blázquez y Pérez del Prado, apuntan, con toda razón, que el carácter de orgánica hubiese sido preferible, no solo por razones de técnica jurídica, sino por el plano formal del rango normativo, que debe ostentar una norma de este tipo, por lo que consideran que “solo razones de índole política explican esta separación”²³.

De esta forma, nos encontramos ante un conocido debate jurídico, sobre los efectos que la irrupción de las leyes orgánicas ha supuesto en el sistema de legalidad que regula nuestra Constitución, lo que ha supuesto una importante fuente de desacuerdos políticos y doctrinales. La disputa resulta evidente, cuando Quadra Salcedo habla de la “patología de las leyes orgánicas”, y Garrorena titula uno de sus trabajos con la expresiva frase: “las leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica”, a las que se refiere como una “forma aberrante de supra legalidad”²⁴.

El problema reside que, en ocasiones, la decisión de regular jurídicamente una determinada cuestión, mediante una norma ordinaria, en lugar de una orgánica reside, muchas veces, en razones de naturaleza política. En este sentido, nos recuerda Bastida, que la reserva de ley orgánica implica un deseo de asegurar que el contenido normativo, de ciertas materias, se debe lograr a través de un acuerdo entre la mayoría de los miembros del Parlamento.

Sin embargo, resulta más sencillo, procedimentalmente, que la mayoría gubernamental imponga sus criterios. Esto motiva que determinadas normas, sobre las que ni siquiera se ha procedido a un intento de transacción, no cuenten con el necesario consenso para su plena aceptación. En muchas ocasiones esta decisión se toma por razones meramente prácticas, por ser un método más rápido y efectivo, para que el Gobierno de turno lleve a cabo la realización de su programa legislativo²⁵.

En otro orden de consecuencias jurídicas hay que tener en cuenta que la redacción del art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) permite a éste declarar inconstitucional, por infracción del art. 81 CE, “los preceptos de un

23 BLÁZQUEZ AGUDO, EVA; PÉREZ DEL PRADO, DANIEL (2022).: “La LITND, integral para la igualdad de trato y no discriminación: un gran paso de final incierto”, en *Femeris*, vol. 7, nº. 3, 2022, p. 6.

24 GARRORENA MORALES, ÁNGEL.: “Las leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos (REP)*, nº. 13, 1980, p. 172.

25 BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO.: “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas. Comentario bibliográfico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº. 2, 1981, p. 290.

Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma, en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

Lo que no evita que, cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, exista una gran dificultad a la hora de precisar, según la propia redacción del art 81.1 CE, si nos encontramos ante un derecho fundamental o libertad pública, lo que exigiría que fuese regulado a través de la forma de ley orgánica.

Esta cuestión se hizo patente durante la elaboración de la Constitución de 1978, cuando se abordó la polémica cuestión de la limitación material de las leyes orgánicas, pues es cierto que, de haberse incluido íntegramente los Títulos I y II de la Carta Magna, hubiera resultado muy complicada la labor legislativa²⁶.

Este miedo inicial, a que esta categoría entorpeciera la libertad del Parlamento en la tarea legislativa, ha sido expresado también por el Tribunal Constitucional. Este órgano ha mantenido, en la STC 127/1994, una interpretación restrictiva, al considerar que “no todo lo que afecte a los derechos fundamentales constitucionalizados (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica” (F. J. 3).

Para hacer todavía más reducido el ámbito material de las leyes orgánicas, la práctica real de esta categoría normativa no ha tenido una traslación real en nuestro ordenamiento. Como señala, de forma muy acertada Banacloche Palao, no abundan y tampoco han sido desarrollados muchos derechos fundamentales, adoptando la forma de leyes orgánicas interpuestas. Además, cuando se encuentra regulada alguna materia, bajo esta forma legislativa, encontramos que resulta frecuente que cuenten con un articulado en exceso breve²⁷.

En cualquier caso, mantenemos una opinión similar a Blázquez y Pérez del Prado, de que el carácter de norma orgánica hubiese sido preferible porque, en nuestra opinión, si es verdad que los pronunciamientos sobre esta cuestión del Tribunal Constitucional han sido muy claros y restrictivos, también resulta cierto que la regulación contenida en la LITND, que se predica en el mismo título de la norma como “integral” para la igualdad de trato y la no discriminación, en la prácti-

26 SANTAMARÍA PASTOR, JUAN.: “Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº. 4, 1979, p. 47.

27 BANACLOCHE PALAO, JULIO.: “El desarrollo de los Derechos Fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, en *Estudios de Deusto* 66, nº. 2, 2018, p. 25.

ca se podría considerar como un “desarrollo” de los arts. 9.2, 10 y 14 CE, que se hace especialmente relevante en este último precepto.

Por otro lado, como ya hemos dicho, el art. 1 LITND utiliza, expresamente, en la redacción de este precepto su deseo que fijar como objeto de la norma la finalidad de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con respeto a la dignidad que de igual forma tienen todas las personas, empleando precisamente la fórmula: “en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”, siendo preciso el desarrollo del art. 14 CE, si es su contenido esencial, a través de una Ley orgánica.

No resulta así con los otros preceptos citados, aunque hay que recordar que el art. 10 CE se refiere también a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, como un pilar del que son fundamento el orden político y la paz social. En este sentido, el art. 10 CE se podría considerar como una pieza angular de todo el sistema de derechos y libertades, reconocidos en el Título I de la Constitución, aunque resulta muy claro que no cuenta con la protección reforzada de los situados en la Sección primera, del Capítulo segundo del Título primero.

Lo mismo se puede decir del art. 9.2 CE, que encomienda a los Poderes Públicos el “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, pero que tampoco cuenta con la protección de los derechos fundamentales citada.

Sin embargo, el 14 CE que consagra la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin posibilidad de discriminación por nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, si se quiere regular en su contenido esencial como derecho fundamental, en ese caso, habría que haberlo desarrollado en la LITND de forma orgánica, aunque fuese parcialmente,

En definitiva, en nuestra opinión, la igualdad y la no discriminación están tan íntimamente unidos a la sensibilidad y a la dignidad del ser humano, que esta materia hubiera sido plenamente merecedora del consenso que se pide para su consideración como norma orgánica, pues el recurso hacia los formalismos jurídicos, como una de las formas de evitar una posible paralización del ordenamiento jurídico, frente a posibles excesos, no se ha mostrado tampoco ni cierta ni real hasta el momento.

Por otro lado, no resulta menos contradictorio que la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres haya logrado la consideración de norma orgánica, en virtud del título competencial que se atribuye al Estado, para que haga efectiva la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles y españolas, en virtud del art. 149.1.18 CE, que le otorga, de esta forma, un carácter básico, mientras que la LITND, que viene a

ser un importante complemento en el desarrollo de la misma materia, tenga solo un carácter ordinario.

La razón de justificar el carácter orgánico de la LO 3/2007 se basaba en el miedo a una posible impugnación, por parte de las Comunidades Autónomas, al entrar a regular materias o competencias en las que pudieran entrar en colisión con las normas autonómicas, en relación a la Administración o función pública autonómica respectiva.

En su momento, consideramos este argumento como una forma peculiar de legislar, pues manteníamos que la regulación específica de esta materia “hubiera estado más en consonancia con los Acuerdos del Consejo de Ministros, reglamentos o con documentos internos o sectoriales de las Administraciones Públicas que, propiamente con la regulación que se espera de una norma legal. Salvo que se persiga una función pedagógica y orientadora que, en nuestra opinión, podría haber sido perfectamente desarrollada en una norma de inferior rango”²⁸.

Sin embargo, en el caso de la LITND se ha seguido el procedimiento inverso al de la LO 3/2007, pues a la hora de regular el régimen de infracciones y sanciones, en materia de igualdad de trato y no discriminación, el art. 46. 2 LITND prevé que, para las Comunidades Autónomas que tengan regímenes especiales en esta materia, en cualquiera de estos ámbitos de aplicación “resultarán de aplicación preferente al previsto en esta ley”, es decir, que el título competencial no se atribuye al Estado sino a las Comunidades Autónomas.

III. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN FRENTE A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LITND

La LITND fija un extenso ámbito subjetivo de aplicación de la norma, al delimitar variados supuestos de discriminación en diferentes materias. En el ámbito laboral ha supuesto la modificación del art. 4.2 c) ET, mediante el art. 127.1 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que ha fijado los motivos de discriminación que están prohibidos en la legislación laboral, que son por razón de sexo, estado civil, origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical o discapacidad que no impida el trabajo²⁹.

28 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: “El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismo públicos vinculados o dependientes de ella”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN; SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. (Dir.).: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 385.

29 BOE nº. 154, de 29-6-2023.

A los que habría que añadir los motivos de discriminación que se reconocen en el Derecho comunitario, que están citados en el art. 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, está facultado para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”³⁰.

Los motivos de discriminación considerados clásicos en nuestra Constitución se enumeran en el art. 14 CE, que comprende las discriminaciones por “razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Siguiendo el orden de los supuestos enumerados en el art. 14 CE, la prohibición de discriminar por razón de nacimiento ha motivado uno de los importantes cambios, en favor de la igualdad, operados en la regulación contenida en el Código Civil, en relación a su redacción originaria. Este es el caso, por ejemplo, de los perjuicios en los derechos sucesorios de los hijos adoptados³¹, aunque también se han modificado las diferencias que existían entre el tipo de filiación, en función del vínculo matrimonial o no, de la relación consanguínea, aquellos relativos al tipo de familia o al origen de la gestación.

En cuanto a la discriminación por el origen racial o étnico se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento y tiene múltiples implicaciones, por ejemplo, a efectos de acceso al empleo. De esta forma, no se puede seleccionar personas por esta cuestión, a efectos de contratación, así como no puede haber diferencias en materia de remuneración, asignaciones laborales, ascensos, ni en el despido, la capacitación, beneficios complementarios, así como en cualquier otra circunstancia o condición que afecte al empleo³².

Por otro lado, también es una causa que se considera clásica la discriminación, la que se realiza por cuestión del sexo, que implica el trato menos favorable que el que se otorga al grupo que ostenta el sexo predominante en una determinada profesión, grupo social u organización.

Las iniciativas legislativas para luchar contra esta discriminación han dado lugar a la promulgación de importantes normas, como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

30 Antiguo artículo 13 TCE. *Vid.* Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/49. 30-3-2010.

31 VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ.: “Discriminación por razón de nacimiento y derechos sucesorios de los adoptados”, en *Actualidad civil*, nº. 1, 2011.

32 STJUE de 16-7-2008 (C-54/07), caso Feryn.

Si bien existen otras normas y medidas dirigidas, por ejemplo, a la lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual, sin olvidar aquellas que están destinadas a garantizar la igualdad de trato, como en el caso del principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que hemos estudiado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En aquella ocasión decíamos que el desarrollo a través de ley orgánica del derecho a la igualdad de todos los españoles, sin distinción del sexo, del art. 14 CE, y la igualdad en el acceso a los cargos y a la función pública, de los arts. 23 y 103 CE, habían supuesto un gran cambio para superar la situación de desigualdad entre ambos sexos, que existía anteriormente en el desempeño del servicio público³³.

En cuanto a la discriminación por religión también es una causa que se considera clásica e implica el trato hostil o adverso, por tener determinadas creencias religiosas. En la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, se parte de la importancia que tiene la religión o las convicciones, para los que las profesan, por lo que se consideran como uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, debe ser íntegramente respetada y garantizada.

Las implicaciones que tiene la protección frente a la discriminación por religión afectan directamente a derechos y obligaciones. En el ámbito laboral, el Tribunal de Luxemburgo ha abordado la virtualidad del reglamento de una empresa, que no permite el uso de signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa³⁴ de sus trabajadores o la determinación del día de descanso, en función de la pertenencia a una determinada práctica religiosa³⁵.

Por otro lado, la discriminación por convicción u opinión ha sido definida por la OIT como aquella que se basa en las ideas o en la pertenencia a un partido político, que toma en consideración aquellas actitudes políticas, sociopolíticas o morales que son expresadas o incluso la forma o el nivel del compromiso cívico. Desde este punto de partida los trabajadores deberían estar protegidos contra esta forma de discriminación, aunque, no sería extensiva a la comisión de actos de violencia de motivación política.

Según este organismo existe un nivel de consenso sobre el hecho de que las formas de discriminación en el trabajo implican una violación de un derecho humano,

33 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: El principio de presencia equilibrada... Op, cit, p. 376.

34 STJUE de 14-3-2017 (C-157/15), caso Achbita.

35 STJUE de 22-1-2019 (C-193/17), caso Cresco.

que supone una pérdida de talento y causan efectos perjudiciales en la productividad, y sobre el crecimiento económico. Sin olvidar que en el ámbito social y económico suponen grandes desigualdades, frente a la cohesión y la solidaridad sociales, y ser un obstáculo para la reducción de la pobreza³⁶.

Además de los mencionados supuestos de discriminación, la LITND va a incorporar una serie de nuevos supuestos de aplicación de la norma, que vamos a ir analizando. Entre los nuevos motivos, el art. 2 LITND incorpora como supuesto, que puede dar lugar a discriminación, el referido a la nacionalidad, tanto en el caso de ser menores como mayores de edad o de disfrutar o no de una residencia legal.

En efecto, las discriminaciones por esta causa pueden ser variadas, y van desde el régimen de subsidios familiares y ventajas fiscales, para trabajadores con hijos que residan en otro Estado miembro de la Unión Europea³⁷, como en las prestaciones que pueden recibir los deportistas³⁸, la prohibición de discriminación por ostentar una determinada nacionalidad, en determinados trabajos, como es el caso de los que afectan a las tareas portuarias³⁹ o para acceder a la profesión de Notariado⁴⁰.

Siguiendo con los nuevos motivos recogidos en el art. 2 LITND encontramos los de “edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En cuanto a la discriminación por razón de edad o edadismo ha sido, afortunadamente, incorporada a los motivos que se recogen en la LITND. De esta forma, encuentra una salida jurídica la demanda, que realizaba en 2015, nuestro discípulo Rubén Herranz, cuando en su Tesis Doctoral proponía reformas, incluida una de la propia Constitución, que incorporarse al art. 14 CE la edad como criterio de discriminación. A la vez que se planteaba la necesaria actualización del art. 50 CE, como una forma de renovación de nuestra Carta Magna a la realidad social y jurídica de las personas mayores⁴¹.

El edadismo supone un proceso de estereotipación y de discriminación sistemática de las personas, por la cuestión biológica de cumplir determinada edad y, en este sentido, se convierte en una forma de diferenciación que puede ser tan negativa,

36 OIT.: Conferencia Internacional del Trabajo. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe, 2007, p. 7.

37 STJUE de 16-6-2022 (C-328/20), caso Comisión Europea contra Austria.

38 STJUE de 18-12-2019 (C-447/18), *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

39 STJUE de 11-2-2021 (C-407/19 y 471/19), *Trabajo portuario en Bélgica*.

40 STJUE de 15-3-2018 (C-575/16), *Comisión Europea contra República Checa*.

41 HERRANZ GONZÁLEZ, RUBEN.: *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*. Tesis Doctoral dirigida por Mateos y de Cabo, O. I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 480.

como cuando se discrimina por razón del racismo o del sexismo, en función del color de la piel o del género⁴².

En cuanto a la discriminación por discapacidad, la LITND cita expresamente en su preámbulo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Directiva de accesibilidad de los productos y servicios de la Comisión Europea. También son aplicables una serie de estrategias y de documentos políticos, entre los que destacamos la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030.

La discriminación por discapacidad se encuentra presente en muchos de los preceptos de la LITND, como en el art. 5.3 LITND en el acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes, en formato accesible y comprensible tales como lectura fácil, Braille, lengua de signos, “y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos”.

Además, el art. 6. 1. a) LITND considera una discriminación directa, que es la situación en que se encuentra una persona o grupo que es tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable, cuando hay una “denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad”.

La discapacidad también afecta a otras esferas, como la regulada en el art. 13.3 LITND, que se ocupa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación. Será necesario disponer de medios especiales para las personas con discapacidad, para adaptarse a las que “presenten necesidades específicas de apoyo educativo o se desvele que el grupo al que pertenecen sufre porcentajes más elevados de absentismo o abandono escolar”.

La lista sería larga, pero después de las situaciones tan trágicas vividas durante la pandemia del Covid-19 no queremos dejar de mencionar el art. 15. 3 LITND, según el cual no se puede excluir a nadie de “un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”.

En cuanto a la orientación o identidad sexual las reivindicaciones de los colectivos de homosexuales y transexuales han propiciado la incorporación, de manera expresa, de la no discriminación por razón de orientación sexual en algunas de las disposiciones tanto de carácter internacional como nacional⁴³.

42 La doctrina del Tribunal Constitucional analizó las posibles discriminaciones por razón de edad a raíz de determinados casos ligados a la jubilación obligatoria, como en la STC 95/1985, de 29 de julio; STC 111/1985, de 11 de octubre o en la STC 112/1985, de 11 de octubre. Vid. HERRANZ GONZÁLEZ, RUBEN.: “El edadismo o discriminación por edad y sus clases”, en MATEOS Y DE CABO, O. I (et al.): *La discriminación por edad...* Op, cit, p. 36.

43 ALVENTOSA DEL RÍO, JOSEFINA.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 26.

De esta forma, se ha considerado que la discriminación por identidad de género es una forma de discriminación por motivos de sexo, lo que fue explícitamente señalado en la Directiva 2002/73CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En nuestro ordenamiento, los cambios realizados mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, han incidido en el ámbito de la orientación o identidad sexual⁴⁴.

Por otro lado, la expresión de género tiene que ver con la apariencia, el comportamiento o actitud y de una persona, que se asocian a categorías de masculino o femenino. Sería el caso de un varón, que se casa con una mujer, y años después cambia de sexo, y se considera una mujer transgénero desde el año 1991, aunque no es hasta 1995 cuando se somete a una operación quirúrgica de cambio de sexo⁴⁵.

En el caso de discriminación debido a enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, el art. 2.3. LITND afirma que la enfermedad no es una causa válida para justificar diferencias de trato distintas, que no sean aquellas que puedan ocasionar el propio proceso de tratamiento terapéutico, o aquellas “limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

En el art. 15.1. LITND se recoge, de forma general, que las Administraciones sanitarias tienen la competencia para garantizar que no se produzca cualquier forma de discriminación, a la hora del acceso a los servicios y de las prestaciones sanitarias, debido a discriminación previstas por la LITND.

En el párrafo segundo de este precepto se precisa que no se puede excluir a nadie de un tratamiento sanitario o de un protocolo de actuación sanitaria, cuando concurre una discapacidad, tampoco por no tener un hogar, por la edad, sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, excepto “que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”⁴⁶.

44 También la modificación del dos bis, en el art. 20 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

45 Al cumplir la edad legal de jubilación aplicable a las mujeres en el Reino Unido, que son los 60 años, solicita una pensión, que le fue denegada, porque todavía no había realizado el procedimiento legal establecido para el reconocimiento del cambio de sexo. STJUE de 26-6-2018 (C-451/16), caso MB contra el Tribunal Supremo (Reino Unido).

46 En el art. 15.3. LITND se encomienda a las Administraciones sanitarias el promover aquellas acciones que tengan como destinatarios a los grupos de población con necesidades sanitarias especí-

Se trata de una previsión, frente a una discriminación, que, desgraciadamente, ha llegado tarde para los más de 30.000 ancianos fallecidos en España, durante la pandemia del Coronavirus, que vivían en las residencias españolas y no fueron derivados a sus hospitales de referencia, cuestión de la que nos hemos ocupado anteriormente en un artículo científico⁴⁷.

En efecto, las Administraciones sanitarias españolas se ampararon en un documento de trabajo de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), titulado: “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”, fechado en marzo de 2020⁴⁸.

En este documento se incluían criterios en el triaje de pacientes, claramente discriminatorios, como el de prioridad en la asistencia sanitaria en función de los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). Además, se establecían criterios que discriminaban a las personas mayores, como el de “tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”.

Con este argumento se excluyó a miles de personas mayores, al considerar que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva” lo que, en la práctica, supone no aplicar este tratamiento, con una clara limitación en la supervivencia del paciente⁴⁹.

En la discriminación por lengua, la diferencia de trato se produce por el idioma materno que emplea cada persona o por otras características derivadas de sus conocimientos lingüísticos o precisamente por carecer de las necesarias habilidades para expresarse en el idioma oficial de un Estado. En este sentido, el art. 5. LITND, cuando trata el tema de los derechos a la información y al asesoramiento de las per-

ficas, como las personas mayores, menores de edad, aquellas con discapacidad, del colectivo LGTBI, “que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal, síndromes incapacitantes, portadoras de virus, víctimas de maltrato, personas en situación de sinhogarismo, con problemas de drogodependencia, minorías étnicas, entre otros, y, en general, personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión y situación de sinhogarismo con el fin de asegurar un efectivo acceso y disfrute de los servicios sanitarios de acuerdo con sus necesidades”.

47 MATEOS DE CABO, OSCAR, IGNACIO.: “El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores en la pandemia del Covid-19 y los protocolos médicos en Italia y en España”, en *Queste istituzioni* (Revista Jurídica Italiana), nº 2, 2022, p. 71-110.

48 Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias). “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”. 2020 Marzo. Vid. https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf.

49 MATEOS DE CABO, OSCAR, IGNACIO.: El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores... Op, cit, p. 93.

sonas víctimas de discriminación, pone especial empeño en que puedan “recibir información completa y comprensible” mediante los servicios, organismos u oficinas disponibles por las Administraciones públicas.

En el art. 5.3. LITND se garantiza a las víctimas de discriminación, especialmente las que tienen discapacidad, un acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes.

En cuanto a la discriminación por la situación socioeconómica, el art. 16 LITND consagra el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la prestación de los servicios sociales, con previsión para las Administraciones públicas de garantizar el acceso y la prestación de los diferentes servicios sociales, con atención prioritaria de los grupos vulnerables, especialmente de mujeres y de niñas.

La Administración pública asume, de esta forma, el establecimiento de los “mecanismos que eviten excluir a las personas con una situación socioeconómica más débil o que se encuentren en situación de sinhogarismo u otras consecuencias derivadas de su situación de pobreza”⁵⁰.

La importancia de luchar contra esta discriminación resulta manifiesta, cuando comparamos el sistema español de protección social, como el menos redistributivo y más pequeño de los instaurados en la Unión Europea. Resulta especialmente preocupante pues, pese ser “una materia profusamente legislada, regulada y sectorizada carece de garantías en la aplicación del derecho de la ciudadanía española a los servicios sociales”, a falta de una Ley Estatal General Básica de Servicios Sociales, que establezca este derecho frente a determinadas situaciones de necesidad social⁵¹.

En efecto, la exclusión social de los más desprotegidos, debido a su situación socioeconómica, no es solo una de las más flagrantes formas de dejar a personas y colectivos fuera de los más elementales derechos, sino que ya hemos mantenido con anterioridad, que “está en contra de la base sobre la que se asienta la forma política y jurídica de la propia organización estatal”⁵².

50 El art 17 LITND también se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios, como pueden ser “los servicios financieros, de transporte, formación, ocio o similares”.

51 BENLLOCH SANZ, PABLO: “El derecho a la igualdad y no discriminación en la sanidad y los servicios sociales”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 101.

52 MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “La exclusión social en el marco del Estado social y democrático de Derecho: Análisis y propuestas”, EN QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO. (Dirs.): *Instrumentos jurídico-laborales de prevención y solución de la exclusión social en el Estado social y democrático de Derecho. Estudio comparado*. Dykinson, Madrid, 2019, p. 22.

Por último, la cláusula abierta alude a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y, como recuerda Sempere Navarro, permite incorporar posibles nuevos motivos de discriminación⁵³.

El Tribunal Constitucional ha interpretado esta cláusula abierta como una causa personal que se puede predicar, por ejemplo, de la edad (STC 75/1983, de 3 de agosto FJ 3). Esta doctrina se reitera en otras Sentencias, como en la STC 69/1991, de 8 de abril FJ 4, donde el Tribunal determina que “la edad es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna”. También en la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3 manifiesta que “aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto, y por ello podrá en algunos casos ser tomada en consideración por la norma o su intérprete cuando resulta relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad”⁵⁴.

De una forma similar, entendemos que dentro de esta cláusula abierta podrían situarse personas y colectivos, como los protegidos por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a la cual se puede llegar por muy diversas circunstancias, no solo las de la edad, sino también por enfermedad, discapacidad, pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial. Nos estamos refiriendo a las personas que “precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal” (art. 2 Ley 39/2006).

La cláusula abierta también podría servir para evitar las discriminaciones que puede originar la transformación digital y las nuevas tecnologías, pues ya hemos mantenido con anterioridad que, “si no se aplican con justicia y equidad pueden colocar en una situación de pobreza y de exclusión social, en un futuro no muy lejano, a buena parte de la población”. Lo que implica una lucha para fomentar la igualdad, la formación continua y la posibilidad de un acceso real a los derechos y servicios esenciales para una vida digna y plena⁵⁵.

53 SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Apuntes para contextualizar la LITND”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión...* Op, cit, p. 21.

54 HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN.: “La discriminación por razón de edad como factor de exclusión en el empleo: doctrina constitucional”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO. (Dirs.): *Instrumentos jurídico-laborales...* Op, cit, p. 102.

55 MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *La exclusión social en el marco del Estado...* Op, cit, p. 91.

IV. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

La protección frente a la discriminación implica la utilización de una serie de métodos o instrumentos, que permitan tanto la detección como la adopción de las medidas preventivas. Esta es una de las grandes preocupaciones de la LITND, pues ya en la exposición de motivos se advierte que, los informes de diversos organismos competentes han puesto el acento en que “el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan”.

Por eso, la norma pone especial atención en señalar que, en el caso de incumplimiento de las obligaciones que contiene, se podrán exigir, de acuerdo al art. 25 LITND, tanto aquellas responsabilidades administrativas, como penales y civiles por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, con la finalidad de restituir al perjudicado, así como la de exigir, en su caso, la indemnización que permita lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas.

Como medida de protección, el art. 26 LITND declara que son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que incurran en discriminación, por cualquiera de las causas contenidas en esta norma o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

De esta forma, el acto nulo de pleno derecho no tendría eficacia alguna y *ab initio* no produce efectos jurídicos, sin que sea necesario previa impugnación y, además, los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo permitirían la ficción jurídica de considerarlo inexistente⁵⁶.

Por otro lado, la sanción administrativa que se pueda imponer a través del régimen de infracciones y sanciones, contenido en el Título IV de la LITND, solo permite sancionar las conductas tipificadas en la norma, al estar la sanción administrativa “sujeta a las garantías propias del ordenamiento jurídico penal que se aplican también al ámbito administrativo sancionador”⁵⁷.

56 MORALES VÁLLEZ, CONCEPCIÓN.: “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 122.

57 ALARCÓN CASTELLANOS, MARÍA.: “Infracciones y sanciones en la LITND, Integral para la Igualdad de Trato y la no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 147.

En este sentido, las sanciones del régimen de infracciones en materia de igualdad de trato y no discriminación pueden ser calificadas como leves, graves o muy graves (art. 47 LITND)⁵⁸.

En cuanto a la responsabilidad criminal, por los actos contrarios a la igualdad o que generan discriminación, se sigue la atribución general de traslado al Ministerio Fiscal, que según el art. 32 LITND es el encargado de promover y coordinar las actuaciones en el ámbito penal, que estén dirigidas a la investigación y persecución de los comportamientos discriminatorios. De esta forma, las Administraciones públicas pueden trasladar al Ministerio Fiscal cualquier hecho o actuación, que hayan conocido, en el que se acredite un trato discriminatorio, del que se pueda derivar una responsabilidad penal.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la ampliación de los supuestos de discriminación, la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, incorpora importantes novedades, que complementa la regulación contenida en la LITND, porque modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Este es el caso del art. 22 excepción 4.^a del Código Penal, que modifica entre las circunstancias agravantes, aquellas cometidas por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, la religión, creencias y otros motivos de discriminación.

La LO 6/2022 también modifica los puntos 1 y 2 del art. 510 del Código Penal, para castigar con una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses, las distintas conductas que inciten al odio, violencia contra un grupo, motivos racistas, antisemitas, antigitanos, ideología, religión, sexo, enfermedad o discapacidad, entre otras discriminaciones.

De esta forma, las consecuencias jurídicas que se pueden derivar del incumplimiento delictivo de la igualdad y la no discriminación, que son constitutivas de delito e implican privación de libertad, se encuentran reguladas en el Código Penal. Precisamente, la Exposición de Motivos de esta norma se refiere, explícitamente, a este tipo de conductas ilícitas, argumentando que la legislación penal puede contribuir a eliminar “regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”.

Esta meta resulta evidente en “las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación” y, como ejemplo, se puede citar “la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en la que se ha procedido a adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido.

Según Silvia Valmaña la utilización del Derecho penal, como un instrumento para la erradicación de la desigualdad y la discriminación, se va a concretar “en la

⁵⁸ El art. 48. LITND fija la cuantía de las infracciones leves entre 300 y 10.000 euros, las graves entre 10.001 y 40.000 euros y las muy graves entre 40.001 y 500.000 euros.

circunstancia agravante de motivos discriminatorios y la introducción, ampliación y revisión de diferentes tipos penales”⁵⁹.

Esta idea está presente también en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando habla de “establecer una serie de medidas positivas como parte del mandato constitucional”, que se van a justificar en la previsión a los Poderes Públicos del art. 9.2 CE⁶⁰.

Desde el punto de vista del Derecho penal, uno de los problemas que suscita este tipo de normativa es que “una acción positiva, por su propia naturaleza, no podría estar incluida en una norma que pretende cierta permanencia como es el Código penal. Este no es un instrumento coyuntural, como lo son las acciones positivas, uno de cuyos elementos esenciales es la transitoriedad de las mismas”⁶¹.

Por eso, desde la doctrina científica se ha destacado que, la cuota o la preferencia, no deberían actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de la población excluida. En realidad se trata de acciones que tienden a establecer unos puentes transitorios, cuya finalidad es producir resultados estables con la igualdad de oportunidades, que se adoptan a través de diferentes medidas⁶².

En efecto, en el Código Penal la discriminación puede constituir tanto un delito, como puede ser una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Este último es el caso del art. 22 CP que, en su cuarto párrafo, establece como una circunstancia agravante la de haber cometido “el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, 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, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁶³.

59 VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA.: “Igualdad y no discriminación en el Derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer”, en *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, 2011, p. 52.

60 Según la exposición de motivos: “los Poderes Públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

61 *Ibidem*.

62 REY MARTÍNEZ, FERNANDO.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, Mc Graw Hill, 1995, p. 326.

63 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº. 281, de 24/11/1995. Modificada por la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En el caso de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, en el art. 170.1 CP, se imponen las penas superiores en grado, cuando las amenazas de un mal que constituye delito “fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo”.

De esta forma, la protección frente a la discriminación en el Código Penal se otorga en diferentes tipos penales. En primer lugar, la protección específica en los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones, de los arts. 511 y 512 CP. En el primer caso se tipifica que incurre en la pena de prisión de seis meses a dos años, y en una multa de doce a veinticuatro meses, además de inhabilitación especial para empleo o cargo público, durante el tiempo de uno a tres años, aquel “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”.

En el mismo precepto se prescribe que se aplican las mismas penas a los hechos que son cometidos “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” a los que hay que añadir por causa de aporofobia, exclusión social o discapacidad.

En el caso de intervención de funcionarios públicos, que hubiesen cometido alguno de los hechos que hemos descrito anteriormente, se produce una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. De esta forma, se incrementa la pena en su mitad superior y en la de inhabilitación especial que impida el empleo o desempeño de un cargo público durante dos a cuatro años⁶⁴.

Por otro lado, la discriminación puede afectar de muy diversas formas, como en el caso del ámbito laboral. En el art. 314 CP se establece la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, para aquellos que “produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación

64 En todos los supuestos anteriores se impone también “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 se trata de una multa la pena de inhabilitación especial tiene una duración de uno a tres años en función, proporcionalmente, de la gravedad del delito y de las circunstancias concurrentes. *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, ANA CRISTINA.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del CP*. Albacete, Bomarzo, 2007.

o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español⁶⁵.

Según Patricia Tapia, desde que entró en vigor del Código Penal, en el año 1995, no se ha producido ninguna sentencia condenatoria sobre este asunto, y cuestiona que “sea consecuencia del escrupuloso respeto de la igualdad y la no discriminación en el mercado de trabajo español”⁶⁶.

Por otro lado, también se ha tipificado penalmente la discriminación por razones genéticas, en el art. 6 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. De esta forma, no se podrá discriminar a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético, prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda⁶⁷.

Esta regulación se traslada al Código Penal, que prohíbe la manipulación genética con la finalidad de selección de la raza. El art. 160.3 CP castiga esta conducta con la pena de prisión de tres a siete años. Además, conlleva la de inhabilitación especial para desempeñar un empleo o un cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de siete a diez años, cuando se trata de “creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Hay que especificar que se trata de la llamada clonación reproductiva, que busca la creación de seres humanos idénticos, pero que la denominada clonación terapéutica está permitida en la vigente Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. No obstante, la llamada clonación terapéutica comparte muchas de las mismas técnicas con la clonación reproductiva con lo que, dominada esta técnica, se plantea la tentación de dar el paso a la clonación reproductiva, como hemos explicado en una investigación anterior⁶⁸.

65 En estos supuestos, si después de un requerimiento no se restablece la situación de igualdad ante la ley o cuando se ha producido una sanción administrativa, para reparar los daños económicos derivados se procede a aplicar la anterior pena de prisión o de multa.

66 TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA.: El delito de discriminación laboral: Artículo 314 CP. (Tesis Doctoral), Universidad de Valladolid, 2012. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=fACKpcT50Oc%3D>.

67 A lo que se suma la prohibición de la clonación en seres humanos con fines reproductivos, contenida en el art. 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana, por considerarse un atentado contra la ética y la dignidad humana.

68 Esta tendencia general ha posibilitado la prohibición de todas las formas de clonación humana, que se consagra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre este asunto, del 8 de marzo de 2005, en la que se pedía a los Estados miembros que prohibiesen todas las formas de clonación, al ser incompatibles con la dignidad y la protección de la vida humana. A pesar de que el representante del Gobierno español votó en contra de esta Declaración, para manifestar su desacuerdo con la prohibi-

Por otro lado, encontramos los delitos de provocación a la discriminación del art. 510.1 CP que castiga, con una pena de prisión de uno a cuatro años y una multa de seis a doce meses, a los que “públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”⁶⁹.

Por otro lado, el art. 197 CP impone las penas previstas, en su mitad superior, en el caso de personas que “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales”. Este supuesto se produce cuando estos hechos afectan a datos personales que desvelan “la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Volviendo a la discriminación del art. 510 CP en su tercer párrafo también se castiga a los que de forma pública “nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores (...)”.

Se ha señalado que estas son formas especialmente odiosas de provocación demagógica, que hiere especialmente a las víctimas de los crímenes contra la humanidad, por lo que también se encuentran castigados en la legislación penal de Alemania, Francia y otros países. Este es el supuesto de las acciones que consisten en minimizar o trivializar los crímenes cometidos por el régimen nazi, con la finalidad de agitar el clima político a través de la negación de la existencia del Holocausto.

En otros países, como en Francia, se han creado diversas figuras jurídicas con la finalidad de combatir cualquier “actividad racista, antisemita o xenófoba, así como la apología de los crímenes de guerra, de los crímenes contra la humanidad, como se los ha definido por el Tribunal de Nuremberg, y la negación del Holocausto”⁷⁰.

ción de la clonación, debido a que, posteriormente, dejaría de estar prohibida en España la llamada clonación terapéutica. Vid. MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *El derecho fundamental a la vida*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 77.

69 Este precepto resulta punitivo también a los que producen, elaboran, posean, con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, contribuyan con la distribución, la venta de escritos o de cualquier otra clase de material o de soporte, que “por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo”.

70 POLITOFF, SERGIO.: “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado”, en *Ius et Praxis*, Vol. 5, nº. 2, 1999, p. 200.

En un sentido similar, el art. 515 CP declara punibles las asociaciones ilícitas que fomenten o inciten al odio, que creen hostilidad y cualquier tipo de discriminación o violencia contra las personas, los grupos o las asociaciones debido a causas de “ideología, religión o creencias, 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, situación familiar, enfermedad o discapacidad”⁷¹.

La forma más grave y extrema de discriminación se produce con el delito de genocidio, que está tipificado en el art. 607 CP, que está castigado con la pena de prisión permanente revisable, cuando se mata a alguno de sus miembros con el “propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes”⁷².

Por otro lado, también nos encontramos ante un supuesto extremo cuando se utilizan las técnicas de selección genética para la destrucción de un grupo o raza. En este sentido, el programa más amplio de eugenesia, con asesinatos masivos y esterilizaciones forzadas se realizó durante el siglo XX durante el Tercer Reich⁷³.

Desgraciadamente, estas prácticas se han repetido en otros muchos países, entre los que podemos citar a Suecia, con las leyes adoptadas por unanimidad en el *Riksdag*, que sirvieron de base para esterilizar forzosamente a unas 63.000 personas, entre los años 1935 y 1975. En Japón, entre los años 1948 y 1996 se esterilizó a unas 25.000 personas.

La lista de países en las que estas prácticas se llevaron a cabo resulta larga y se puede citar, entre otros, a Estados Unidos, Australia, Noruega, Finlandia, Estonia, Eslovaquia, Suiza o Islandia. A lo que se podría añadir varios países de Latinoamérica, como el Salvador, Honduras, México y Nicaragua, donde las esterilizaciones más habituales y recientes se producen entre las mujeres portadoras del virus VIH y Sida⁷⁴.

71 BERNAL DEL CASTILLO, JÉSUS.: *La discriminación en el Derecho penal*. Granada, Comares, 1998, pp. 113-121.

72 Se castiga con la pena de prisión permanente revisable cuando se agrede sexualmente a alguno de los miembros de los anteriores grupos, causando “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal”. También cuando se produce “la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica” y en el caso de “una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”.

73 Según estimaciones fallecieron unos seis millones de judíos y unos 800.000 gitanos, entre otros, aplicando un programa “médico” que se denominó Aktion T4, que incluía el asesinato y la esterilización de unas 275.000 personas con alguna discapacidad, los enfermos mentales y los homosexuales.

74 GARCÍA ABREU, ANABELA; NOGUER, ISABEL; COWGILL, KAREN.: *El VIH/SIDA en países de América Latina. Los retos futuros*. Organización Panamericana de la Salud-Banco Mundial, Washington, D.C. 2004, USA, p. 5 y ss. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL.: *El Estado como “aparato reproductor” de violencia contra las mujeres. Violencia contra las mujeres y tortura u otros malos tratos en ámbitos de salud sexual y reproductiva en américa latina y el caribe*. Ciudad de México DF. Amnesty

En contra de lo que pudiera parecer, este tipo de prácticas han llegado hasta fechas relativamente recientes. Este es el caso de la denuncia de la Defensora del Pueblo de la región rusa de Perm, que en 2018 expuso públicamente la esterilización forzosa de mujeres internadas en clínicas psiquiátricas. Mientras, por ejemplo, en Checoslovaquia se había realizado una política de esterilización de las mujeres gitanas, que se prolongó hasta el año 1990, aunque el Defensor del pueblo del Gobierno checo había denunciado docenas de casos de esterilización forzosa entre 1979 y 2001⁷⁵.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su art. 13.2 c) prohíbe que se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos. También las conductas que busquen la selección de los individuos o de la raza, con el fin de evitar este tipo de discriminaciones de tipo genético, al considerarse como contrarias a la dignidad humana⁷⁶.

Desde esta perspectiva, el eugenismo incorpora métodos y procedimientos para tratar de evitar al ser humano algunas de las deficiencias que se atribuyen a la genética, lo que abre nuevas posibilidades para los fines eugenésicos, que en la actualidad se decantan por los procedimientos de la biología molecular, con el diagnóstico genético y la intervención directa sobre los genes, a través de los diagnósticos preimplantatorio y prenatal, la terapia génica germinal y la ingeniería genética.

Es verdad que si se utilizan correctamente estas técnicas se podrían conocer las posibles enfermedades que puede tener un embrión, pero también tienen un lado peligroso, en otros fines no terapéuticos, como una posible selección y la “mejora” de la especie, que suelen estar prohibidos en la mayoría de las regulaciones de los países de nuestro entorno⁷⁷.

Por otro lado, también se puede discriminar a los individuos a través de la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, además de someter a un grupo o a cualquiera de sus individuos a unas “condiciones de existencia, que

International Publications 2016. En línea: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2016/09/AMR0133882016SPANISH.pdf>.

75 Declaración final del defensor público de los derechos sobre el asunto de las esterilizaciones en realización en contravención de la ley y propuesta de medidas de remedio, Gobierno checo, 2005. <https://web.archive.org/web/20090207163202/http://www.ochrance.cz/en/dokumenty/dokument.php?doc=400>.

76 El art. 12 de la Ley 14/2006 permite el diagnóstico preimplantatorio, que es otra forma de seleccionar individuos humanos a través de embriones humanos, escogidos por sus características genéticas en la detección de enfermedades hereditarias graves. Además, se utiliza con fines terapéuticos para terceros, en la selección de embriones para curar a un hermano, también conocido como “bebé medicamento”, lo que implica una forma de selección de los embriones, no debido siempre a una enfermedad o patología, sino cuando no resulten compatibles con el hermano enfermo al que tienen que curar.

77 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: El derecho fundamental... Op, cit, p. 97.

pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud”, lo que está castigado con una pena de prisión de ocho a quince años⁷⁸.

Se trata de una forma extrema de genocidio, que implica unos atentados físicos contra la vida, la integridad física y la salud, pero también de otros bienes personales, que se producen claramente por motivos discriminatorios.

Para evitar estas conductas existen prohibiciones antidiscriminatorias, que se encuentran presentes en la mayoría de los Códigos Penales de los países de nuestro entorno. Es el caso del delito de genocidio como un mal infligido a las personas, que consiste en matar o causar lesiones graves, con la intención de eliminar total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso concreto, con base en consideraciones de tipo arbitrarias como lo regula, por ejemplo, el Código penal francés⁷⁹.

Por último, a todos estos supuestos descritos se añaden los diferentes tipos de delitos que se suelen englobar bajo la categoría de delitos de “género”. En esta categoría se incluyen los malos tratos, que en relación con los delitos de violencia contra las mujeres han venido determinados por el sexo de los sujetos que intervienen en una relación violenta.

Este es el supuesto contemplado en el art. 153.1 CP, que aclara que se produce “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”⁸⁰.

En este sentido, la Sentencia STC 59/2008, de 14 mayo, desestimó una cuestión de inconstitucionalidad, por vulneración del mandato de igualdad, en relación a la discriminación por razón de sexo, del art. 153.1 CP, según la redacción que introduce el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Este pronunciamiento resulta relevante debido a que, según el Tribunal Constitucional, “en el art. 153.2 CP no constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones, que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas

78 La misma pena se aplica cuando se imponen desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros. También cuando se adopte “cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladan por la fuerza individuos de un grupo a otro”.

79 POLITOFF, SERGIO.: Op, cit, p. 196.

80 El agresor que reúna estas circunstancias “será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días”, regulación que ha sido objeto de muchas y variadas posiciones doctrinales.

no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional se complica en una sentencia posterior, la Sentencia STC 45/2010 de 28 julio, en la que se formula un voto particular de una serie de Magistrados, que cuestiona que el tratamiento introducido por la nueva formulación legal solo afecte a su conciliación, no tanto con el principio de igualdad, como en relación con la presunción de inocencia. De esta forma, se afirma que “resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la presunción adversa de que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada de los arts. 153.1 y 148.4° CP”.

Para los Magistrados discrepantes dicha presunción resultaría incompatible con los principios del Derecho penal moderno, porque “ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad concretos, por el hecho propio y no por hechos ajenos. El principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplican los referidos preceptos a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación”.

Basándose en este voto particular, Silvia Valmaña ha calificado estos asuntos como problemáticos, pues, en su opinión, alimentan el debate y oscurecen, en cierto modo, los logros que la nueva legislación ha supuesto en la erradicación de las conductas de violencia machista. No obstante, considera que lo cierto es que la respuesta que el Derecho penal ha venido dando a estas cuestiones es reciente y, además, fruto de una hiperactividad legislativa. Por eso, “ha podido influir en amplificar los aspectos negativos y diluir los positivos, dentro de los cuales destaca, sin ninguna duda el hecho de contribuir en gran medida a la apertura de un debate público sobre lo que hasta hace poco tiempo era un asunto de familia”⁸¹.

De esta forma, concluye que la forma en que el legislador ha procedido a proteger estos bienes jurídicos ha podido crear dificultades, por implicar algunas incongruencias que han podido producir los nuevos tipos específicos, “que no guardan un equilibrio respecto de otros que protegen bienes iguales o incluso superiores”. Sin embargo, en su opinión, por las razones expuestas habría que tender a superar la desconfianza, hacia la labor judicial subyacente, que se produce con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁸².

81 VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA.: Op, cit, p. 59.

82 *Ibidem*, p. 60.

En la presente obra colectiva se incluyen quince capítulos de trabajo de investigación en profundidad sobre cinco textos normativos relevantes, cuyo punto en común es que incorporan aspectos jurídico-laborales relacionados con la igualdad y no discriminación, en los que conviene detenerse para conocer los cambios que operan en las normas vigentes hasta el momento. Se trata de las Leyes sociales siguientes: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Esta obra resultará provechosa para los profesionales del Derecho y las Relaciones Laborales, así como para toda persona interesada en los temas relacionados con la igualdad.

